

Décision prise au terme de la procédure
engagée à l'encontre de la société Free
sur le fondement de l'article L. 36-11 du code
des postes et des communications électroniques

Décision n° 2011-0427 en date du 26 avril 2011

Décision n° 2011-0427
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 26 avril 2011
prise au terme de la procédure engagée à l'encontre la société Free sur le fondement de l'article
L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 33-1, L. 36-7, L. 36-11, D. 98-5 et D. 98-12 ;

Vu le code de la consommation, notamment son article L. 113-5 ;

Vu la décision n° 98-1046 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 23 décembre 1998 relative à l'évolution du plan de numérotation pour les numéros non géographiques de la forme 08ABPQMCDU ;

Vu la décision n° 2005-1085 modifiée de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 15 décembre 2005 fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation ;

Vu la décision n° 2007-0213 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 avril 2007 portant sur les obligations imposées aux opérateurs qui contrôlent l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée ;

Vu la décision n° 2008-0512 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 6 mai 2008 modifiant la décision n° 2005-1085 du 15 décembre 2005 fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation ;

Vu la décision n° 2008-0896 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 29 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes modifié ;

Vu le courrier du directeur des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « l'Autorité ») en date du 28 septembre 2010, adressé à la société Free l'informant de l'ouverture de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques (ci après « CPCE »), et désignant les rapporteurs ;

Vu la décision du directeur général de l'Autorité en date du 23 novembre 2010 portant mise en demeure de la société Free de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la neutralité au regard des messages transmis et à l'information des utilisateurs ;

Vu la décision n° 2010-1295 de l'Autorité en date du 25 novembre 2010 rendant publique la décision du directeur général de l'Autorité du 23 novembre 2010 portant mise en demeure de la société Free de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la neutralité au regard des messages transmis et à l'information des utilisateurs ;

Vu le courrier de la société Free en date du 18 janvier 2011 en réponse à la décision du directeur général de l'Autorité de la mettre en demeure ;

Vu la lettre du directeur des affaires juridiques de l'Autorité en date du 24 février 2011 notifiant à la société Free le rapport d'instruction établi par le rapporteur contenant l'exposé des faits et des griefs retenus et l'invitant à consulter le dossier ;

Vu la lettre du directeur des affaires juridiques de l'Autorité en date du 18 mars 2011 convoquant la société Free à une audience devant le collège le 7 avril 2011 ;

Vu le procès-verbal de consultation du dossier de la société Free en date du 24 mars 2011 ;

Vu le courrier de la société Free enregistré à l'Autorité le 24 mars 2011, transmettant ses observations au rapport du rapporteur ;

Vu le courrier électronique de la société Free enregistré à l'Autorité le 4 avril 2011 indiquant ses représentants à l'audience du 7 avril 2011 ;

Vu le courrier de la société Free en date du 6 avril 2011 adressé au directeur des affaires juridiques de l'Autorité ;

Vu le courrier de la société Free en date du 8 avril 2011 adressé au directeur des affaires juridiques de l'Autorité à la suite de l'audience du 7 avril 2011 ;

Vu l'ensemble des éléments (pièces, courriers, réponse à questionnaire et éléments justificatifs) versés au dossier d'instruction.

Après avoir entendu, le 7 avril 2011, lors de l'audience devant le collège composé de M. Jean-Ludovic Silicani, Président, Mme Joëlle Toledano, Mme Marie-Laure Denis, M. Denis Rapone, M. Daniel-Georges Courtois, M. Jérôme Coutant.

- le rapport de Monsieur Loïc Taillanter, rapporteur adjoint ;
- les observations de MM. Laurent Laganier, Directeur Règlementation, Franck Brunel, Règlementation et Arnaud Bordes, Directeur Revenues Assurance pour la société Free.

Cette audience s'est déroulée en présence de :

- M. Philippe Distler, Directeur général, M. François Lions, M. Michel Combot, Directeurs généraux adjoints, M. Christian Guenod, M. Christophe Cousin, M. Stéphane Hoynck, M. Loïc Taillanter, Mme Catherine Gallet-Rybak, M. Guillaume Mellier, M. Olivier Delclos, Mme Elisabeth Suel, M. Franz Delpont et Mme Natacha Dubois, agents de l'Autorité ;

Le collège en ayant délibéré le 26 avril 2011, hors la présence de Mme Marie-Laure Denis et M. Nicolas Curien, membres du collège, du rapporteur adjoint et des agents de l'Autorité.

1. Exposé des faits et de la procédure

1.1 L'ouverture de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du CPCE

La société Free, filiale du Groupe Iliad, exerce une activité de fournisseur d'accès internet et commercialise une offre de téléphonie vocale fixe, dite « d'abondance », qui inclue notamment dans un forfait les appels métropolitains vers les postes fixes. Elle facture toutefois de manière systématique, en dehors du forfait, certains numéros en 01, 02, 03, 04, 05 et 09. Les numéros « exclus » de l'offre « d'abondance » sont au nombre de 540 sur la période d'observation allant du 28 septembre 2010, date de l'ouverture de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du CPCE au 29 mars 2011.

Les conditions spécifiques du service téléphonique du forfait Freebox applicables à compter du 1^{er} janvier 2010 de la société Free précisent ainsi que *« ce service de téléphonie vocale fixe (...) permet de recevoir et d'émettre de manière illimitée en nombre et incluse dans le Forfait Freebox des communications vocales interpersonnelles concernant les abonnés fixes d'opérateurs tiers en France métropolitaine accessibles par un numéro du plan national de numérotation (hors numéros courts, spéciaux, surtaxés ou support de services autres que de communications interpersonnelles tels que les centres d'appels, serveurs d'information vocale, plateformes de reroutage de communications téléphoniques ainsi que services se rémunérant directement ou indirectement par la durée des appels passés par l'abonné) »*.

C'est au regard de la pratique d'exclusion de certains numéros en 01, 02, 03, 04, 05 et 09 du forfait de l'offre « d'abondance » que, par un courrier en date du 28 septembre 2010 susvisé, le directeur des affaires juridiques de l'Autorité a notifié à la société Free l'ouverture, sur autosaisine, de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du CPCE, portant sur un éventuel non-respect des obligations résultant des articles L. 33-1, D. 98-5 et D. 98-12 du même code, relatives à la neutralité des messages transmis et à l'information des utilisateurs.

L'article L. 33-1 du CPCE dispose notamment :

« I. – L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes [...] »

L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont soumis au respect de règles portant sur : [...]

b) Les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications ; [...] »

L'article D. 98-5 du CPCE précise notamment :

« Règles portant sur les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications.

I. - Respect du secret des correspondances et neutralité.

L'opérateur prend les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances.

A cet effet, l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité des messages. [...] »

L'article D. 98-12 du CPCE impose, quant à lui, aux opérateurs des obligations de protection et d'information des utilisateurs, notamment sur les conditions contractuelles de fourniture du service.

Par courrier en date du 30 septembre 2010, les rapporteurs ont adressé dans le cadre de l'instruction un questionnaire à la société Free, accompagné d'une demande de transmission des principaux documents permettant d'attester des informations transmises par le questionnaire précité, notamment les conditions contractuelles et brochures tarifaires applicables aux offres de téléphonie comprenant des appels illimités vers certains numéros, ainsi que tous les éléments utiles à l'appréciation par les rapporteurs du respect des dispositions législatives et réglementaires précitées.

Par courrier reçu en date du 13 octobre 2010, la société Free a fourni à l'Autorité sa réponse au questionnaire.

1.2 La mise en demeure

A la suite de l'instruction du dossier, le directeur général de l'Autorité a mis en demeure la société Free, par une décision en date du 23 novembre 2010, de respecter les dispositions prévues aux articles L. 33-1, D. 98-5 et D. 98-12 du CPCE relatives, d'une part, à la neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications et, d'autre part, à l'information, notamment sur les conditions contractuelles de fourniture du service, et la protection des utilisateurs.

Le directeur général de l'Autorité a également mis en demeure la société de justifier, avant le 7 janvier 2011, du respect des exigences prévues par les textes cités ci-dessus.

Dans le silence de la société Free, les rapporteurs ont adressé à cette dernière un nouveau courrier en date du 11 janvier 2011 lui demandant de fournir, le 18 janvier 2011 au plus tard, tout élément contribuant à prouver sa mise en conformité. La société Free a transmis ses éléments de réponse le 18 janvier 2011.

1.3 La notification des griefs

A la suite de la mise en demeure du directeur général de l'Autorité et de l'analyse des éléments de réponse fournis par la société Free, et dans le cadre de l'instruction du dossier, le directeur des affaires juridiques a notifié, par porteur, à la société Free, le 24 février 2011, les faits et griefs retenus. Il a été fait grief à la société Free de ne pas avoir justifié, à cette date, par la production d'éléments suffisamment précis et circonstanciés, des mesures prises en vue d'assurer le respect des dispositions prévues aux articles L. 33-1 et D. 98-5 du CPCE relatives à la neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications.

La cessation du manquement aux règles fixées par l'article D. 98-12 du CPCE relatives à l'information des utilisateurs a, en revanche, été constatée.

La société Free a répondu à la notification de ces griefs en produisant ses observations par courrier en date du 23 mars 2011, parvenu à l'Autorité par lettre recommandée avec accusé de réception le 24 mars 2011.

2. Observations de la société Free

2.1 Observations de la société Free à la mise en demeure

A la suite de la décision de mise en demeure susvisée, la société Free a adressé au directeur des affaires juridiques de l'Autorité un courrier en date du 18 janvier 2011 indiquant notamment avoir « *fait évoluer, dans le cadre de la refonte de nos offres intervenue à l'occasion de la commercialisation de l'offre Freebox Révolution, les conditions générales de vente, les modalités d'information des abonnés et des prospects ainsi que le message vocal d'information* ». La société a fourni les documents correspondants.

En ce qui concerne l'information délivrée aux abonnés et aux prospects, la société Free précise que « *la liste des numéros exclus du forfait est désormais annexée à la brochure tarifaire et mentionne le tarif hors forfait ; cette brochure tarifaire est accessible directement à partir de la page d'accueil de l'offre Free, sans avoir à initier un parcours de souscription, ainsi que dans l'espace de gestion des abonnés. Le message vocal d'information a été modifié pour énoncer le tarif appliqué aux communications nationales hors forfait.* »

La société Free ajoute qu'elle estime que la décision de mise en demeure du directeur général de l'Autorité « *est privée de bases légales et réglementaires, est discriminatoire et est entachée d'erreurs manifestes d'appréciation* ». Cette objection est motivée par deux types d'arguments : le premier portant sur le caractère discriminatoire de la procédure ouverte à l'encontre de la société Free, le second sur d'éventuelles erreurs de droits commises par l'Autorité dans les motifs de la mise en demeure.

2.1.1 En ce qui concerne le caractère prétendument discriminatoire de la procédure

La société Free indique que la mise en demeure du directeur général de l'Autorité est fondée sur « *le fait qu'appliquer des tarifs différenciés à des numéros « se ressemblant » serait discriminatoire* », et estime que « *l'appréciation de l'Autorité est ici clairement discriminatoire à l'encontre de Free* ». La société Free s'appuie sur deux exemples qu'elle considère comme équivalents à l'analyse développée par l'Autorité dans sa décision de mise en demeure et pour lesquels « *l'Autorité n'a ni imposé aux opérateurs concernés de modifier leur grille tarifaire ni même imposé, comme elle l'a demandé à Free, de mettre en place un message vocal énonçant le tarif des appels hors forfait.* ».

Le premier exemple porte sur la tarification géographique appliquée dans le cadre de l'offre de téléphonie fixe du prestataire de service universel aux numéros commençant par 01 à 05. La société Free explique que « *selon le catalogue des prix de France Télécom, les tarifs vers les numéros géographiques du service universel géographique varient en fonction soit de la distance entre l'abonné et le chef lieu de la circonscription tarifaire* ». Free estime que « *cette grille tarifaire est incompréhensible, sauf à disposer d'une carte IGN pour téléphoner ainsi qu'un descriptif géographique des circonscriptions tarifaires [...]* ».

Le deuxième exemple se réfère aux différences de tarifs pour les appels passés vers les numéros mobiles en fonction de l'opérateur du destinataire de l'appel que ce soit dans l'offre de téléphonie fixe du prestataire de service universel ou dans certains forfaits mobiles intégrant des « *numéros préférés en illimité* ». La société Free estime qu'« *un numéro 06 peut donc être intégré ou exclu du forfait de l'appelant alors que celui-ci n'a aucun moyen d'anticiper la tarification qui lui sera appliquée qui peut en outre varier dans le temps pour un même numéro de téléphone en cas de portabilité.* »

2.1.2 En ce qui concerne d'éventuelles erreurs de droit

La société Free indique que l'Autorité estimant que « les tarifs de la terminaison d'appel de Free seraient orientés vers les coûts incrémentaux [...] l'absence de trafic entrant ne modifierait pas l'équilibre économique de notre société », commet « une erreur de droit, puisqu'une telle orientation vers les coûts incrémentaux n'est pas imposée à Free ». La société Free ajoute que l'Autorité commet également « une erreur économique manifeste, le niveau de terminaison d'appel de Free [...] étant sensiblement supérieur au coût incrémental de fourniture du service ».

2.2 Observations de la société Free à la notification des griefs

En réponse à la notification des griefs, la société Free a produit les observations suivantes dans un courrier enregistré à l'Autorité le 24 mars 2011.

Celle-ci indique notamment prendre « acte de l'abandon du grief de « défaut de transparence » par l'Autorité » et souligne :

- « - la perte de chiffre d'affaires généré (...), du fait de la publicité faite à cette affaire par l'Autorité et de l'énoncé d'un message vocal nécessairement un peu anxieux n'est pas négligeable ;
- le niveau d'information des prospects et abonnés qui a été imposé à Free par l'Arcep pour abandonner ce grief est sans équivalent sur le marché ; aucun opérateur n'énonce jamais le tarif des communications hors forfait, que ce soit pour les appels vers les numéros mobile tiers dans le cadre des offres « on net » ou pour les appels vers l'international ; la charge financière supportée par les abonnés par ces appels est largement supérieure à celle des numéros hors forfait de Free (environ [...] par an par ménage abonné à Free) ;
- (...), l'Arcep n'a pris aucune mesure pour demander à un autre opérateur d'énoncer la tarification applicable aux numéros hors forfait ; ce traitement différencié des acteurs du marché par le régulateur ne peut que laisser interrogatif. ».

La société Free explique également étudier l'évolution de la procédure d'identification des numéros exclus des forfaits « afin de répondre aux préoccupations de l'Autorité » à partir de trois étapes successives.

Les deux premières étapes consistent à utiliser deux algorithmes liés aux caractéristiques du trafic acheminé par la société Free : le premier est lié au volume de minutes mensuelles sortantes du réseau de la société Free et le deuxième, lié au volume d'appels entrants est ensuite appliqué aux numéros exclus par le premier algorithme :

- « i. les numéros de type 09 ou géographiques générant un volume d'appel à partir des abonnés Free supérieur à [...] minutes mensuelles sont identifiés ; tous les numéros de ce type générant un trafic sortant de notre réseau inférieur à [...] par mois sont intégrés au forfait ;
- ii. parmi les numéros générant un volume d'appel supérieur à [...], ceux générant un volume d'appels entrants sur le réseau Free supérieur [...] du volume d'appels sortant du réseau Free vers ce numéro sont intégrés aux forfaits, les autres sont a priori exclus (...). »

Enfin, la société Free propose, en troisième étape, d'effectuer un contrôle humain « sur les numéros devant a priori être exclus ; un opérateur appelle ces numéros et identifie les services publics (pôle emploi, hôpitaux, ...) ; les numéros d'appel vers les services publics sont réintégrés au forfait. ».

La société Free précise alors qu'« elle est disposée à ne plus réintégrer aux forfaits les appels vers les services publics si l'Autorité estimait que cette réintégration constitue une « discrimination » contraire au cadre réglementaire. A l'inverse, il [lui] semble inutile et préjudiciable pour [ses] abonnés d'abandonner cette réintégration au forfait des appels vers services publics si l'Autorité n'y voyait pas motif à sanction. »

2.3 Observations de la société Free lors de l'audience du 7 avril 2011, confirmées et complétées par le courrier susvisé du 8 avril 2011

Lors de l'audience devant le collège de l'Autorité, la société Free s'est engagée à mettre un terme à la pratique d'exclusion des numéros géographiques des tranches 01 à 05 ainsi que des numéros non géographiques commençant par 09 de ses offres « d'abondance » Freebox. Elle a en effet annoncé, d'une part, réintégrer ces numéros dans les prochains jours et, d'autre part, modifier les documents contractuels à destination de ses abonnés et prospects (parmi lesquels les conditions générales de vente) ainsi que le mécanisme automatique d'information tarifaire lors des appels vers ces numéros. La société Free a précisé que la mesure de réintégration des numéros précédemment exclus aurait un effet rétroactif au 1^{er} avril 2011.

Ces engagements ont été confirmés dans le courrier susvisé en date du 8 avril 2011 dans lequel le directeur général de la société Free informe le directeur des affaires juridiques de l'Autorité que : « *les numéros géographiques 01 à 05 ainsi que les numéros 09 précédemment exclus de l'offre d'abondance Freebox seront désormais inclus dans cette dernière sans surcoût pour les abonnés dans les prochains jours. La modification tarifaire prendra effet de manière rétroactive le 1^{er} avril 2011. Le message d'information actuellement diffusé sera supprimé avant le 15 avril. Par ailleurs, les conditions générales de vente, refondues pour tenir compte du jugement rendu récemment par le TGI de Paris, ne permettront plus dans les prochains jours de facturer hors-forfait des communications à destination des numéros géographiques des séries Z = 1 à Z = 5 ainsi que les numéros non géographiques de la série Z = 9.* » Par ailleurs, lors de l'audience du 7 avril 2011, la société Free a expliqué les raisons de sa pratique d'exclusion des numéros, [...].

Elle a notamment invoqué la nécessité de s'adapter à l'évolution des pratiques des carteurs¹ qui représentent près des deux tiers des numéros exclus : la société Free estime que les numéros des carteurs devraient être des numéros en 08 afin que leur soit facturé un départ d'appel. En excluant de ses forfaits les appels vers les numéros de carteurs en 01 à 05 ou 09, la société Free a ainsi entendu « *recupérer sur le marché de détail les sommes non perçues sur le marché de gros* ».

Elle a aussi expliqué la nécessité de « *se protéger* » contre certains usages qui pourraient, selon elle, mettre en péril le modèle économique sur la base duquel les offres « d'abondance » ont été élaborées.

Elle a également fait valoir que l'Autorité n'est pas fondée à réguler ses offres de détail et s'inquiète de la position de l'Autorité qui pourrait, par exemple, l'empêcher de fixer des tarifs distincts pour des appels vers deux pays différents.

Elle a, enfin, expliqué n'avoir jamais intercepté ou ouvert de messages et a indiqué que l'enjeu financier de ses pratiques d'exclusion est limité ; il est estimé à [...] € par mois.

3. Analyse de l'Autorité

Aux termes du 5^o du II de l'article L. 32-1 du CPCE, l'Autorité doit veiller « *au respect par les opérateurs de communications électroniques du secret des correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis [...]* ».

¹ « Carteur » : nom donné par commodité aux opérateurs fournissant des services de redirection d'appel, auxquels les clients accèdent depuis n'importe quelle boucle locale en composant des numéros déterminés. En effet, ces opérateurs vendent souvent leurs services à leurs clients par voie directe au moyen de cartes prépayées d'appel, physiques ou virtuelles.

Les dispositions de l'article L. 33-1 du CPCE ajoutent que « *l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont soumis au respect de règles portant sur : [...] b) « Les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications (...) ».*

Pour l'application de ces dispositions législatives, l'article D. 98-5 du CPCE impose à l'opérateur de prendre « *les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances* ». Il précise, ensuite, les moyens d'y parvenir, en particulier qu' « *à cet effet, l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité des messages* ».

L'obligation de neutralité qui pèse sur les opérateurs en application des articles L. 33-1 et D. 98-5 du CPCE ne se limite donc pas à leur imposer une neutralité au regard du contenu des messages transmis en leur interdisant de traiter différemment les messages dont ils auraient pris connaissance du contenu (ce que ces dispositions leur interdisent au demeurant). Elle implique, plus généralement, une neutralité au regard de la nature des messages, qui prend la forme, selon les termes mêmes de ces dispositions, d'une obligation de non-discrimination.

La méconnaissance de l'exigence de neutralité s'apprécie donc, tant au regard de l'immixtion de l'opérateur dans le contenu du message qu'il transmet sur son réseau, que de l'évaluation de la nature de ce dernier aux fins de discrimination. L'Autorité relève, à cet égard, que l'appréciation de la nature d'un message peut résulter, non seulement de la lecture du contenu du message, mais également de certains critères d'analyse externes au contenu même de celui-ci.

A l'inverse, les opérateurs qui procèdent à un traitement différencié des communications, notamment sur le plan tarifaire, ne méconnaissent pas les dispositions de l'article D. 98-5 du CPCE, dès lors que cette distinction n'a ni pour objet, ni pour effet d'entraîner une discrimination fondée sur la nature des messages transmis.

Il en va, par exemple, ainsi des tarifications géographiques comme des tarifications des communications à destination des mobiles dont les critères de différenciation sont notamment explicites, objectifs et non conditionnés à la nature du message transmis.

S'agissant de l'application d'une tarification géographique, celle-ci ne constitue pas un manquement aux dispositions du CPCE, dès lors, d'une part, qu'elle s'applique, sans discrimination, à tous les destinataires joints au travers des numéros géographiques, situés au sein de la même zone géographique et, d'autre part, que la partition géographique du territoire est sans lien avec la nature des appels, leur contenu ou la qualité des destinataires.

S'agissant de la différenciation des tarifs des communications à destination des opérateurs mobiles par exemple, elle ne constitue pas davantage un manquement aux dispositions du CPCE dès lors, d'une part, qu'elle s'applique, sans discrimination, à tous les destinataires abonnés à un même opérateur mobile, d'autre part, que le critère de différenciation utilisé, c'est-à-dire l'identité de l'opérateur mobile de destination, est objectif et sans lien avec la nature des appels, leur contenu ou la qualité des destinataires. En outre, les offres tarifaires de type « *numéros préférés en illimité* » proposées par certains opérateurs contiennent des différences de tarifs qui reposent sur des catégories objectives et transparentes liées à la désignation explicite par l'abonné au service de l'opérateur mobile du ou des numéros « *illimités* » et, éventuellement, à l'opérateur de destination. Les « *numéros préférés en illimité* » sont choisis par l'appelant à des conditions connues lors de la souscription et au cours de la vie de l'offre.

En outre, la volonté de la société Free de mettre fin à certains usages qui seraient abusifs, notamment le développement de pratiques fondées sur le reversement de revenus de terminaison d'appel, n'est pas de nature à l'exonérer de ses obligations relatives à la neutralité au regard des messages transmis et ne saurait ainsi lui permettre d'exclure de son offre d'abondance des numéros qui donneraient lieu à de telles pratiques.

En effet, l'Autorité rappelle, comme elle l'a souligné dans la décision de clôture de l'enquête administrative en date du 22 juillet 2010 que la chaîne de valeur appropriée et conçue pour permettre des mécanismes de reversements est celle des numéros en 08². Les acteurs souhaitant mettre en œuvre de tels mécanismes doivent utiliser des numéros dits « de service à valeur ajoutée », en 08 ou courts (de type 3BPQ), et non des numéros dits « interpersonnels », qu'ils soient géographiques (01 à 05), non géographiques (09) ou encore mobiles (06 et 07). Les pratiques de reversement de revenus de terminaison d'appel constituent un détournement du fondement de cette prestation, dont le tarif est encadré de manière à ne recouvrer que les coûts liés à sa seule fourniture, comme cela est exposé dans la décision susvisée de l'Autorité n° 2008-0896 en date du 29 juillet 2008 qui encadre les prestations de terminaison d'appel de tous les opérateurs et dans la recommandation 2009/396/CE de la Commission européenne du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaisons d'appel fixe et mobile dans l'Union européenne. De telles pratiques de reversement sont donc illégitimes et inéquitables et doivent être traitées en tant que telles, sans que les abonnés de la société Free n'aient à en subir les conséquences sur le marché de détail. L'Autorité rappelle qu'elle est compétente pour statuer, s'il y a lieu, sur d'éventuels différends relatifs à ces marchés de gros.

Il résulte de ce qui précède que la société Free était tenue de définir ses offres « d'abondance » et leurs conditions tarifaires conformément au principe de neutralité au regard des messages transmis, en n'appliquant pas de traitement tarifaire discriminatoire en fonction de la nature des messages.

Comme il sera démontré *infra*, les éléments fournis par la société dans le cadre de l'instruction montrent que celle-ci utilise plusieurs méthodes, définitions et critères afin d'appliquer un traitement tarifaire différent en fonction de la nature du message, appréciée notamment au regard de la catégorie d'interlocuteur appelé.

a) Sur le caractère arbitraire et discriminatoire des conditions contractuelles qui font intervenir la qualité de l'appelé et la nature commerciale de la relation entre l'appelant et l'appelé

A titre liminaire, l'Autorité rappelle que l'organisation du plan de numérotation, définie dans les décisions susvisées n° 98-1046 puis n° 05-1085, a été élaborée dans un souci de transparence tarifaire pour le consommateur et de prise en compte des spécificités techniques au niveau de l'interconnexion.

Ainsi, les numéros en 08, en ce qu'ils permettent à des utilisateurs finals appelés d'être joints dans des conditions techniques et tarifaires qu'ils maîtrisent, se différencient des numéros géographiques en 01 à 05 et non géographiques en 09 pour lesquels l'utilisateur final appelant achète des communications vers différentes destinations en mettant en concurrence les offres des opérateurs de boucle locale. Dans ces conditions, il revient à l'utilisateur final de choisir le type de numéros qui lui est affecté pour être appelé en fonction de ses besoins et des offres de raccordement proposées par les opérateurs mis en concurrence :

² Voir la décision n°2005-1085 susvisée de l'Autorité en date du 15 décembre 2005.

- 08 : pour maîtriser le tarif de détail appliqué à l'appelant et la qualité de service d'acheminement des appels ;
- 01 à 05 ou 09 : pour être joint aux conditions tarifaires et techniques souscrites par l'appelant auprès de son opérateur de boucle locale comme n'importe quel utilisateur de ce type de numéros.

Ainsi le choix d'utiliser un numéro en 08 (c'est-à-dire un numéro dit « service à valeur ajoutée » au sens des décisions précitées de l'Autorité) correspond à un arbitrage économique de l'intéressé et n'est pas subordonné à l'utilisation de ce numéro pour des communications dont la nature serait prédéfinie.

Les conditions générales de vente des offres haut débit de la société Free distinguent deux catégories d'appels téléphoniques en fonction de leur nature (« *interpersonnelle* » ou « *non interpersonnelle* »). Cette distinction fonde la définition du périmètre des offres « d'abondance » de la société Free qui indique qu'il « *recouvre les appels interpersonnels vers des numéros fixes en métropole et certaines destinations de collectivités d'outre-mer et internationales* ». Les autres types d'appels sont facturés à la durée sur la base des prix indiqués dans la grille tarifaire de la société Free.

Ces deux catégories ainsi définies par la société Free sont mutuellement exclusives :

- « *Communications interpersonnelles : désigne l'ensemble des communications électroniques, parmi lesquelles les communications téléphoniques, entre des utilisateurs finals particuliers ou professionnels, qui ne sont pas réalisées dans le cadre de l'accès à un service à valeur ajoutée. (...)* »³ ;
- « *Services à Valeur Ajoutée : désigne une catégorie d'appels téléphoniques accessibles au moyen de numéros non géographiques ou géographiques et ne relevant pas des communications interpersonnelles (...)* »⁴.

La société Free a caractérisé les appels vers les « *services à valeur ajoutée* », non compris dans le périmètre des offres « d'abondance », à partir d'une liste d'exemples faisant intervenir la qualité ou l'activité de l'appelé :

- « *centres d'appels* », « *serveurs supports d'applications professionnelles (télépaiements, télé-relevés, télé-alarmes)* », « *plateformes de re-routage de communications téléphoniques* », « *plateformes de services (services d'information vocaux, conversationnels, jeux, adultes, ainsi que passerelles d'accès à des services de re-routage d'appels, par cartes ou non)* »⁵ ;
- « *sites de rencontre pour adultes* », « *sites faisant appel à la crédulité humaine et aux arts divinatoires* »⁶.

Une telle énumération traduit le caractère subjectif de ces définitions puisqu'il est difficile de savoir *a priori* de quelle manière doivent être considérés certains usages relativement répandus tels que les appels à une messagerie vocale, au standard d'une entreprise ou à celui d'un hôpital permettant de joindre les patients hospitalisés.

Dans la réponse apportée au questionnaire des rapporteurs, la société Free a d'ailleurs complété sa définition des services à valeur ajoutée en précisant qu'elle s'attache également à la nature supposée commerciale de la relation entre l'appelant et l'appelé et ne se limite donc pas à la qualité ou l'activité de l'appelé. Elle a indiqué :

³ Conditions générales de vente de la société Free

⁴ Conditions générales de vente de la société Free

⁵ Conditions générales de vente de la société Free.

⁶ Free, Réponse B. i au questionnaire envoyé par les rapporteurs.

- « Un service à valeur ajoutée est un service rendu par une personne morale à un de ses clients, contre rémunération. Cette rémunération peut être directe (tarification de l'appel), forfaitaire (l'achat d'un bien donne droit à appeler un service après vente) ou indirecte (publicité en ligne). »
- « Une communication interpersonnelle est une communication entre deux personnes physiques ou morales, cette communication ne résultant a priori pas d'une relation commerciale entre les deux personnes communicantes. »

Outre les difficultés de mise en œuvre pratique de ce critère supplémentaire, l'Autorité s'interroge sur la catégorisation d'une communication couvrant à la fois une demande de service de nature commerciale (qui, au demeurant, n'est pas nécessairement rendu par une personne morale) et un échange « *interpersonnel* » d'ordre privé, tel qu'un échange entre un médecin et son patient ou entre un conseiller financier et un de ses clients. L'Autorité s'interroge également sur le sens à donner à la notion de communication « *entre deux personnes (...) morales* » à laquelle la société Free se réfère pour définir une « *communication interpersonnelle* ».

Par ailleurs, les différenciations tarifaires opérées par la société Free s'appliquent à des appels qui transitent à travers les mêmes équipements du réseau de la société Free, depuis un abonné jusqu'au point d'interconnexion choisi par l'opérateur appelé. A titre d'exemple, les règles d'interconnexion⁷ précisent ainsi que tous les numéros géographiques, ne faisant pas l'objet d'une conservation du numéro, issus d'un même bloc EZABPQ doivent être acheminés au même point d'interconnexion. Les appels vers les numéros [...] et [...] transitent donc, pour le même appelant, à travers les mêmes équipements du réseau de Free. Or seul le second numéro figure dans la liste des numéros exclus.

Ainsi, il ressort des pièces de l'instruction que la société Free applique une tarification de détail différenciée en fonction de la qualité de l'appelé et de l'éventuelle nature commerciale des échanges entre l'appelé et l'appelant. L'Autorité relève que cette pratique est définie sur la base de critères subjectifs et conduit à une discrimination tarifaire entre utilisateurs appelés alors que les appels qui leur sont destinés sont acheminés de manière identique à travers le réseau de la société Free. Elle est, par suite, contraire au principe de neutralité, tel qu'il est consacré aux articles L. 33-1 et D. 98-5 du CPCE.

b) Sur le caractère arbitraire et discriminatoire de la méthode effectivement mise en œuvre pour déterminer la liste des numéros à exclure

La méthode mise en œuvre par la société Free pour identifier certains numéros fixes géographiques ou non géographiques considérés comme « *non interpersonnels* » a été explicitée lors de l'instruction. Il en ressort qu'elle se fonde :

- d'une part, sur un critère de différenciation lié aux caractéristiques du trafic acheminé sur le réseau de la société Free : volumétrie « importante » et asymétrie de trafic visant à identifier les numéros les plus appelés mais n'émettant pas d'appels sortants ; en effet, la société Free estime que ce profil de trafic particulier est suffisamment spécifique pour caractériser les destinataires ciblés par ses conditions générales de vente ;

⁷ Ces règles sont précisées dans les conventions d'interconnexion conclues entre les opérateurs et notamment celle de l'offre de référence d'interconnexion de France Télécom disponible à l'adresse suivante : www.orange.com/fr_FR/reseaux/.../2010_0701ODRInterco.pdf

- d'autre part, sur des collectes d'information sur la nature des services ou la qualité des appelés. En effet, la société Free indique que : « *[d]es algorithmes de mesures de trafic [...] permettent d'établir sur chaque cycle de facturation les numéros à trafic le plus élevé mais ne générant aucun trafic entrant. En complément, des opérations de collecte d'information via les publications annuaires (classification du numéro en numéro type « accueil »), sur les lieux de vente et de prospection auprès de fournisseurs SVA (sites Internet, demandes d'information auprès des équipes de vente...) ont également lieu afin de corroborer les informations récoltées.* »

La société Free affirme dans ses observations en réponse à la notification des griefs en date du 23 mars 2011 qu'un algorithme analysant la volumétrie et l'asymétrie d'un trafic respecte le principe de neutralité en garantissant l'intégrité du contenu des messages.

Mais l'Autorité estime que, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui par la société Free, l'analyse de la typologie de trafic vers un appelé, et notamment la volumétrie associée, aux fins de différenciation tarifaire, pose, en elle-même, un problème en termes de neutralité des messages transmis.

En effet, cette analyse tend, ainsi que la société Free le reconnaît elle-même, à appréhender la nature supposée commerciale de certains appels dans la mesure où des seuils de trafic pourraient la caractériser. Dans de telles conditions, en appréhendant le volume des appels vers un numéro, l'opérateur Free porte nécessairement une appréciation sur la nature du message transmis.

Or différencier la tarification de détail sur la base du profil de trafic de chaque numéro appelé pris individuellement apparaît comme un moyen de discriminer des opérateurs placés dans des conditions d'interconnexion identiques.

Par suite, en appliquant un tarif différent aux appels vers les numéros les plus appelés par ses abonnés dans leur ensemble, l'opérateur Free procède à une discrimination tarifaire en fonction de la nature des messages, contraire au principe de neutralité prévu aux articles L. 33-1 et D. 98-5 du CPCE.

L'Autorité relève, par ailleurs, que la méthode d'identification des numéros exclus par l'analyse de la volumétrie des appels n'est pas fiable, comme la société Free l'admet elle-même dans ses réponses au questionnaire des rapporteurs lorsqu'elle explique que « *des numéros ont été réintégrés à la suite d'instructions visant à standardiser et à rationaliser les procédures d'exclusions (...)* ». Le fait pour la société Free de ne pas expliciter dans ses conditions contractuelles l'algorithme analysant la volumétrie et l'asymétrie d'un trafic démontre d'ailleurs que ce traitement n'est qu'un moyen, parmi d'autres, pour identifier des numéros afin de les exclure de ses offres d'abondance.

Ainsi des utilisateurs appelés se situant au sein d'une même catégorie contractuelle dans les conditions générales de vente de la société Free (tels que les « *centres d'appels* » ou les « *plate-formes de services* ») ne bénéficient pas, dans les faits, du même traitement tarifaire :

- alors que les appels vers le service client de la banque en ligne [...] sont facturés hors forfait, ceux vers le service client de l'agence en ligne de la banque [...] sont inclus dans les forfaits ;
- de manière analogue, le numéro du service client de l'opérateur [...] est exclu alors que celui de l'opérateur [...] est inclus.

Même si elle permet d'identifier certains numéros répondant effectivement aux catégories décrites dans les conditions générales de ventes, la méthode mise en œuvre par la société Free pour déterminer la liste des numéros à exclure ne peut pas tous les identifier :

- l'activité des centres d'appels ne se limite pas à recevoir des appels, mais couvre également l'émission d'appels sortants pour lesquels ils sont susceptibles d'utiliser leur numéro de téléphone en tant qu'identifiant d'appelant, limitant ainsi l'efficacité du critère d'asymétrie de trafic ;
- les opérateurs de communications internationales, dits carteurs, ont développé des produits qui rappellent les appelants et transforment ainsi un appel sortant en appel entrant, ce qui limite également la pertinence du critère d'asymétrie de trafic ;
- certains centres d'appels, tels que ceux fournissant une prestation de secrétariat aux professions libérales, ont des volumes d'appels très faibles sur chacun des numéros, limitant l'efficacité de la mesure volumétrique pour identifier des centres d'appels ;
- les collectes d'informations réalisées en complément des algorithmes ne peuvent, intrinsèquement, être exhaustives.

Cette méthode apparaît donc discriminatoire.

Elle est également arbitraire dans la mesure où l'algorithme repose sur l'existence probable de seuils nécessaires à l'identification des numéros « *les plus appelés* » ne générant pas d'appels entrants, seuils que la société Free semble avoir fixés de manière unilatérale.

La société Free n'a apporté de précision ni sur les seuils ni sur les fondements de ces algorithmes dans le cadre de l'instruction tout comme elle n'a pas explicité comment elle utilisait les informations collectées en complément des algorithmes.

La proposition de la société Free de faire évoluer sa méthode d'identification des numéros exclus vers une « *procédure cible* » dans ses observations en réponse à la notification des griefs illustre les problèmes soulevés précédemment :

- les seuils proposés semblent être définis de manière arbitraire par la société Free et conduisent à une discrimination tarifaire selon les utilisateurs appelés ;
- les règles de réintégration proposées paraissent arbitraires et discriminatoires dans la mesure, par exemple, où il n'est pas donné de définition d'un service public ; se pose notamment la question de savoir si la société Free entend viser les seules personnes morales de droit public (Etat, Collectivités territoriales, établissements publics) ou inclure les acteurs privés contribuant à remplir une mission de service public ;
- la proposition de ne pas réintégrer les numéros des « *services publics* » afin, selon la société Free, de respecter le principe de neutralité, ne permet pas de résoudre les conséquences discriminatoires et arbitraires décrites précédemment de l'utilisation d'algorithmes pour exclure les numéros.

Il ressort ainsi des éléments du dossier que la méthode mise en œuvre par la société Free pour identifier les numéros tarifés hors forfait est discriminatoire et arbitraire ; elle est destinée à identifier, *in fine*, les numéros auxquels s'applique la différenciation tarifaire prévue par les conditions contractuelles, et qui correspondent à des types de contenus définis par la société Free.

Il résulte de ce qui précède que la société Free a procédé, de manière arbitraire, en se fondant sur des critères non objectifs, à des différenciations tarifaires, dans le cadre de ses offres de détail, en portant une appréciation sur la nature des messages transmis depuis son réseau. Ces différenciations ont conduit à des discriminations infondées entre des utilisateurs appelés vers lesquels les appels sont acheminés de manière techniquement identique à travers le réseau de la société. La société Free a donc assuré ses services de manière discriminatoire, en méconnaissance de l'obligation de neutralité prévue aux articles L. 33-1 et D. 98-5 du CPCE.

Toutefois, la société Free, qui a reconnu lors de l'audience du 7 avril 2011 les problèmes posés par sa pratique d'exclusion des numéros géographiques en 01 à 05 et non géographiques commençant par 09 de ses offres « d'abondance », s'est engagée, lors de cette même audience et par courrier en date du 8 avril, à y mettre un terme.

Elle s'est engagée à réintégrer, avec effet rétroactif au 1^{er} avril 2011, les numéros en 01 à 05 et 09 précédemment exclus de ses offres et a modifié, en conséquence, les documents contractuels, dont les conditions générales de vente, à destination de ses abonnés et prospects.

Dès lors, dans les circonstances de l'espèce et compte tenu des engagements pris par la société Free de se conformer, avec effet rétroactif et pour l'avenir, aux obligations prévues par les articles L. 33-1 et D. 98-5 du CPCE relatives à la neutralité au regard des messages transmis en mettant un terme à la pratique en cause d'exclusion des numéros géographiques en 01 à 05 et non géographiques commençant par 09 de ses offres « d'abondance » et en modifiant, en conséquence, les documents contractuels à destination de ses abonnés et prospects, l'Autorité estime qu'il n'y a pas lieu de sanctionner la société Free au titre de la méconnaissance des prescriptions des dispositions précitées. L'Autorité s'assurera du strict respect de ces engagements.

Décide :

Article 1^{er} - Il n'y a pas lieu de sanctionner la société Free au titre du manquement aux obligations prévues par les articles L. 33-1 et D. 98-5 du code des postes et des communications électroniques, relatives à la neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications.

Article 2 - La présente décision sera notifiée à la société Free et publiée sur le site de l'Autorité.

Fait à Paris, le 26 avril 2011

Le Président

Jean-Ludovic SILICANI

[...] Passages relevant des secrets protégés par la loi