

Décision n° 2023-1413-RDPI
de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 6 juillet 2023
se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part,
la société Tismi B. V. et, d'autre part, la société Orange France

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document non confidentiel.

Les données et informations protégées par la loi sont présentées de la manière suivante : [SDA]

L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « l'Arcep » ou « l'Autorité »),

Vu la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu le règlement (UE) 2022/612 du Parlement européen et du Conseil du 6 avril 2022 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32, L. 32-1, L. 34-8, L. 36-7, L. 36-8, L. 37-1, L. 38, L. 44, L. 44-2, R. 11-1 et D. 99-6 à D. 99-11 ;

Vu la décision n° 2018-0881 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 24 juillet 2018 modifiée établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion ;

Vu la décision n° 2019-1685 de l'Autorité en date du 10 décembre 2019 modifiée portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la décision n° 2022-1583 de l'Autorité en date du 1^{er} septembre 2022 modifiant la décision établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion ;

Vu la décision n° 2023-0193 de la présidente de l'Autorité en date du 1^{er} février 2023 attribuant des ressources en numérotation à la société Tismi B. V. ;

Vu la demande de règlement de différend présentée en date du 22 juin 2022 par la société Tismi B.V. (ci-après « Tismi »), société privée de droit néerlandais, immatriculée à la chambre de Commerce des Pays-Bas sous le numéro 32081827, dont le siège social se situe à Dorpsstraat 1b, 3981 EA Bunnik, Pays-Bas, représentée par maître Dominique Heintz, avocat au barreau de Paris domicilié au cabinet HW&H, 39 Rue Pergolèse 75116 ;

Vu le courrier du 24 juin 2022 par lequel la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a mis en demeure la société Tismi de régulariser sa saisine ;

Vu le courrier de réponse, du 1^{er} juillet 2022, à la mise en demeure de l'Autorité de la société Tismi ;

Vu l'enregistrement par l'Autorité, le 4 juillet 2022, de la demande de règlement de différend ainsi régularisée par la société Tismi ;

La société Tismi B. V. demande à l'Autorité de :

« de se déclarer compétente au titre de l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques pour statuer sur le différend qui oppose Tismi à Orange ;

de constater que Tismi n'est pas un éditeur responsable du contenu de messages ;

d'enjoindre à Orange :

1. de proposer à Tismi un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de messages de textes courts (SMS) d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de 3 mois avant l'échéance et sans droit pour Orange France de résilier automatiquement le contrat au jour du changement de législation à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation publique ;

2. de fournir à Tismi dans le cadre du contrat d'interconnexion des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 06 et 07 avec une possibilité d'extension automatique à des numéros longs en 09 dès l'obtention par Tismi de l'attribution de la part de l'ARCEP ;

3. de fournir la prestation d'interconnexion à Tismi dans les conditions tarifaires reflétant les coûts et notamment en appliquant une facturation réciproque (SMS-MT et SMS-MO) correspondant à 1 centime d'euro sans aucun coût fixe additionnel ;

dans l'hypothèse de l'insuffisance des éléments relatifs à la tarification que les opérateurs s'appliquent entre eux, il est demandé à l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques, des Postes et de la Distribution de la Presse de fixer le montant de la prestation orienté sur les coûts ».

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

Tismi soutient que l'Autorité est compétente en application de l'article L. 36-8 du CPCE pour trancher le différend qui l'oppose à la société Orange, étant donné que le contrat sollicité, qui porte sur la terminaison bidirectionnelle de messages textes courts (ci-après « SMS ») et comprend les services de communication interpersonnelle, correspond bien à un contrat d'interconnexion.

Tismi estime que ses demandes sont recevables en raison de l'échec des négociations avec Orange dès lors que Tismi a tenté à plusieurs reprises de négocier avec Orange un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS (ci-après « le Contrat ») et ce, pendant plus de deux ans, et qu'un désaccord demeure entre les parties tant sur la nature du Contrat que sur la tarification proposée par Orange ; alors même que Tismi estime avoir présenté des demandes claires et précises sur les éléments essentiels du Contrat.

Sur le fond,

S'agissant, **en premier lieu, des aspects non tarifaires du désaccord entre Orange et Tismi**, et notamment sur l'objet du Contrat, Tismi soutient en substance que, aux termes du I de l'article L. 34-8 du CPCE, la contractualisation de l'interconnexion entre deux opérateurs de communications électroniques donne lieu à l'établissement d'un contrat d'interconnexion et non pas à un contrat d'acheminement. Tismi rappelle que les services qu'il fournit sont des services de communication interpersonnelle au sens du 6° de l'article L. 32 et que dès lors, quelle que soit la terminologie retenue par Orange, ce dernier ne peut éviter que le Contrat soit qualifié d'un contrat d'interconnexion.

En outre, Tismi soutient qu'Orange n'est pas fondé dans son refus d'extension automatique du Contrat à des numéros longs à 10 chiffres en 09¹, dès lors que Tismi en aurait obtenu l'attribution par l'Arcep

¹ L'Autorité entend souligner que la catégorie des « numéros longs à 10 chiffres en 09 » à laquelle Tismi fait référence dans ses écritures doit être entendue comme la catégorie des numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique au sens de la décision n° 2022-1583 de l'Arcep du 1^{er} septembre 2022.

dans le cadre du nouveau plan de numérotation qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023. À cet égard, Tismi estime que le changement du plan de numérotation n'a aucun effet sur l'objet du Contrat et les obligations des parties qui restent substantiellement identiques, considérant que le refus d'Orange vise à ménager une nouvelle négociation du Contrat, préjudiciable pour Tismi.

Sur la durée du Contrat, Tismi soutient que l'Arcep est fondée à vérifier le caractère équitable d'une clause du contrat relative à sa durée dès lors que la durée du droit d'accès est étroitement liée à l'effectivité de cet accès, à la préservation de la concurrence et au développement de l'investissement consenti par l'opérateur commercial. Tismi demande à l'Arcep d'enjoindre à la société Orange de lui proposer un contrat d'interconnexion d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction et sans droit pour Orange de résiliation automatique au jour du changement de la législation, afin de lui permettre notamment d'envisager un développement commercial d'une vraie stratégie d'investissement à moyen terme.

Enfin, sur la qualité de Tismi, ce dernier soutient en substance qu'il ne peut en aucun cas être qualifié d'éditeur de contenus, comme l'affirme Orange afin, selon lui, de justifier son refus de lui fournir une prestation de terminaison d'appel SMS, étant donné que sa demande d'interconnexion a pour finalité la transmission d'un service de communication électronique accessible au public et non un service de contenu. À cet égard, Tismi affirme qu'il n'est pas un utilisateur final en ce qui concerne la prestation de SMS, mais un intermédiaire entre les opérateurs mobiles et les prestataires « CPaaS »² et ne peut donc pas être tenu civilement et pénalement responsable du contenu des messages diffusés à destination des utilisateurs.

S'agissant, **en deuxième lieu, du désaccord tarifaire entre Orange et Tismi**, ce dernier demande une facturation symétrique et réciproque de 1 centime d'euro par SMS-MT³ et SMS-MO⁴ sans coût additionnel et il estime en substance que la tarification proposée par Orange à savoir une grille tarifaire « à la conversation », sans rapport avec le service réellement rendu par Orange, à un prix de [SDA] centimes d'euro par SMS-MT, avec un refus de réciprocité de la tarification et un tarif supplémentaire au débit est excessive et déséquilibrée.

À cet égard, Tismi réfute la notion de « SMS conversationnel » proposée par Orange dans le cadre de sa proposition de contrat, qui n'est selon lui pas une notion technique mais serait un concept fictif par lequel Orange cherche à remplacer la tarification classique de l'interconnexion SMS, et indique que le fait que les échanges de messages aient lieu entre un utilisateur et une entreprise n'a aucune incidence sur le périmètre technique de la prestation d'interconnexion entre les réseaux des deux parties, qui reste une prestation de terminaison d'appel SMS-MT sur le réseau d'Orange. Tismi soutient ainsi qu'il devrait disposer d'un tarif correspondant à une prestation de terminaison d'appel SMS-MT.

En outre, Tismi estime en substance que le tarif du SMS-MT demandé par Orange est excessif, puisque, en proposant un tarif à [SDA] centimes d'euro par SMS-MT, Orange engendre une différence excessive entre les frais réellement engagés et le prix réellement facturé. Selon Tismi, la prestation qu'Orange lui fournirait ne présente pas une valeur économique permettant de justifier un tel niveau de prix. À cet égard, Tismi indique que le prix proposé par Orange est trois fois supérieur aux prix facturés sur le marché pour la même prestation de terminaison de SMS-MT, et que le caractère inéquitable et excessif est encore majoré par le fait qu'Orange demande un tarif forfaitaire au débit⁵, variable par tranche de SMS par seconde acheminés, s'ajoutant au tarif par SMS-MT.

² « *Communications Platform as a Service* », plateformes de communication permettant aux entreprises de proposer différents canaux d'échange (appels vocaux, SMS, courriers électroniques...) avec leurs clients.

³ Un SMS « *Mobile Terminated* » est un SMS reçu par l'utilisateur du terminal mobile.

⁴ Un SMS « *Mobile Originated* » est un SMS transmis par l'utilisateur du terminal mobile.

⁵ Orange propose une facturation forfaitaire, pas réciproque, pour une « conversation » entre un client de Tismi et un abonné d'Orange d'une durée de 24 heures : [SDA] € par conversation facturé par Orange à Tismi si la conversation est initiée par un

Enfin, Tismi fait valoir qu'il supporte des coûts de terminaison SMS lors des échanges de SMS entre ses clients entreprise et les utilisateurs clients d'Orange, au même titre que tout opérateur de réseau.

Vu le courrier du 4 juillet 2022 par lequel la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis à la société Orange la demande de règlement de différend de la société Tismi ;

Vu les courriers du 7 juillet 2022 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et désigné les rapporteurs ;

Vu les observations en défense, présentées en date du 3 août 2022 par la société Orange, société anonyme au capital de 10 640 226 396 euros, dont le siège social est situé au 111 quai du Président Roosevelt à Issy-les-Moulineaux (92130), et immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le numéro 380 129 866, représentée par son directeur des affaires réglementaires, Monsieur Philippe Béguin ;

Vu le courrier du 4 août 2022 par lequel la cheffe de l'unité marché mobile et ressources rares de l'Autorité a mis en demeure la société Orange de régulariser ses observations en défense ;

Vu le courrier de réponse, le 9 août 2022, à la mise en demeure de l'Autorité de la société Orange ;

Vu l'enregistrement par l'Autorité, le 9 août 2022, des observations en défense ainsi régularisées par la société Orange ;

Sur la recevabilité des demandes, Orange soutient en substance que l'échec des négociations n'est pas avéré estimant notamment que la demande de Tismi a évolué et que celle formulée par lettre recommandée du 10 juin 2021 consistant en une offre bidirectionnelle SMS pour les usages décrits par Tismi relevait d'un usage nouveau par rapport aux usages connus d'Orange et que ce type de prestation correspondait à des cas d'usages commerciaux différents. Orange estime ainsi qu'une telle offre est très différente d'une offre d'interconnexion entre opérateur de réseaux, ce que n'est pas Tismi selon lui, nécessitant de développer des solutions spécifiques à l'échange de SMS entre la plateforme de Tismi et des marques, clients finals de Tismi, souhaitant instaurer un nouveau type de communication commerciale. Il estime en outre qu'une telle prestation d'interconnexion pour une terminaison bidirectionnelle nécessite que Tismi définisse les termes de sa propre prestation, ce qu'il lui reproche de ne pas avoir fait. Orange estime par ailleurs que, concernant la grille tarifaire qu'il avait transmis le 1^{er} février 2022 afin de tenir compte en partie des observations de Tismi, ce dernier n'est jamais revenu vers Orange, alors même que Tismi s'était engagé à le faire. Ainsi, pour Orange, l'annonce par Tismi d'un retour sur sa proposition et le silence de Tismi démontre que la négociation n'a jamais été menée de bonne foi et qu'il ne peut être considéré que l'échec des négociations était formalisé à la date de la saisine de l'Autorité.

Sur le fond, Orange soutient en substance, d'une part, que les demandes de Tismi remettraient en cause le cadre réglementaire applicable à la prestation de terminaison d'appel SMS, et d'autre part, que ses demandes ne sont ni équitables, ni raisonnables.

En premier lieu, et concernant le cadre réglementaire, Orange soutient que Tismi ne peut se prévaloir d'aucune obligation tarifaire ou d'une orientation vers les coûts concernant la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par Orange, étant donné que cette prestation ne fait plus l'objet d'une régulation *ex ante*. À cet égard, Orange estime que les demandes de Tismi seraient de nature à déstabiliser la capacité des opérateurs de communications électroniques dans un cadre concurrentiel.

En deuxième lieu, Orange soutient que les demandes de Tismi ne sont ni équitables, ni raisonnables.

S'agissant de la demande d'un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS, Orange estime que cette dernière est déraisonnable en ce qu'elle impose des conditions non liées à la

client Orange, et [SDA] € par conversation facturé par Orange à Tismi si la conversation est initiée par un client de Tismi. Orange propose également une facturation par SMS individuel de [SDA] € facturé par Orange à Tismi.

situation de l'opérateur qui fournit la prestation. À cet égard, Orange souligne qu'en fixant un principe de réciprocité, Tismi demande à l'Arcep d'enjoindre à Orange de proposer une convention dans laquelle ce dernier devrait définir les conditions techniques et tarifaires d'une prestation fournie par un tiers, Tismi en l'espèce. Or Orange indique qu'il appartient à chaque fournisseur de prestation de terminaison d'appel de définir les conditions de sa propre prestation.

S'agissant de la durée déterminée du contrat initialement proposée par Orange, ce dernier estime qu'il s'agissait d'une offre expérimentale qui avait vocation à évoluer en fonction du retour d'expérience.

S'agissant de la demande d'extension automatique du contrat d'interconnexion à des numéros longs en 09 dès l'attribution par l'Arcep à Tismi, Orange considère qu'elle est déraisonnable. Il soutient en substance que, si c'est bien la demande de Tismi, il n'affecte pas, à date, de numéros longs à dix chiffres en 09 dans le cadre de ses services mobiles. Si la demande de Tismi doit être interprétée comme étant une demande à Orange de terminer des appels SMS vers les clients de Tismi affectataires de numéros en 09, alors Orange indique qu'il ne peut réaliser une telle prestation sur la plateforme web de Tismi, car Orange n'exploite pas cette plateforme. En outre, il soutient que cette demande est déraisonnable d'autant plus qu'elle porte sur une réglementation à venir et sur des ressources à attribuer.

S'agissant enfin de la demande de fournir la prestation d'interconnexion à Tismi dans des conditions reflétant les coûts et en appliquant une facturation réciproque à 1 centime d'euro, Orange soutient qu'elle est déraisonnable et disproportionnée notamment en ce que le marché du SMS a été dérégulé. Tismi ne peut pas, selon Orange, se prévaloir d'une orientation vers les coûts en l'absence d'obligation réglementaire. Selon Orange, le tarif ne saurait être réciproque en raison de la nature des deux prestations qui n'est pas comparable. À cet égard, Orange estime que Tismi doit supporter des coûts de terminaison sur sa plateforme web inférieurs à ceux d'une terminaison d'appel SMS sur un réseau mobile, tel que celui détenu par Orange. Orange estime en outre que faire droit à la demande de Tismi viendrait fausser le jeu de la concurrence entre Orange et les grands acteurs du web et le priverait de sa capacité de proposer de nouveaux services innovants.

Vu le courrier du 11 août 2022 de la société Tismi sollicitant une prolongation du délai pour répondre aux observations en défense d'Orange ;

Vu les courriers du 11 août 2022 par lesquels le chef de l'unité infrastructures et réseaux ouverts de l'Autorité a accordé à Tismi le délai supplémentaire et a transmis aux parties le calendrier prévisionnel modifié de dépôt des mémoires ;

Vu les observations en réplique, présentées par la société Tismi le 30 août 2022 et enregistrées à l'Autorité le 31 août 2022, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

À titre liminaire, Tismi conteste la recevabilité du mémoire d'Orange enregistré le 9 août 2022 en raison de l'absence de pouvoir de Monsieur [SDA] ni de justification de Madame [SDA] à pouvoir signer en son nom.

Sur la recevabilité des demandes, Tismi maintient son argumentation. Il considère que ses demandes ont été clairement exprimées dès juin 2021 et notamment par une lettre recommandée de septembre 2021, notamment sur le plan technique et tarifaire et sur la nature du contrat, et que le long silence gardé par Orange avant la saisine de l'Autorité, alors qu'Orange devait revenir vers Tismi sur sa demande de convention d'interconnexion, établit à lui seul l'échec des négociations. Tismi soutient également que l'échec des négociations est effectif en ce que Tismi a bien précisé les conditions techniques et tarifaires de sa propre prestation de terminaison d'appel SMS notamment dans un courriel du 18 décembre 2020 et par lettre recommandée du 21 septembre 2021 et estime que tout au long de ces échanges, Orange n'a jamais sollicité de la part de Tismi la communication plus détaillée des conditions techniques et financières. Tismi conteste par ailleurs l'argument selon lequel il ne pourrait y avoir échec des négociations en l'absence de propositions de Tismi sur ses propres prestations alors qu'il avait fait de telles propositions, estimant que la conclusion d'un contrat peut se faire par étapes, d'abord par un accord de volonté sur les principes suivi d'une négociation relatifs aux

détails de la prestation, et qu'en tout état de cause Orange refusait le principe même de toute interconnexion bilatérale.

Sur le fond, Tismi maintient ses demandes et complète son argumentation.

S'agissant, **en premier lieu**, du cadre réglementaire applicable aux prestations de terminaison d'appel SMS, Tismi soutient que les opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques sont tenus de pratiquer, en matière d'interconnexion, des tarifs reflétant les coûts et peuvent même se voir imposer de pratiquer de tels tarifs.

En deuxième lieu, Tismi estime que les offres respectives des opérateurs peuvent être dissociées et, en substance qu'une relation commerciale est par essence construite sur la réciprocité en ce qu'elle repose sur des engagements synallagmatiques. En ce sens, Tismi soutient qu'Orange dénature sa demande de se voir proposer une offre d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle d'appel SMS. Il ajoute que dans la négociation d'un accord bidirectionnel le caractère réciproque des prestations est une donnée évidente, ce qui laisse la liberté de chacun de fixer ses tarifs dans les limites de la réglementation.

S'agissant, **en troisième lieu**, de l'application du contrat à des numéros longs en 09, Tismi soutient en particulier que cette extension ne change pas l'objet du contrat, qui reste un contrat d'interconnexion, et n'a aucune incidence sur les obligations des parties.

S'agissant, **enfin et en quatrième lieu**, de la tarification à 1 centime d'euros, Tismi soutient que l'argument d'Orange consistant à considérer que le tarif de la prestation réalisée par Tismi ne pourrait pas être identique à celui d'Orange car les prestations ne sont pas comparables ne peut être valablement invoqué étant donné que les prix pratiqués par Orange aux autres opérateurs pour un SMS-MT correspondent aux prix pratiqués par les opérateurs mobiles entre eux, soit 1 centime d'euro par SMS-MT. Tismi ajoute que la prestation demandée à Orange n'est pas innovante comme ce dernier l'affirme, qu'il s'agit d'un échange standard de messages qui permet de transmettre des données numériques de faible volume. Ainsi sa demande ne viendrait ni fausser la concurrence entre Orange et les fournisseurs de services de communications interpersonnels proposés par les grands acteurs du web puisqu'il ne s'agit pas du même marché, ni remettre en cause d'éventuels investissements sur lesquels Orange n'apporte selon lui pas d'éléments. Par ailleurs, Tismi ajoute qu'il supporte des coûts de terminaison d'appel SMS au même titre que tout autre opérateur de réseau et qu'il s'est déjà vu proposer le tarif d'un centime d'euro par un concurrent.

Vu les secondes observations en défense, présentées par la société Orange et enregistrées à l'Autorité le 22 septembre 2022, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

À titre liminaire, et concernant la contestation de la recevabilité du mémoire d'Orange en date du 3 août 2022 et enregistré à l'Autorité le 9 août 2022, Orange indique que Monsieur [SDA], directeur des affaires réglementaires d'Orange, a bien qualité permanente pour agir et représenter Orange devant l'Arcep et que Madame [SDA] disposait pour la période concernée d'une subdélégation pour l'envoi du mémoire.

Sur la recevabilité des demandes, Orange estime, en substance, avoir répondu à toutes les demandes de Tismi, mais n'a en revanche pas eu de retour de Tismi sur certains points, notamment concernant les conditions techniques et tarifaires de la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par Tismi sur sa plateforme informatique. Pour Orange, les parties étaient en cours de négociation à la date de la saisine, ce qui implique une absence d'échec des négociations concernant les conditions techniques et tarifaires de la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par Tismi, en ce que les observations formulées par Tismi portent sur la prestation de départ d'appel SMS (SMS-MO) réalisée par Orange, et non sur celle réalisée par Tismi (« SMS-plateforme »).

Sur le fond, Orange maintient son argumentation et développe des éléments complémentaires.

S'agissant, **en premier lieu**, du cadre réglementaire applicable à la prestation de terminaison d'appel SMS, Orange rappelle que depuis l'analyse de la Commission européenne du 28 novembre 2014 le marché de la prestation de terminaison d'appel SMS a été dérégulé. Ainsi, Orange considère n'être soumise à aucune obligation tarifaire, de sorte qu'il appartient à Tismi de démontrer en quoi le tarif de cette prestation ne serait ni équitable ni raisonnable.

S'agissant, **en deuxième lieu**, de l'offre conversationnelle proposée par Orange, ce dernier indique que pour permettre le développement des nouveaux usages s'inscrivant dans l'évolution du « Business Messaging », il a conçu une nouvelle offre, dont le tarif est raisonnable et équitable, pour de nouveaux usages enrichis. Pour ces raisons, Orange estime que Tismi considère à tort que cette offre n'est pas innovante et que le tarif proposé n'est pas raisonnable et équitable alors que l'éventuelle modification à la baisse de ce tarif viendrait fausser le jeu de la concurrence entre Orange et les grands acteurs du web (dits « OTT »). Orange ajoute avoir engagé des investissements importants afin de pouvoir proposer une plateforme technique et un cadre d'exploitation du SMS conversationnel qui assure la protection des clients finaux et une qualité de service aux entreprises nécessaires au bon fonctionnement de leur plateforme, qui va, selon Orange, au-delà du simple SMS interpersonnel (offrant la possibilité d'inclure, par lien, des contenus multimédias). Orange estime que le SMS conversationnel constitue une offre comparable à celle proposée par des services de messagerie grand public sur internet, la tarification de son offre concernant les SMS conversationnels étant par ailleurs bien inférieure à celle de ces OTT.

S'agissant, **enfin et en troisième lieu**, de la demande de symétrie des terminaisons d'appels SMS entre Tismi et Orange, Orange rappelle que les tarifs des prestations de Tismi et d'Orange ne sauraient être symétriques en ce que, d'une part, si Tismi doit supporter des coûts de terminaison sur sa plateforme, ceux-ci ne seraient en rien comparables à ceux d'un opérateur exploitant un réseau mobile tel qu'Orange. D'autre part, Orange soutient que techniquement les deux prestations sont différentes : Orange termine un appel SMS sur un réseau mobile, alors que Tismi termine un appel SMS sur une plateforme technique.

Vu les courriers du 5 octobre 2022 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le questionnaire des rapporteurs ;

Vu le courrier du 11 octobre 2022 de la société Tismi sollicitant une prolongation du délai pour répondre au questionnaire des rapporteurs ;

Vu les courriers du 11 octobre 2022 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a accordé un délai supplémentaire aux sociétés Tismi et Orange pour transmettre leurs réponses au questionnaire des rapporteurs ;

Vu la décision n° 2022-2076-RDPI en date du 18 octobre 2022 par laquelle la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction a décidé de proroger le délai dans lequel elle doit se prononcer sur le différend ;

Vu le courriel du 20 octobre 2022 de la société Tismi sollicitant des précisions relativement au questionnaire des rapporteurs ;

Vu les courriels du 21 octobre 2022 par lesquels le greffe de l'Autorité a transmis les clarifications demandées aux sociétés Tismi et Orange ;

Vu le courrier du 21 octobre 2022 de la société Orange sollicitant une prolongation du délai pour répondre au questionnaire des rapporteurs ;

Vu les courriers du 24 octobre 2022 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a accordé un délai supplémentaire aux sociétés Tismi et Orange pour transmettre leurs réponses au questionnaire des rapporteurs ;

Vu les réponses des parties au questionnaire des rapporteurs présentées et enregistrées à l'Autorité le 4 novembre 2022 ;

Vu les troisièmes observations en défense, présentées par la société Orange le 21 février 2023 ;

Vu le courrier du 24 février 2023 par lequel la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a mis en demeure la société Orange de régulariser ses observations en défense ;

Vu le courrier de réponse, le 24 février 2023, à la mise en demeure de l'Autorité de la société Orange ;

Vu l'enregistrement par l'Autorité, le 24 février 2023, des troisièmes observations en défense ainsi régularisées par la société Orange, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur le fond, Orange maintient pour la plupart son argumentation et développe des éléments complémentaires.

S'agissant, **en premier lieu**, du marché du business messaging, Orange précise que le SMS conversationnel est un canal de communication du business messaging qui répond à la demande récente des entreprises ou marques souhaitant développer leur relation commerciale avec leurs clients à travers des échanges bidirectionnels. Orange soutient en substance que la création par la décision de l'Arcep n° 2022-1583, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, d'une nouvelle catégorie de numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec les plateformes a clarifié les relations entre les différents acteurs sur le marché en cause, ce qui a conduit Orange à faire évoluer son offre de SMS conversationnels. Dans ce cadre, Orange indique proposer désormais de rémunérer les agrégateurs CPaaS pour leur prestation d'acheminement de SMS conversationnels sur leur plateforme WEB.

S'agissant, **en deuxième lieu**, de la nature de Tismi, Orange estime en particulier que les cas d'usage présentés lors des négociations à Orange par Tismi correspondent au rôle d'un agrégateur CPaaS qui fait partie intégrante du marché du business messaging.

S'agissant, **en troisième lieu**, de l'offre « SMS conversationnel » proposée par Orange, ce dernier indique proposer une offre de gros avec un tarif à la conversation de 24 heures⁶ qui prévoit la facturation réciproque de deux prestations de nature différente. Orange estime en particulier que son offre est raisonnable au regard des offres des fournisseurs de messagerie tels que WhatsApp Business, Apple Business Chat, RCS, etc. qui permettent de joindre de la même manière que son offre de « SMS conversationnel » un utilisateur final et d'engager une conversation avec les clients marques. De plus, Orange soutient que son offre permet à Tismi, en tant qu'agrégateur CPaaS, de proposer à ses clients marques des offres de détail attractives sur le marché⁷. Il estime par ailleurs que son offre est raisonnable en ce qu'il considère applicable, par analogie, la notion de partage raisonnable dans une chaîne de valeur définie par l'Arcep dans le cadre de sa décision n° 2007-0213. Enfin, Orange soutient, en substance, que son offre contribue à la lutte contre la fraude et préserve la valeur sur le marché du business messaging en ce qu'il a mis en place divers dispositifs de contrôle par une équipe dédiée et prévoit la mise en place d'une solution de vérification de l'identité des marques par un tiers pour un lancement en 2024.

Vu les observations en duplique présentées par la société Tismi le 23 mars 2023 et enregistrées le même jour à l'Autorité, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens tout en actualisant les demandes présentées dans sa saisine ;

⁶ Orange propose une facturation forfaitaire pour une « conversation » entre un client de Tismi et un abonné d'Orange d'une durée de 24 heures : [SDA] € par conversation facturée par Orange à Tismi et [SDA] € par conversation facturée par Tismi à Orange. Orange propose également une facturation par SMS individuel de [SDA] € facturé par Orange à Tismi, et de [SDA] € facturé par Tismi à Orange.

⁷ Orange indique en ce sens que la tarification de la conversation est déterminée par le prix du SMS-MT et du SMS-MO, et que le volume des SMS-MT et SMS-MO échangés entre les clients marques de Tismi et ses clients sont facturés aux clients marques de Tismi. Enfin, il estime qu'il s'agit d'un prix à l'unité évoluant à la baisse selon des seuils au volume de SMS échangés.

Sur les demandes présentées lors de saisine, Tismi les actualise comme suit, en demandant à l'Autorité :

« de se déclarer compétente au titre de l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques pour statuer sur le différend qui oppose Tismi à Orange ;

de constater que Tismi n'est pas un éditeur responsable du contenu de messages ;

d'enjoindre à Orange :

1. de proposer à Tismi un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de messages de textes courts (SMS) d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de 3 mois avant l'échéance et sans droit pour Orange France de résilier automatiquement le contrat au jour du changement de législation à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation publique ;

2. de fournir à Tismi dans le cadre du contrat d'interconnexion des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 09 ;

3. de fournir la prestation d'interconnexion à Tismi dans les conditions tarifaires reflétant les coûts et notamment en appliquant une facturation réciproque (SMS-MT et SMS-MO) correspondant à 1 centime d'euro sans aucun coût fixe additionnel ;

dans l'hypothèse de l'insuffisance des éléments relatifs à la tarification que les opérateurs s'appliquent entre eux, il est demandé à l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques, des Postes et de la Distribution de la Presse de fixer le montant de la prestation orienté sur les coûts. » (gras ajouté).

Sur le fond, Tismi complète et actualise ses précédentes écritures.

S'agissant, **en premier lieu**, de la qualité de Tismi, ce dernier estime avoir déjà démontré qu'il possède le statut d'opérateur et pas d'un simple agrégateur CPaaS. En ce sens, Tismi indique en particulier qu'il dispose de l'architecture technique pour l'acheminement des SMS et qu'en tant que CPaaS Enabler, il se situe entre le MNO et les agrégateurs. Ainsi, Tismi estime qu'Orange est malvenu de prétendre qu'il serait un agrégateur CPaaS aux seuls motifs que Tismi présente à l'appui de sa demande des cas d'usage provenant de prestataires CPaaS.

S'agissant, **en deuxième lieu**, des cas d'usage de Tismi, ce dernier précise, contrairement à ce que soutient Orange, que les cas d'usage qu'il souhaite offrir pour répondre aux besoins du marché ne permettent pas de disqualifier son rôle au motif qu'il s'agirait de fonctionnalités développées par des agrégateurs CPaaS. Tismi estime en particulier que ces cas d'usage répondent à des hypothèses remontées par les agrégateurs CPaaS et ne permettent pas de qualifier Tismi ainsi.

S'agissant, **en troisième lieu**, de l'offre proposée par Orange, Tismi estime en substance que l'offre « SMS conversationnel » d'Orange est déraisonnable au motif qu'elle ne présente aucun caractère innovant, ne nécessite pas des investissements lourds et impose sans nécessité des services supplémentaires aux clients. Tismi soutient qu'Orange prétend avoir fait évoluer son offre en introduisant de nouvelles fonctionnalités et qu'en réalité ces fonctionnalités ne constituent pas des usages allant au-delà du SMS classique⁸. De plus, Tismi indique que les services qu'Orange propose dans son offre ne sont pas véritablement innovants et sont souvent déjà mis en œuvre par les agrégateurs (mise en place d'une interface SMPP et d'une chaîne de soutien, engagements de qualité de service, analyse de signalements, contrôles pour vérifier le respect des règles déontologiques, etc.).

⁸ En ce sens Tismi indique que la communication unifiée via voix et SMS proposée par Orange n'est pas l'objet du contrat d'interconnexion demandé par Tismi, étant donné que celui-ci porte uniquement sur le SMS. De plus, Tismi estime que la facturation à la conversation par session n'est pas une fonctionnalité mais un simple modèle d'affaires présenté par Orange seulement pour donner l'illusion que ce service soit identique à celui proposé par les opérateurs OTT.

Enfin, Tismi estime que ces services prétendument innovants proposés par Orange sont imposés aux clients qui se trouvent dans l'obligation d'y souscrire quand bien même ils disposeraient de moyens moins onéreux leur permettant de bénéficier au même niveau de ces fonctionnalités.

Vu les quatrième observations en réplique, présentées par la société Orange le 7 avril 2023 et enregistrées à l'Autorité le 11 avril 2023, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur le fond, Orange complète et précise en particulier ses précédentes observations.

S'agissant, **en premier lieu**, de la qualité de Tismi, Orange précise en substance qu'il n'a jamais remis en cause la qualité d'opérateur de Tismi au sens du CPCE.

S'agissant, **en deuxième lieu**, de la demande de symétrie tarifaire de Tismi, Orange rappelle en particulier que cette demande n'est ni raisonnable ni justifiée en ce que Tismi dispose d'une plateforme technique qui supporte en général des coûts inférieurs à ceux d'une terminaison d'appel SMS sur réseau mobile.

S'agissant, **en troisième lieu**, de la « demande » d'interconnexion SS7 de Tismi, Orange estime que cette dernière est nouvelle et à ce titre pas recevable.

Vu les courriers du 21 avril 2023, modifiés par les courriers du 3 mai 2023, par lesquels les sociétés Tismi B.V. et Orange ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité le 22 juin 2023, et informées que la clôture d'instruction de la présente affaire était fixée au 2 mai 2023 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu le 22 juin 2023, lors de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Joëlle Cottenye, M. Serge Abiteboul et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité, et en la présence des agents des services et des représentants de Tismi et d'Orange :

- le rapport de Mme Giulia Di Giorgio présentant les conclusions des parties ;
- les observations des représentants de la société Tismi ;
- les observations des représentants de la société Orange.

Sur la publicité de l'audience,

L'article 14 du règlement intérieur susvisé prévoit que *« l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité en délibère »*.

Les sociétés Tismi et Orange ont indiqué par courrier électronique respectivement en date du 1^{er} juin 2023 et du 9 juin 2023 s'opposer à ce que l'audience soit publique.

En conséquence, l'audience n'a pas été publique.

La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité (composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Joëlle Cottenye, M. Serge Abiteboul et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité), en ayant délibéré le 6 juillet 2023 en la seule présence de ses membres, adopte la présente décision.

1 Contexte général

1.1 L'acheminement des SMS

L'interconnexion correspond aux liaisons physiques et logiques entre réseaux⁹, notamment afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un opérateur tiers, ou encore d'accéder aux services fournis par un opérateur tiers. Il existe différentes prestations d'interconnexion, parmi lesquelles le départ d'appel, le transit et la terminaison d'appel.

Ces prestations sont indispensables pour assurer l'interopérabilité des services entre différents opérateurs, c'est-à-dire la connexion téléphonique de bout en bout entre les utilisateurs finals.

Un « SMS » (*Short Message Service*) ou service de message court est un message écrit, composé de 160 caractères maximum. Ce service est disponible sur la totalité du parc de terminaux mobiles en circulation sur le marché et fonctionne sur tous les types de réseaux.

Outre le SMS de bout-en-bout, la norme GSM distingue notamment les « SMS-MO » (*Mobile Originated*), des « SMS-MT » (*Mobile Terminated*). Un SMS-MO désigne le transfert d'un SMS depuis un terminal mobile vers le SMS-C¹⁰ (SMS Center) d'un opérateur, tandis qu'un SMS-MT désigne le transfert d'un SMS depuis le SMS-C d'un opérateur vers un terminal.

L'objet du présent différend concerne la terminaison d'appel SMS, qui correspond, pour un opérateur exploitant des numéros ouverts à l'interconnexion sur son réseau, aux prestations qu'il fournit à d'autres opérateurs pour l'acheminement de leurs SMS vers ces numéros.

La prestation de terminaison d'appel est payée sur le marché de gros par l'opérateur d'origine à l'opérateur de destination (cf. Figure 1) et fait l'objet d'un contrat appelé convention d'interconnexion.

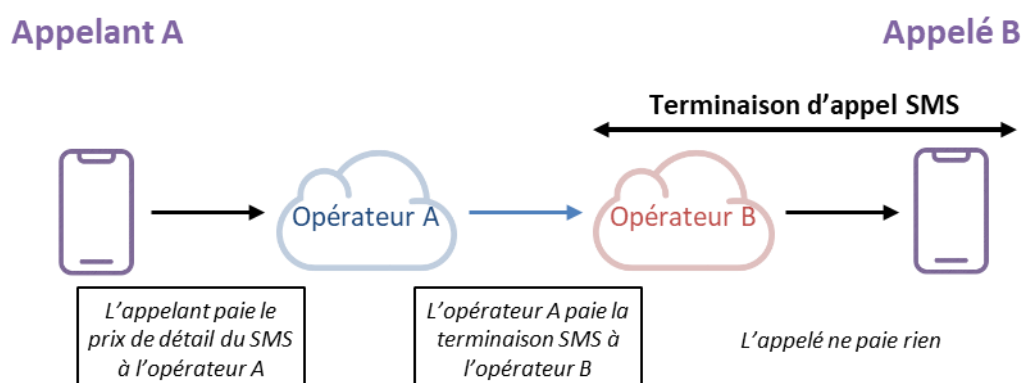


Figure 1 : Paiement d'une terminaison d'appel SMS par un opérateur dans le cas de l'envoi d'un SMS vers un opérateur tiers.

1.2 Présentation des parties

La société Tismi, actuellement attributaire de numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique¹¹, est un fournisseur de numéros de téléphone virtuels qui fait partie du

⁹ Au sens du L. 32, 9° du CPCE.

¹⁰ Équipement gérant le stockage et l'expédition des SMS.

¹¹ Décision n° 2023-0193 de la présidente de l'Autorité en date du 1^{er} février 2023.

groupe Link Mobility¹², société norvégienne qui fournit une plateforme de services de communications « CPaaS »¹³ spécialisée dans les services de messagerie et les solutions mobiles. La société Tismi est par ailleurs interconnectée avec [SDA] opérateurs en vue d'échanger du trafic SMS¹⁴.

La société Orange est un opérateur présent sur les marchés mobiles et du haut et du très haut débit fixe. Au 31 décembre 2022, elle disposait d'un parc d'abonnés mobiles de 36 millions de clients¹⁵. La société Orange est par ailleurs interconnectée avec [SDA] opérateurs en vue d'échanger du trafic SMS¹⁶.

La société Tismi indique utiliser actuellement les services de [SDA] pour acheminer les SMS de ses clients à destination des clients d'Orange¹⁷. La société Tismi estime que le volume de SMS échangé avec la société Orange serait à terme, dans le cadre d'une interconnexion SMS directe opérationnelle entre les deux parties, de [SDA] SMS-MT et de [SDA] SMS-MO par mois avec des numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique¹⁸.

2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes

Tismi a saisi la formation RDPI de l'Autorité de demandes, telles qu'actualisées lors de ses dernières observations complémentaires du 23 mars 2023, relatives à la conclusion d'une convention visant à établir selon lui une interconnexion avec Orange. Tismi demande en particulier :

- de ne pas être considéré en tant qu'éditeur responsable du contenu des messages ;
- d'obtenir une proposition de contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS d'une durée d'un an avec tacite reconduction assortie d'un préavis minimal de résiliation de trois mois et sans droit pour Orange de résilier automatiquement le contrat au jour du changement de législation à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation ;
- d'obtenir, dans le cadre du contrat précité, des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 09¹⁹ ;
- d'obtenir un service d'interconnexion dans des conditions tarifaires reflétant les coûts en appliquant une facturation réciproque (SMS-MT et SMS-MO) correspondant à 1 centime d'euro sans aucun coût fixe additionnel ;
- à titre subsidiaire, dans l'hypothèse de l'insuffisance des éléments relatifs à la tarification applicable entre les opérateurs, d'obtenir de la part de l'Arcep la fixation d'un montant de la prestation orienté sur les coûts.

¹² Communiqué de presse de l'acquisition de Tismi par Link Mobility, 12 février 2021, <https://linkmobility.fr/actualites/link-mobility-acquiert-tismi-en-hollande/>.

¹³ « Communications Platform as a Service », plateformes de communication permettant aux entreprises de proposer différents canaux d'échange (appels vocaux, SMS, courriers électroniques...) avec leurs clients.

¹⁴ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 17.

¹⁵ Résultats annuels d'Orange pour 2022, 16 février 2023, fichier « 4Q 2022 – Databook KPIs », <https://gallery.orange.com/h/Mm8Vzc>, page 20.

¹⁶ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, question n° 17.

¹⁷ Saisine de Tismi, point 203, page 35.

¹⁸ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 8.

¹⁹ À l'occasion de la saisine, Tismi demandait notamment à l'Autorité d'enjoindre à Orange « de fournir à Tismi dans le cadre du contrat d'interconnexion des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 06 et 07 avec une possibilité d'extension automatique à des numéros longs en 09 dès l'obtention par Tismi de l'attribution de la part de l'Arcep ».

2.1 Sur la compétence de l'Autorité pour connaître de la conclusion d'une convention d'interconnexion

Sur le fondement des dispositions du I de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend « *[e]n cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques (...). Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés* ».

De plus, l'article L. 34-8 du CPCE prévoit que « *I. L'interconnexion ou l'accès font l'objet d'une convention de droit privé entre les parties concernées. Cette convention détermine, dans le respect des dispositions du présent code et des décisions prises pour son application, les conditions techniques et financières de l'interconnexion ou de l'accès. (...)*

Pour réaliser les objectifs définis à l'article L. 32-1, l'autorité peut imposer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès ou de l'interconnexion :

a) Soit de sa propre initiative (...);

b) Soit à la demande d'une des parties, dans les conditions prévues à l'article L. 36-8.

Les décisions adoptées en application des a et b sont motivées et précisent les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés.

II. – Les exploitants de réseaux ouverts au public font droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public, y compris ceux qui sont établis dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, présentées en vue de fournir au public des services de communications électroniques.

La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire. Tout refus d'interconnexion opposé par l'exploitant est motivé. (...) ».

L'article L. 32, 9° du CPCE définit l'interconnexion comme « *la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux ouverts au public.* ».

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'Autorité est compétente pour connaître d'un différend, en cas d'échec des négociations, portant sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion, au sens de l'article L. 32, 9° du CPCE, dans les conditions prévues à l'article L. 36-8 du CPCE.

En l'espèce et à titre liminaire, Tismi demande à l'Autorité « de constater que Tismi n'est pas un éditeur responsable du contenu des messages »²⁰.

Or, la procédure de règlement de différend définie à l'article L. 36-8 du CPCE vise à préciser « *les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent*

²⁰ Saisine de Tismi, page 37.

être assurés ». Dans le cadre de cette procédure, l'Autorité n'est pas habilitée à se prononcer sur les conclusions des parties par des actes déclaratifs²¹.

L'Autorité considère que, au regard des dispositions qui précèdent, elle n'est pas compétente pour se prononcer sur cette demande.

S'agissant des autres demandes de Tismi, celles-ci portent sur la conclusion d'une convention d'interconnexion, dont l'objet est la terminaison bidirectionnelle d'appel SMS entre Orange et Tismi, sur le périmètre de ce contrat, sa durée et ses conditions financières.

Tismi estime que la convention objet de ses demandes, à savoir une convention relative à la terminaison bidirectionnelle d'appel SMS, relève bien de l'interconnexion au sens de l'article L. 32, 9° du CPCE et correspond par conséquent à une convention d'interconnexion au sens de l'article L. 34-8 du CPCE, relevant du périmètre des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE.

Aux termes des articles L. 36-8 et L. 34-8 du CPCE, l'Autorité est compétente pour régler les différends concernant un désaccord sur l'exécution ou la conclusion d'une convention d'interconnexion devant permettre l'accès au réseau d'un opérateur. Dès lors qu'une clause litigieuse a un lien, même indirect, avec les conditions d'exécution de la prestation d'interconnexion, l'Autorité est compétente pour se prononcer.

L'Autorité considère que les services dits de « SMS » reçoivent la qualification de communications électroniques conformément aux dispositions de l'article L. 32, 1° du CPCE²², dès lors que les services concernés visent à permettre aux utilisateurs finals d'échanger des communications électroniques, correspondant à la définition de « *services de communications électroniques* » au sens de l'article L. 32, 6° du CPCE²³. Dans ces conditions, et dès lors que le réseau utilisé pour fournir aux utilisateurs finals un service de SMS nécessite une mise en relation « *physique et logique* » entre des « *réseaux ouverts au public* » au sens de l'article L. 32, 4° du CPCE²⁴, exploités par des « *opérateurs* » au sens de l'article L. 32, 15° du CPCE²⁵, il y a lieu de faire application du régime juridique de l'interconnexion et ce, quelles que soient les dénominations utilisées par les parties dans le cadre de leurs négociations pour qualifier les prestations demandées.

En l'espèce, l'objet de la convention demandée par Tismi à Orange, qui porte sur la terminaison bidirectionnelle de SMS, implique des prestations de terminaison d'appel SMS sur le réseau respectif de chacune des parties pour permettre l'échange de SMS entre leurs utilisateurs. Tismi, à l'instar d'Orange, exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public et est donc un opérateur au sens du 15° de l'article L. 32 du CPCE, ce qui n'est pas contesté par Orange notamment dans ses dernières écritures²⁶. Ainsi, en tant qu'elle constitue la manifestation de la liaison physique et logique entre des réseaux ouverts au public exploités par des opérateurs différents, la convention

²¹ CA Paris, 30 mai 2006, Western Telecom c/ France Telecom, n° 2005/24129, Ct0175 : « *Mais considérant que la demande de Western Telecom, formellement présentée à l'Arcep et distincte de ses autres réclamations, ne relève pas de la procédure prévue par l'article L. 36-8 du CPCE dès lors qu'elle impute à France Telecom un manquement à des obligations réglementaires sur l'interconnexion, l'ARCEP n'étant au surplus pas habilitée à se prononcer par des actes déclaratifs ;* ».

²² « *On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par câble, par la voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques* ».

²³ « *On entend par services de communications électroniques, les services fournis via des réseaux de communications électroniques qui comprennent au moins l'un des types de services suivants : - un service d'accès à Internet ; - un service de communications interpersonnelles ; (...)* ».

²⁴ « *On entend par réseau ouvert au public tout réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de communications électroniques ou de services de communication au public par voie électronique* ».

²⁵ « *On entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ».

²⁶ Quatrièmes observations en défense d'Orange, partie 1, page 3.

demandée par Tismi relève du régime juridique de l'interconnexion au sens de l'article L. 32, 9° du CPCE et correspond à une convention d'interconnexion au sens de l'article L. 36-8 du CPCE.

Par suite, en application des articles L. 36-8 et L. 34-8 du CPCE, l'Autorité est compétente pour connaître de la présente procédure de règlement de différend.

2.2 Sur la recevabilité des demandes

Dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du différend dont elle est saisie, il revient à l'Autorité de s'assurer que la condition tenant à l'échec des négociations prévue à l'article L. 36-8 du CPCE est remplie, et ce, au regard des échanges intervenus entre les parties avant sa saisine. L'Autorité rappelle à cet égard que « *l'appréciation de la réalité d'un tel échec [des négociations] dépend (...) des circonstances propres à chaque affaire* »²⁷.

Au préalable, Tismi conteste la recevabilité du premier mémoire en défense d'Orange enregistré le 9 août 2022 à l'Autorité en ce que « *Monsieur [SDA] ne justifie pas de son pouvoir, en outre le mémoire est signé en p/o par [SDA]* ». Ainsi, Tismi estime que « *le mémoire (...) ne pourra qu'être écarté pour défaut de justification de la qualité de Madame [SDA] qui constitue une irrégularité faisant obstacle à la recevabilité du mémoire* »²⁸.

L'Autorité relève qu'au titre de la délégation de pouvoirs et de signature de Madame [SDA], Directrice Générale d'Orange, à Monsieur [SDA], Secrétaire Général, du 4 avril 2022²⁹, de la délégation de pouvoirs et de signature du Monsieur [SDA] à Monsieur [SDA], Directeur des Affaires Réglementaires du 17 mai 2022³⁰, et de la note d'interim de Monsieur [SDA] en faveur de Madame [SDA] du 28 juillet 2022³¹, cette dernière avait bien la faculté de signer et transmettre les premières observations en défense d'Orange.

L'Autorité considère que, compte tenu des éléments présentés ci-dessus, Tismi ne saurait valablement soutenir que le premier mémoire en défense d'Orange est irrecevable. Par conséquent, la demande de Tismi est rejetée.

En premier lieu, s'agissant de l'existence de négociations suffisantes entre les parties, Orange estime que « *Tismi n'[a] pas [exprimé] clairement ses besoins* »³² alors même qu'il a toujours tenté de « *répondre avec diligence et au mieux aux demandes multiples formulées par Tismi* »³³.

Tismi fait valoir de son côté que, « *au moins depuis juin 2021, [il] a clairement exprimé ses besoins* »³⁴ et que par conséquent « *il est évident que la demande était ainsi clairement exprimée – au moins dès cette date – et portait – comme le souligne Orange – sur la terminaison bidirectionnelle visant des services aux entreprises* »³⁵.

Orange indique à cet égard qu'une fois que Tismi a « *reformulé sa demande en une demande de contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle sans proposer dans le même temps à Orange les conditions de sa propre prestation de terminaison d'appel SMS vers sa plateforme et les clients de Tismi*

²⁷ CA Paris, 23 juin 2011, France Télécom c/ NC Numéricable, RG n° 2010-23690.

²⁸ Mémoire en réplique de Tismi, points 1 et 2, page 3.

²⁹ Secondes observations en défense d'Orange, pièce n° 19.

³⁰ Secondes observations en défense d'Orange, pièce n° 20.

³¹ Secondes observations en défense d'Orange, pièce n° 21.

³² Secondes observations en défense d'Orange, page 6.

³³ Premières observations en défense d'Orange, page 12.

³⁴ Mémoire en réplique de Tismi, point 5, page 3.

³⁵ *Ibidem*.

sur cette plateforme »³⁶, il a alors adressé à Tismi le 30 juillet 2021 « une proposition de contrat définissant les conditions techniques et tarifaires dans lesquelles Orange réaliserait la prestation d'acheminement d'appel SMS commerciale répondant à ce nouveau besoin »³⁷.

En l'espèce, l'Autorité relève qu'entre janvier 2020 et mai 2021 les deux sociétés ont échangé pour ce qui concerne les informations et éléments techniques relatifs à la mise en place de diverses prestations demandées par Tismi qui ont pu évoluer et porter successivement sur une « interconnexion IP fixe »³⁸, un contrat full MVNO³⁹ et enfin une interconnexion SMS⁴⁰.

Bien que les demandes et réponses d'Orange aux sollicitations de Tismi aient pu évoluer dans le temps, l'Autorité relève que par courriel du 4 mai 2021, Orange a adressé à Tismi un compte rendu de la réunion téléphonique intervenue entre les deux sociétés le 8 avril 2021, indiquant que « Tismi a rencontré Orange Wholesale le 3 février 2021 » pour demander « officielle[ment] (...) une interconnexion SMS au réseau mobile » d'Orange France (OFR)⁴¹.

À la suite de cet échange, cette demande a été confirmée par lettre recommandée et par courriel du 10 juin 2021, par lesquels Tismi demande à Orange de bénéficier d'une interconnexion bidirectionnelle et de « lui remettre sous 8 jours, une proposition de contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle d'appels et de messages courts (sms) à des conditions de marché, ainsi que la documentation technique associée »⁴². Par lettre recommandée du 18 juin 2021, Orange précise que s'agissant « du service de SMS conversationnel entre les numéros longs (...) [des] clients entreprises [de Tismi] et [ses] clients mobiles ; [Orange travaille] à une offre spécifique, pour une mise en œuvre opérationnelle au S2 2021 » et qu'il s'engage auprès de Tismi à lui préciser « le détail de cette offre au plus tard le 31 juillet de cette année »⁴³. Par lettre recommandée et par courriel du 22 juillet, Tismi précise qu'« en ce qui concerne l'interconnexion pour la terminaison de SMS, [sa] demande n'a pas varié (...) et reste à ce jour insatisfaite » et constate qu'Orange « ne propose aucun offre concrète répondant à [ses] demandes »⁴⁴.

Orange indique lui-même qu'une fois que Tismi a « reformulé sa demande en une demande de contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle sans proposer dans le même temps à Orange les conditions de sa propre prestation de terminaison d'appel SMS vers sa plateforme et les clients de Tismi sur cette plateforme »⁴⁵, il a alors adressé à Tismi « une proposition de contrat définissant les conditions techniques et tarifaires dans lesquelles Orange réaliserait la prestation d'acheminement d'appel SMS »⁴⁶.

L'Arcep relève qu'Orange a transmis par un courriel du 30 juillet 2021 à Tismi une proposition de contrat d'« expérimentation SMS Conversationnel Offre sur les numéros à 10 digits en 06 et 07 »⁴⁷ qui

³⁶ Premières observations en défense d'Orange, page 12.

³⁷ Premières observations en défense d'Orange, page 13 ; voir aussi saisine de Tismi, pièce n° 14.

³⁸ Premières observations en défense d'Orange, pièce n° 1.

³⁹ Saisine de Tismi, pièces n° 2 et 2 bis ; premières observations en défense d'Orange, pièces n° 4 et 8. D'ailleurs l'Autorité note que c'est Orange qui, interrogée par Tismi, a pu un temps affirmer à ce dernier qu'il devait d'abord conclure un contrat full MVNO avant d'envisager la signature d'un contrat d'interconnexion SMS (voir en ce sens les premières observations en défense d'Orange, pièce n° 5).

⁴⁰ Saisine de Tismi, pièces n° 1, 1 bis, 2, 2 bis, 4, 8 et 9 ; premières observations en défense d'Orange, pièce n° 11.

⁴¹ Saisine de Tismi, pièces n° 10 et 10 bis ; premières observations en défense d'Orange, pièces n° 4.1 et 14.

⁴² Saisine de Tismi, pièce n° 11.

⁴³ Saisine de Tismi, pièce n° 12.

⁴⁴ Saisine de Tismi, pièce n° 13.

⁴⁵ Premières observations en défense d'Orange, page 12.

⁴⁶ Premières observations en défense d'Orange, page 13 ; voir aussi saisine de Tismi, pièce n° 14.

⁴⁷ Saisine de Tismi, pièce n° 14.

se présente comme une proposition « *dans l’attente du développement d’une offre de SMS conversationnel à partir de plateformes fixes et de numéros longs débutant par 09, (...)* ». Orange indique qu’il a envoyé à Tismi un « *projet de contrat complet (...) sur lequel Tismi a fait des commentaires, soulevé des points de négociations (...) exprimant très concrètement sa volonté de poursuivre des discussions sur le projet de contrat* »⁴⁸.

À la suite de cette transmission Tismi a, par lettre recommandée et par courriel en date du 21 septembre 2021⁴⁹, indiqué son désaccord vis-à-vis de la proposition d’Orange, renouvelant sa demande « *d’offre d’interconnexion pour la terminaison de SMS (...) à des conditions de marché, avec la documentation technique associée dans des délais rapides* »⁵⁰, faisant valoir sans ambiguïté que la proposition de contrat d’« *Expérimentation SMS Conversationnel Offre sur les numéros à 10 digits en 06 et 07* » transmise par Orange par courrier du 30 juillet 2021⁵¹ ne correspondait pas à ses attentes sur les éléments essentiels du contrat, à savoir la nature de la prestation objet du contrat et la tarification proposée par Orange⁵².

Le projet de contrat établi par Orange a ensuite servi de base à leurs échanges, les parties ayant successivement proposé des modifications, jusqu’en février 2022.

Il ressort des pièces versées par les parties dans le cadre de l’instruction qu’au cours des échanges intervenus entre ces dernières, Tismi et Orange ont discuté des éléments détaillés ci-après :

- l’objet de la convention, bien que les parties aient été en désaccord sur la dénomination-même du contrat et l’objet des prestations ;
- le périmètre du contrat, et notamment l’extension du contrat aux numéros polyvalents pour des échanges avec une plateforme technique attribués à Tismi⁵³ ;
- la durée du contrat⁵⁴ ;
- les conditions techniques de mise en œuvre de l’interconnexion, dès lors que les projets de contrat successivement échangés entre les parties comprenaient des stipulations relatives notamment à l’acheminement du trafic SMS (article 5.4 du projet de convention) et un cahier des charges technique (annexe 3 du projet de convention) ;
- les conditions tarifaires du contrat, en particulier l’application voulue par Tismi d’un régime tarifaire bilatéral sans coût additionnel de bande passante à hauteur d’1 centime d’euro (annexe 2 du projet de convention relatif aux conditions financières). Plus précisément, Tismi, dans un courriel et une lettre recommandée en date du 21 septembre 2021⁵⁵ qui accompagne le projet de contrat tel que modifié par Tismi en réponse à la première proposition d’Orange du 30 juillet 2021⁵⁶, a énuméré les clauses qu’il souhaitait voir modifier. Tismi a en particulier visé le paragraphe intitulé « *Annexe 2 – Conditions tarifaires* », demandant à Orange « *de lui appliquer une grille tarifaire [sans] aucun coût fixe* (coût de raccordement et bande passante

⁴⁸ Secondes observations en défense d’Orange, page 7.

⁴⁹ Saisine de Tismi, pièce n° 15 ; premières observations en défense d’Orange, pièce n° 15.

⁵⁰ Saisine de Tismi, pièce n° 13.

⁵¹ Saisine de Tismi, pièce n° 14.

⁵² Saisine de Tismi, pièce n° 15 ; premières observations en défense d’Orange, pièce n° 15.

⁵³ Saisine de Tismi, pièces n° 20, 21, 23 et 24.

⁵⁴ « *Orange propose un contrat d’expérimentation d’une durée de 6 mois, résiliable à tout moment avec un préavis de 3 mois au surcroît subordonné à l’existence d’un contrat SMS push* ». Tismi indique ne pas être « *un agrégateur et souhaite (...) s’engager dans un contrat d’interconnexion pour la terminaison de messages courts (sms) d’une durée ferme d’un an, renouvelable* », courriel et lettre recommandée du 21 septembre 2021 adressé par Tismi à Orange (pièce n° 15 de la saisine de Tismi).

⁵⁵ Saisine de Tismi, pièce n° 15.

⁵⁶ Saisine de Tismi, pièce n° 14.

associée, coût par numéro long connecté) et [avec] application d'une part, d'un coût de 1 cent d'euro, hors taxes par message MT facturé par Orange France à Tismi et d'autre part, d'un coût de 1 cent d'euro, hors taxes par message MO facturé par Tismi à Orange France »⁵⁷. Tismi a ensuite réitéré sa demande par un courriel et une lettre recommandée du 20 décembre 2021, en demandant, dans un paragraphe 3 intitulé « *prix, tarification et facturation – Annexe 2 et article 10 du contrat* », de disposer d'une « *offre tarifaire bilatérale sans coût additionnel de bande passante* » avec un « *prix de SMS-MT à 1 cent d'euro facturé par Orange et réciproquement un prix de 1 cent facturé par Tismi à Orange par SMS-MO* »⁵⁸. Y était jointe la proposition de modification de l'annexe 2 relative aux conditions tarifaires⁵⁹.

Il résulte des éléments présentés ci-dessus que le périmètre des négociations coïncide avec les demandes de Tismi telles que formulées dans sa saisine de l'Arcep.

En deuxième lieu, s'agissant de la matérialisation du désaccord entre les parties, lors de la dernière réunion entre ces dernières intervenue le 25 janvier 2022, Tismi a une nouvelle fois indiqué son désaccord sur la nature de la prestation objet du contrat et la tarification proposée par Orange⁶⁰.

Comme le souligne Tismi, il « *avait clairement exprimé sa volonté de bénéficier d'un contrat d'interconnexion, ce qu'Orange devait lui préciser, et ce que cette dernière n'a jamais fait* »⁶¹ et, « *Orange en adressant son compte rendu [de la réunion du 25 janvier 2022] le 1^{er} février 2022 ne s'est pas positionnée sur ce point ni jamais ultérieurement, et a de surcroît confirmé une nouvelle proposition tarifaire [le 1^{er} février 2023] encore plus divergente que celle jusqu'alors soumise à Tismi* »⁶².

En l'espèce, si les derniers échanges versés à la procédure, datés du 1^{er} février 2022, font notamment apparaître que Tismi avait manifesté son souhait de poursuivre les négociations, il résulte du compte-rendu de la réunion du 25 janvier 2022 qu'Orange devait également se positionner sur la dénomination du contrat. Le désaccord subsistait en réalité quant à l'objet même du contrat, les conditions tarifaires et les modalités contractuelles relatives à la durée du contrat⁶³, et aucune des deux parties n'est revenue vers l'autre entre le 1^{er} février 2022 et la saisine de l'Arcep le 22 juin 2022.

Orange a ainsi à plusieurs reprises refusé de faire droit aux demandes de Tismi, alors même que Tismi lui avait déjà indiqué, le 10 juin 2021 puis le 13 décembre 2021⁶⁴, envisager de saisir l'Autorité en cas de maintien des divergences notamment sur les conditions tarifaires du contrat. À cet égard, l'Autorité

⁵⁷ Saisine de Tismi, pièce n° 15.

⁵⁸ Saisine de Tismi, pièces n° 24 et 26.

⁵⁹ Saisine de Tismi, pièces n° 24 et 26.

⁶⁰ Saisine de Tismi, pièce n° 29.

⁶¹ Mémoire en réplique de Tismi, point 9, page 4. Pour Tismi cet élément ressort clairement du « *mail adressé à Orange le 25 janvier 2022 avant la dernière réunion, dans lequel elle précise que l'objet de la négociation est bien un contrat d'interconnexion et non d'acheminement* ».

⁶² Mémoire en réplique de Tismi, point 10, page 4.

⁶³ « *Orange propose un contrat d'expérimentation d'une durée de 6 mois, résiliable à tout moment avec un préavis de 3 mois au surcroît subordonné à l'existence d'un contrat SMS push* ». Tismi indique ne pas être « *un agrégateur et souhaite (...) s'engager dans un contrat d'interconnexion pour la terminaison de messages courts (sms) d'une durée ferme d'un an, renouvelable* », courriel et lettre recommandée du 21 septembre 2021 adressé par Tismi à Orange (pièce n° 15 de la saisine de Tismi).

⁶⁴ Saisine de Tismi, pièces n° 11 et 23.

relève que la dernière proposition de tarification adressée, avant la saisine, par Orange le 1^{er} février 2022 est encore plus éloignée⁶⁵ des demandes de Tismi⁶⁶.

Ainsi, l'Autorité considère que les échanges entre les parties, qui se sont déroulés sur plusieurs mois, entre juillet 2021 et février 2022, démontrent une cristallisation du désaccord entre Tismi et Orange.

En troisième lieu, Orange estime que Tismi, en demandant une convention d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS, fait référence « *d'une part, à la prestation d'acheminement d'appel SMS réalisée par Orange et, d'autre part, à la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par Tismi subordonnant ses demandes à la définition conjointe des conditions de la prestation de Tismi et d'Orange* »⁶⁷. Ainsi, Orange fait valoir qu'« *en conditionnant sa propre demande à sa propre prestation et en ne fournissant jamais de convention sur sa propre prestation, Tismi a de facto rendu sa demande irrecevable* »⁶⁸. Orange soutient qu'un règlement de différend ne saurait conduire l'Arcep à se prononcer sur la prestation de Tismi « *qui n'entre par nature pas dans le périmètre juridique d'une demande de règlement de différend concernant la prestation d'Orange* »⁶⁹. Enfin, Orange soutient que Tismi « *va jusqu'à demander, dans sa discussion avec Orange, qu'Orange définisse les conditions techniques et tarifaires de la prestation de terminaison d'appel SMS de Tismi à Orange* »⁷⁰ alors qu'il appartient à celui qui fournit la prestation d'en définir les conditions⁷¹.

Orange soutient qu'en liant les prestations réciproques des deux parties, la saisine serait irrecevable.

En l'espèce, l'Autorité relève que, contrairement aux affirmations d'Orange, l'objet des demandes de Tismi auprès d'Orange ne revient nullement à lui imposer de définir unilatéralement les conditions techniques et tarifaires de la prestation de Tismi. Le fait que des éléments puissent concerner Tismi résultent simplement et logiquement du fait que la convention d'interconnexion objet du présent règlement de différend est un contrat synallagmatique, fondant des obligations réciproques entre les parties à la convention. Cela implique nécessairement que les conditions techniques et tarifaires des prestations réciproques soient déterminées à la suite de négociations entre les parties. D'ailleurs, l'Autorité constate que les éléments principaux, tant techniques et tarifaires, concernant la prestation de Tismi, étaient connus d'Orange.

S'agissant des caractéristiques techniques propres à Tismi et des conditions de terminaison d'appel, par des courriels du 2 mars⁷², 8 octobre⁷³ et 18 décembre 2020⁷⁴, Tismi a transmis à Orange le document IR.21 avec des ajustements et les informations techniques pertinentes nécessaires en réponse aux demandes d'Orange⁷⁵ ; par courriel du 10 juin 2020⁷⁶ Tismi a également transmis à Orange ses hypothèses de trafic en vue de l'établissement de l'interconnexion. De plus, par lettre

⁶⁵ Orange propose une facturation forfaitaire, non réciproque, pour une « conversation » entre un client de Tismi et un abonné d'Orange d'une durée de 24 heures : [SDA] € par conversation facturée par Orange à Tismi si la conversation est initiée par un client Orange, et [SDA] € par conversation facturée par Orange à Tismi si la conversation est initiée par un client de Tismi. Orange propose également une facturation par SMS individuel de [SDA] € facturé par Orange à Tismi (premières observations en défense d'Orange, pièce n° 18).

⁶⁶ Saisine de Tismi, pièce n° 29 ; premières observations en défense d'Orange, pièce n° 18.

⁶⁷ Premières observations en défense d'Orange, page 11.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Premières observations en défense d'Orange, page 15.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 1, pièce n° 1 du questionnaire.

⁷³ Premières observations en défense d'Orange, pièce n° 9 bis.

⁷⁴ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 1, pièce n° 2 ; premières observations en défense d'Orange, pièce n° 12.

⁷⁵ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 1.

⁷⁶ Premières observations en défense d'Orange, pièce n° 7.

recommandée et par courriel du 20 décembre 2021⁷⁷, Tismi a adressé à Orange son projet de contrat modifié précisant ses conditions de terminaison d'appel, où il a proposé en particulier, à l'article 5.4 relatif à l'acheminement du trafic SMS, de viser des exigences de débit identiques et bidirectionnelles, et à l'article 10.3, de prévoir une obligation réciproque de paiement des factures.

S'agissant des conditions tarifaires, Tismi a indiqué à plusieurs reprises, et notamment par deux courriels et lettre recommandée du 21 septembre⁷⁸ et du 20 décembre 2021⁷⁹, vouloir appliquer une facturation réciproque et symétrique pour la prestation objet de la convention de l'interconnexion, « *à savoir un prix de SMS-MT à 1 cent d'euro facturé par Orange France à Tismi, et un prix de 1 cent d'euro facturé par Tismi à Orange par SMS-MO* »⁸⁰. Cette volonté exprimée par Tismi apparaît aussi lors des modifications insérées au sein du contrat proposé par Orange, et notamment au sein de son annexe 2⁸¹.

Ainsi, le recours explicite à la notion de réciprocité en matière tarifaire démontre, contrairement à ce que soutient Orange, que le montant évoqué ne concernait pas seulement les prestations fournies par Orange, mais également celles fournies par Tismi, qui avait ainsi clairement exprimé ses demandes à ce sujet.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur l'ensemble des demandes est avéré et que l'ensemble des demandes de Tismi sont recevables.

3 Analyse des demandes

3.1 Cadre juridique applicable

Les demandes de la société Tismi portent sur la conclusion d'un contrat d'interconnexion, dont l'objet est la terminaison bidirectionnelle d'appel SMS entre Orange et Tismi. Elles sont à analyser au regard des dispositions générales du CPCE relatives aux obligations des opérateurs en matière d'interconnexion.

3.1.1 Rappel du cadre juridique relatif à l'interconnexion

Le service d'envoi et de réception de SMS permet aux utilisateurs des différents réseaux exploités par les opérateurs de communiquer entre eux. Aussi la terminaison d'appel SMS caractérise-t-elle une prestation d'interconnexion, comme explicité ci-après.

L'article L. 34-8 du CPCE prévoit que « *l'interconnexion ou l'accès font l'objet de convention de droit privé entre les parties* » et impose aux opérateurs une obligation de « *faire droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public (...) présentées en vue de fournir au public des services de communications électroniques* ». Cet article dispose également que « *la demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire* ».

Le 9° de l'article L. 32 du CPCE dispose que l'interconnexion désigne « *la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre*

⁷⁷ Saisine de Tismi, pièce n° 26.

⁷⁸ Saisine de Tismi, pièce n° 15.

⁷⁹ Saisine de Tismi, pièce n° 24.

⁸⁰ Saisine de Tismi, pièces n° 15 et 24.

⁸¹ Saisine de Tismi, pièces n° 15 et 24.

aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur. (...) ».

Ainsi, et comme indiqué précédemment, la terminaison d'appel SMS, en tant qu'elle constitue une prestation visant à permettre la liaison physique et logique entre des réseaux ouverts au public exploités par un même opérateur ou par des opérateurs différents, relève du régime juridique de l'interconnexion ; dès lors les dispositions de l'article L. 34-8 du CPCE précitées lui sont applicables.

Tout exploitant de réseau de communications électroniques ouvert au public désirant fournir au public un service d'envoi de SMS peut donc en principe, dans les conditions prévues à l'article L. 34-8 du CPCE, demander une interconnexion SMS⁸² dès lors que l'opérateur à qui il effectue cette demande propose bien ce service à ses utilisateurs finals.

S'agissant du marché de la terminaison d'appel SMS, celui-ci n'est plus régulé par l'Autorité depuis le 1^{er} octobre 2013, à savoir l'échéance de la décision de l'Autorité n° 2010-0892 en date du 22 juillet 2010 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre. De ce fait, l'argument soulevé par la société Tismi sur l'imposition en l'espèce à Orange d'une obligation de pratiquer des tarifs reflétant les coûts pour la prestation de terminaison d'appel SMS⁸³, en ce qu'il est fondé sur des dispositions inapplicables en l'état, doit être écarté.

Conformément aux dispositions de l'article L. 34-8 du CPCE, il peut revenir à l'Autorité, « *pour réaliser les objectifs définis à l'article L. 32-1, (...) [d'] imposer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès ou de l'interconnexion (...)* » dans le cadre d'un règlement de différends dont les conditions sont prévues à l'article L. 36-8 du CPCE.

Dans ce cas, la décision doit être motivée et préciser « *les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés.* ».

3.1.2 Rappel des dispositions relatives au plan national de numérotation

Le 7° de l'article L. 36-7 du CPCE dispose que l'Autorité « *établit le plan de numérotation téléphonique, attribue aux opérateurs les ressources en numérotation nécessaires à leur activité dans les conditions prévues à l'article L. 44 et veille à leur bonne utilisation* ».

L'article L. 44 du même code prévoit notamment que « *I. Le plan national de numérotation téléphonique est établi par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et géré sous son contrôle. Il garantit un accès égal et simple des utilisateurs aux différents réseaux et services de communications électroniques et l'équivalence des formats de numérotation. Il permet, sous réserve de faisabilité technique et économique, aux utilisateurs situés dans d'autres États membres de l'Union européenne d'accéder aux numéros non géographiques accessibles sur l'ensemble du territoire national (...)* ».

⁸² Dans sa décision n° 2006-1015 en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France, l'Autorité rappelle que ne serait pas éligible à l'interconnexion SMS une société utilisant la prestation d'envoi de SMS pour son propre usage, et non pour fournir à ses clients un service d'envoi de SMS, quand bien même cette société serait par ailleurs exploitant de réseau ouvert au public en ce qui concerne d'autres prestations de services de communications électroniques, et aurait à ce titre droit à l'interconnexion pour lesdites prestations.

⁸³ Saisine de Tismi, point 173, partie VI.2.ii.a, page 30.

Sur ces fondements, l'Autorité a adopté le 24 juillet 2018 la décision n° 2018-0881 établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion. En 2019⁸⁴, 2021⁸⁵ et 2022⁸⁶, l'Autorité a procédé à des modifications de la décision susmentionnée et a notamment introduit, à compter du 1^{er} janvier 2023, la catégorie des numéros polyvalents utilisables pour des échanges avec une plateforme technique permettant aux opérateurs attributaires de telles ressources de les affecter « à ladite plateforme ou à un utilisateur ayant recours à celle-ci afin de fournir un service de communications électroniques, que les échanges soient à l'initiative de l'utilisateur final ou non », ainsi que des dispositions supplémentaires encadrant l'utilisation des numéros mobiles. Ces derniers ne peuvent être utilisés que pour la fourniture d'un service de communications interpersonnelles fondé sur la numérotation comprenant à la fois un service téléphonique et un service de messagerie à travers un accès mobile et qui soit utilisé par une personne physique unique pour une durée minimale de 72 heures.

3.2 Sur les demandes portant sur la fourniture d'un contrat d'interconnexion pour des services rendus à partir de numéros polyvalents utilisables avec une plateforme technique

Dans sa saisine la société Tismi demande à l'Arcep d'enjoindre à la société Orange de :

- « proposer à Tismi un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de messages de textes courts (SMS) d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de 3 mois avant l'échéance et sans droit pour Orange France de résilier automatiquement le contrat au jour du changement de législation à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation publique » ;
- « fournir à Tismi dans le cadre du contrat d'interconnexion des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 06 et 07 avec une possibilité d'extension automatique à des numéros longs en 09 dès l'obtention par Tismi de l'attribution de la part de l'Arcep ».

S'agissant de la demande relative à la fourniture d'un contrat d'interconnexion pour « des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 06 et 07 avec une possibilité d'extension automatique à des numéros longs en 09 », il est tenu compte de la demande d'actualisation formulée par Tismi dans le cadre de ses observations complémentaires en date du 23 mars 2023⁸⁷. Étant attributaire de numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique par la décision n° 2023-0193 en date du 1^{er} février 2023, il demande désormais uniquement à l'Autorité d'enjoindre à Orange de « fournir à Tismi dans le cadre du contrat d'interconnexion des services rendus à partir des numéros longs à 10 chiffres en 09 »⁸⁸.

⁸⁴ Décision n° 2019-0954 de l'Arcep du 11 juillet 2019 modifiant la décision établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion.

⁸⁵ Décision n° 2021-0532 de l'Arcep du 8 avril 2021 modifiant la décision établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion.

⁸⁶ Décision n° 2022-1583 de l'Arcep du 1^{er} septembre 2022 modifiant la décision établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion.

⁸⁷ Deuxième mémoire en réplique de Tismi, point 62, page 14.

⁸⁸ *Ibidem*.

3.2.1 Sur la demande de bénéficier d'une convention d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS sur des numéros polyvalents utilisables pour des échanges avec une plateforme technique

À titre liminaire, il convient de noter que Tismi, depuis sa saisine, affirme posséder « *le statut d'opérateur* [au sens du CPCE] »⁸⁹. À cet égard, Tismi a transmis à Orange, dans le cadre des négociations, le descriptif de son réseau⁹⁰ laissant apparaître que la société Tismi dispose d'équipements permettant de fournir des services de SMS à ses utilisateurs⁹¹.

En outre et dans le cadre de ses écritures, Tismi a présenté les différents cas d'usage qu'il compte proposer avec les numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique dont il est attributaire. Les échanges envisagés entre le réseau d'Orange et avec la plateforme de Tismi nécessitent selon lui une interconnexion avec le réseau d'Orange et concernent les cas d'usage suivants :

- [SDA]⁹².

De son côté, Orange semble avoir évolué au cours de l'instruction dans son analyse des demandes de Tismi. Alors qu'il soutenait dans un premier temps que Tismi devait être regardé comme un « *éditeur de services* », « (...) *responsable, tant civilement que pénalement, (...) plus généralement, des contenus ou services qu'il diffuse [aux] utilisateurs* »⁹³, il indique dans ses dernières observations en défense que « *Tismi est (...) un prestataire CPaaS qui fait partie intégrante de la chaîne de valeur du marché du business messaging* »⁹⁴ et qu'il « *a toujours considéré Tismi comme étant un opérateur au sens de l'article L. 32 du CPCE* »⁹⁵.

À l'instar de ce qui a été retenu par l'Arcep dans la partie 2.1 relative à la compétence de l'Autorité, cette dernière rappelle que la prestation objet des demandes de Tismi, à savoir la terminaison d'appel SMS, relève bien de l'interconnexion et que le projet de convention demandé dans le cadre du présent règlement de différends correspond par conséquent à une convention d'interconnexion. De plus, eu égard aux usages, rappelés *supra*, qu'entend proposer Tismi grâce aux numéros qu'il exploite, les services décrits par ce dernier (envoi de SMS à destination des utilisateurs d'Orange) dans le cadre de la présente procédure relèvent bien des activités d'opérateur de communications électroniques, à savoir « *fourni[r] au public un service de communications électroniques* »⁹⁶ et ce, quand bien même il serait regardé par ailleurs comme agrégateur CPaaS.

Ainsi, Tismi entend fournir des services et dispose d'une infrastructure lui permettant de justifier d'une demande d'interconnexion, ce que ne conteste plus Orange⁹⁷.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité estime que la société Tismi, en tant qu'opérateur de communications électroniques au sens du 15° de l'article L. 32 du CPCE, est fondée,

⁸⁹ Ibidem, point 3, page 3.

⁹⁰ Premières observations en défense d'Orange, pièce n° 12.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Réponse de Tismi au premier questionnaire des rapporteurs, question n° 10.

⁹³ Saisine de Tismi, point 150, page 26 ; voir aussi en ce sens saisine de Tismi, pièce n° 14, page 18 (article 6.1 du projet de convention)

⁹⁴ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 1.A, page 4.

⁹⁵ Quatrièmes observations en défense d'Orange, partie 1, page 3.

⁹⁶ Article L. 32, 15° du CPCE.

⁹⁷ Orange admettant par ailleurs ne pas remettre « *en cause la qualité d'Opérateur de TISMI au sens du Code des Postes et communications électroniques* » ; Quatrième observations en défense d'Orange, page 3. Orange a confirmé ce point lors de l'audience du 22 juin 2023.

dans son principe, à demander à la société Orange une interconnexion pour la terminaison d'appel SMS.

a) Sur la nature de la prestation, objet de la demande de Tismi

Tismi a demandé à Orange de lui fournir un contrat d'interconnexion pour la terminaison des appels SMS afin de faire aboutir les SMS envoyés par les utilisateurs des deux opérateurs⁹⁸. L'architecture présentée à Orange, puis à l'Autorité dans le cadre de l'instruction, correspond selon Tismi à « (...) *une infrastructure technique similaire à celle mise en place par Orange en tant que MNO et équivalente à celle d'un MVNO* »⁹⁹, Tismi se situant « *entre le MNO et les agrégateurs* »¹⁰⁰ et vise à permettre l'acheminement de SMS.

Pour Tismi, « *le fait que les échanges de messages aient lieu entre un utilisateur et une entreprise n'a aucune incidence sur le périmètre technique de la prestation d'interconnexion entre le réseau d'Orange et le réseau de Tismi* »¹⁰¹, que « *techniquement, la prestation objet du contrat est ainsi strictement identique à celle que se facturent entre eux les opérateurs mobiles "grand public" (Orange, Bouygues, SFR, Free)* »¹⁰² et que « *l'introduction de la notion de SMS conversationnel n'est donc pas une notion technique. Il s'agit d'un concept fictif, par lequel Orange cherche à remplacer la tarification classique de l'interconnexion SMS par le modèle qu'il projette d'appliquer au Push SMS fourni directement aux prestataires CPaaS (agrégateurs), ce que n'est pas Tismi* »¹⁰³.

Orange, après avoir considéré, dans un premier temps, que l'offre demandée par Tismi, à savoir une convention « *d'interconnexion SMS (...) tenant compte des cas d'usage présentés par TISMI (...) [n'était] pas disponible sur étagère* »¹⁰⁴, a ensuite transmis à Tismi un « *contrat d'expérimentation SMS conversationnel* », en date du 30 juillet 2021¹⁰⁵. Ce projet de contrat a par la suite été renommé en un contrat dit d'« *acheminement SMS* »¹⁰⁶ en date du 20 janvier 2022, Orange indiquant dans le cadre de ses réponses au questionnaire des rapporteurs que « *le contrat d'acheminement (i.e. l'offre de SMS conversationnel d'Orange) est un contrat d'interconnexion. Toutefois (...) en fonction de la réalité des prestations, du type d'acteurs, les contrats d'interconnexion peuvent revêtir des réalités techniques et commerciales très différentes* »¹⁰⁷.

Orange reproche notamment à Tismi de considérer que la terminaison d'appel SMS qu'Orange pourrait fournir à Tismi « *se confon[d] avec une prestation de terminaison d'un message sur la plate-forme informatique de TISMI* ». Orange estime devoir proposer à Tismi « *une nouvelle offre spécifique* » en raison d'une « *différence de nature* » technique, à savoir d'un côté la fourniture d'une « *prestation d'acheminement sur (...) [la] plateforme WEB [de Tismi] pour l'acheminement de SMS* »¹⁰⁸ et, de l'autre,

⁹⁸ À cet égard, Tismi estime qu'« *aux termes du Code des Postes et Communications électroniques, la contractualisation de l'interconnexion entre deux opérateurs (...) donne lieu à l'établissement d'un contrat d'interconnexion* » (saisine de Tismi, partie VI.1.i, point 124, page 23).

⁹⁹ Il convient de rappeler qu'opérateur « full-MVNO » possède des éléments de cœur de réseau. Il n'achète auprès de son opérateur hôte que des demi-appels (émission ou réception) et gère lui-même ses interconnexions.

¹⁰⁰ Saisine de Tismi, points 204 à 206, page 36 ; secondes observations en réplique de Tismi, point 6 ; premières observations en défense d'Orange, pièce n° 12.

¹⁰¹ Saisine de Tismi, point 165, partie VI.2.1, page 29.

¹⁰² Saisine de Tismi, point 166, partie VI.2.1, page 29.

¹⁰³ Saisine de Tismi, point 167, partie VI.2.1, page 29.

¹⁰⁴ Premières observations en défense d'Orange, page 7.

¹⁰⁵ Saisine de Tismi, pièce n° 14.

¹⁰⁶ Saisine de Tismi, pièce n° 27.

¹⁰⁷ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, question n° 3.

¹⁰⁸ Troisièmes observations en défense d'Orange, page 3.

des services fournis par lui-même, à savoir la fourniture d'une « *prestation d'acheminement des SMS conversationnels sur son réseau mobile* »¹⁰⁹.

L'Autorité estime, au regard des éléments transmis dans le cadre de l'instruction, que quelle que soit la dénomination retenue par Orange contractuellement et la description qu'il a pu faire des services respectivement fournis par Orange et par Tismi, l'objet de la demande de Tismi implique la mise en place d'une interconnexion « bidirectionnelle », à savoir dans un sens une interconnexion permettant l'envoi de SMS des utilisateurs de Tismi à destination de ceux d'Orange (ou d'un acteur mobile ayant contractualisé avec Orange pour la collecte et l'acheminement de son trafic) et, de l'autre, une interconnexion permettant l'envoi de SMS par les utilisateurs d'Orange à ceux de Tismi. Il s'agit, dans les deux cas, de remettre un SMS aux utilisateurs respectifs d'Orange et de Tismi en le transmettant sur le réseau de terminaison correspondant, à partir d'un point d'interconnexion entre leurs deux réseaux.

Ainsi, même si les moyens exploités par Orange et Tismi afin de fournir les prestations d'interconnexion concernées en l'espèce relèvent d'infrastructures techniques différentes, l'objet des prestations de chacune des parties n'en est pas pour autant différent : il s'agit techniquement d'une interconnexion entre deux exploitants de réseaux de communications électroniques ouverts au public permettant un échange de SMS dans les deux sens, impliquant nécessairement des prestations de terminaison d'appel pour chacune des parties.

Par suite, et malgré les divergences d'interprétation dans la dénomination de l'objet du contrat et dans la qualité de la société Tismi, la demande de cette dernière auprès de la société Orange concerne une prestation de terminaison d'appel SMS réciproque, qui relève bien du régime général de l'interconnexion.

Or il ressort des éléments de l'instruction, et notamment des propositions contractuelles d'Orange, que ce dernier est techniquement en mesure de proposer une telle prestation de terminaison d'appel SMS bidirectionnelle à la société Tismi qui s'appuie sur des numéros polyvalents utilisables pour des échanges avec une plateforme technique. Orange a d'ailleurs confirmé ce point lors de l'audience du 22 juin 2023.

À cet égard, l'Autorité relève que l'offre transmise dès juillet 2021, et sur la base de laquelle des échanges entre Tismi et Orange ont eu lieu, fait clairement apparaître qu'il s'agit d'une « offre d'acheminement de SMS » avec « un trafic de terminaison à l'initiative de Tismi » et d'une « voie de retour » pour « permettre aux Emetteurs, clients de TISMI de communiquer avec les Utilisateurs destinataires desdits messages »¹¹⁰. Les règles déontologiques, mentionnées dans les annexes de cette offre, auxquelles Tismi doit se conformer, confirment également la nature bidirectionnelle de cette prestation d'interconnexion¹¹¹. C'est également le cas de la proposition d'Orange transmise à Tismi, le 12 janvier 2023, « qui prévoit la facturation de deux prestations d'acheminement de nature différente

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ L'article 5.4 du projet du contrat : « Le trafic acheminé par Orange est le trafic de terminaison à l'initiative de TISMI à destination des Utilisateurs et la voie de retour sous conditions décrites à l'Article 1 ». Quant à l'article 1, il stipule : « Le Contrat a pour objet de définir et déterminer les conditions techniques et financières dans lesquelles Orange met à disposition de TISMI (...) une offre d'acheminement de SMS Conversationnels (...) pour permettre aux Emetteurs, clients de TISMI de communiquer avec les Utilisateurs destinataires desdits messages (...) ». Saisine de Tismi, pièce n° 14, pages 6 et 17.

¹¹¹ Saisine de Tismi, pièce n° 14, page 48 et suivantes : « TISMI et l'Emetteur ont l'obligation de respecter les conditions suivantes :

- apporter une réponse à l'Utilisateur dans les 10 minutes suivant l'envoi d'un SMS-MO par un SMS-MT émis à partir du même Numéro Long. La réponse reçue doit être identifiable par l'Utilisateur comme résultant de son SMS-MO initial.
- adresser un SMS-MT signifiant sa désinscription à tout Utilisateur qui envoie un SMS-MO contenant un STOP. La fonction de désinscription doit être mentionnée au moins dans le 1^{er} SMS-MT de réponse.
- répondre au SMS-MO "Contact" de l'Utilisateur ».

(acheminement vers une plateforme WEB et acheminement vers un réseau mobile) »¹¹² pour la fourniture de services « SMS Conversationnel »¹¹³.

Il ressort donc directement des propositions d'Orange qu'il est bien prévu que l'utilisateur de Tismi puisse envoyer un SMS en réponse à celui envoyé par un utilisateur de la société Orange et inversement, ce qui implique la fourniture par chacune des parties d'une prestation de terminaison d'appel SMS.

La demande formulée par la société Tismi auprès de la société Orange, en ce qu'elle relève d'un échange de SMS entre deux utilisateurs finals et compte tenu des éléments fournis dans le cadre de l'instruction, n'apparaît ainsi pas différer en pratique des échanges de SMS que la société Orange effectue avec des opérateurs tiers sur ses interconnexions existantes, dont les modalités sont éprouvées.

b) Sur le fait que la demande de Tismi imposerait des conditions qui ne seraient pas liées à la situation de l'opérateur qui fournit la prestation

La société Orange estime en substance que Tismi, en demandant à Orange de lui « *communiquer une proposition de contrat d'interconnexion bidirectionnelle (...)[,] conditionnait la discussion à l'élaboration d'une offre réciproque portant également sur les conditions accordées par Tismi sur sa propre plateforme* »¹¹⁴. En d'autres termes, Orange soutient que Tismi lui demandait qu'il « *définisse en parallèle des conditions techniques et tarifaires de la prestation SMS réalisée par TISMI sur sa plateforme* »¹¹⁵. Or, Orange considère qu'« *il appartient à chaque fournisseur de prestation de terminaison d'appel de définir les conditions de sa propre prestation* »¹¹⁶ et que « *l'Arcep ne peut enjoindre à Orange de proposer une convention dans laquelle [il] devrait définir les conditions techniques et tarifaires d'une prestation (...) qui serait fournie par un tiers (...)* »¹¹⁷.

La société Orange estime également que Tismi « *[ne lui a] jamais communiqué préalablement (...) les conditions techniques et tarifaires de [sa] prestation [d'appel SMS sur sa plateforme web]* »¹¹⁸ et bien que Tismi « *estime avoir communiqué (...) dans son courrier du 21 septembre 2021 (saisine, pièce n° 15) les conditions techniques et tarifaires de la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par TISMI sur sa plateforme informatique (...) il n'en est rien* »¹¹⁹.

Sur ces points, Tismi soutient en substance qu'« *une relation commerciale est par essence construite sur la réciprocité ; elle repose sur des engagements synallagmatiques. Dans la négociation d'un accord bidirectionnel, le caractère réciproque des prestations est une donnée évidente, ce qui laisse entière la liberté de chacun de fixer ses tarifs dans les limites de la réglementation. (...)* »¹²⁰.

La société Tismi estime également que « *sur le plan technique Tismi avait déjà donné des indications en réponse aux demandes d'Orange en les lui transmettant une nouvelle fois, dans un e-mail du 18 décembre 2020 (Orange, pièce n° 12). Ces indications montrent que Tismi dispose des infrastructures et de l'organisation pour être en mesure de terminer les appels SMS sur sa plateforme*

¹¹² Troisièmes observations en défense d'Orange, page 10.

¹¹³ Troisièmes observations en défense d'Orange, pièce n° 22

¹¹⁴ Secondes observations en défense d'Orange, page 8.

¹¹⁵ Secondes observations en défense d'Orange, page 8.

¹¹⁶ Secondes observations en défense d'Orange, page 9.

¹¹⁷ *Ibidem*, page 12.

¹¹⁸ Premières observations en défense d'Orange, paragraphe 3.1.2, page 14.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Mémoire en réplique de Tismi, partie III.1, page 8, point 39

signalling »¹²¹ et que « dans le mark-up des propositions de contrats proposés par Orange, Tismi avait clairement indiqué des conditions de terminaison d'appel »¹²².

En substance, Orange reproche à Tismi de l'obliger à définir une prestation qu'il ne lui revient pas de déterminer, estimant dans le même temps ne pas disposer des éléments techniques et tarifaires relatifs à la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par Tismi sur sa plateforme.

En premier lieu, l'Autorité estime que la demande formulée par Tismi lors de sa saisine, à savoir « d'enjoindre à Orange de [lui] proposer (...) un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de (...) SMS (...) »¹²³ ne saurait être interprétée comme une demande faite à Orange de définir, en sus des conditions propres à sa prestation d'appel SMS, les conditions techniques et tarifaires de la prestation SMS réalisée par Tismi sur sa propre plateforme. L'Autorité précise sur ce point que la demande de la société Tismi porte sur la transmission d'une convention d'interconnexion permettant de mettre en œuvre un acheminement des SMS de manière bidirectionnelle entre des numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique, dont elle est attributaire, et les utilisateurs finals auxquels la société Orange a affecté un numéro mobile.

En deuxième lieu, la société Orange a indiqué dans le cadre de l'instruction que les éléments techniques et tarifaires qu'elle estime nécessaires afin de proposer une offre d'interconnexion à la société Tismi sont les suivants :

- « la description technique du réseau des opérateurs ;
- les caractéristiques techniques de l'interface souhaitée (...) ;
- les conditions tarifaires de l'opérateur ;
- la catégorie de numéros du plan de numérotation qui seront à ouvrir à cette interconnexion ;
- les architectures fonctionnelles et techniques décrivant les différents cas d'usage »¹²⁴.

Tismi a notamment transmis à Orange sa propre architecture technique¹²⁵, les différents cas d'usage qu'il compte proposer¹²⁶ et le niveau tarifaire de ses prestations de terminaison d'appel SMS¹²⁷. En particulier, l'Autorité constate que les éléments transmis par Tismi ont permis à Orange de proposer un projet de convention portant sur l'acheminement des SMS qui prévoit à son article 5 que « Les Prestations proposées par Orange dans le cadre du Contrat s'entendent : - d'un raccordement IP entre la Plate-forme de TISMI et la Plate-forme d'orange tel que défini en Annexe 3 "Cahier des charges techniques" »¹²⁸.

L'annexe 3 précitée de ce projet de convention prévoit des échanges *a posteriori* afin d'évaluer la faisabilité technique du raccordement, à savoir :

« Le processus de raccordement technique de la plate-forme de service du Cocontractant à la plateforme-forme SMS d'Orange consiste à :

1. Raccorder la plate-forme du Cocontractant avec l'environnement de pré-production où une validation du service bout en bout aura lieu avant de passer en production. Ce raccordement sera sous la décision d'Orange.

¹²¹ Mémoire en réplique de Tismi, point 21, page 5.

¹²² Saisine de Tismi, pièce n° 24. Voir aussi saisine de Tismi, pièce n° 26.

¹²³ Saisine de Tismi, page 37.

¹²⁴ Réponse d'Orange au premier questionnaire des rapporteurs, question 3.

¹²⁵ Saisine de Tismi, pièce n° 26.

¹²⁶ Saisine de Tismi, pièce n° 11.

¹²⁷ Saisine de Tismi, pièce n° 26, annexe 2, pages 3 et suivantes.

¹²⁸ Version du contrat au 30 juillet 2021 ; saisine de Tismi, pièce n° 14, page 11.

2. *Mettre en place le service sur l'environnement de production qui aboutira à l'ouverture définitive du service.* »¹²⁹.

L'Arcep estime qu'en l'espèce, eu égard à la demande de Tismi, et compte tenu des éléments produits dans le cadre de l'instruction, ce dernier a bien fourni les éléments techniques suffisants pour qu'Orange propose un projet de convention d'interconnexion.

À cet égard, la société Orange est certes fondée à demander la description des différents cas d'usage de la société Tismi avant de fournir une convention d'interconnexion, et ce notamment pour s'assurer de l'adéquation de la demande de la société Tismi avec ses propres capacités, en lien avec l'obligation prévue à l'article L. 33-1 du CPCE du respect des règles portant sur « *les conditions de permanence, de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité du réseau (...)* ». Il apparaît en revanche disproportionné de la part d'Orange de demander la fourniture d'une architecture fonctionnelle et technique pour chaque cas d'usage¹³⁰ de Tismi ; cette architecture se révélerait similaire pour la majorité de ces cas d'usage et il dispose pour ce faire de la documentation adéquate¹³¹. Ce type de demande d'informations pourrait également constituer une barrière à l'entrée empêchant ainsi l'établissement d'une convention d'interconnexion.

L'Autorité estime ainsi que les informations fournies en l'espèce par la société Tismi à la société Orange revêtent un caractère suffisant pour permettre à la société Orange de proposer un projet de convention d'interconnexion entre les parties prévoyant la transmission des messages échangés entre leurs utilisateurs, à partir d'un point d'interconnexion convenu avec la société Tismi.

Il ressort de l'ensemble des éléments présentés ci-avant, du cadre juridique applicable à l'interconnexion rappelé en partie 3.1.1, et des objectifs prévus à l'article L. 32-1 du CPCE que la demande de Tismi tendant à ce qu'Orange lui transmette un contrat d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS est justifiée et proportionnée.

3.2.2 Sur les clauses contractuelles de tacite reconduction et de résiliation du contrat

Concernant la demande de la société Tismi de bénéficier d'un contrat d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction avec un préavis minimal de 3 mois en cas de résiliation contractuelle, cette dernière fait valoir qu'« *Orange France entend ne consentir à Tismi que des droits contractuels temporaires d'un an sans possibilité de les inscrire dans la durée par une clause de renouvellement ou de reconduction tacite, le contrat pouvant de surcroît être résilié par anticipation et automatiquement au jour du changement de législation (publication d'un nouveau plan de numérotation publique)* »¹³².

Orange estime pour sa part que « *la durée déterminée initialement proposée par Orange tenait compte du fait qu'il s'agissait d'une offre expérimentale qui avait vocation à évoluer en fonction du retour d'expérience issus de cette expérimentation* »¹³³ et que « *le contrat proposé par Orange et envoyé à Tismi en juillet 2021 était un contrat d'expérimentation, donc par nature temporaire. Il devait être conclu pour une courte durée puisque nous étions en train de finaliser l'offre de SMS conversationnel* »¹³⁴.

En premier lieu, à l'occasion des dernières observations produites par Orange le 20 février 2023 ainsi que des dernières évolutions de l'offre « SMS conversationnel » proposées à Tismi, Orange indique

¹²⁹ Version du contrat au 30 juillet 2021 qui n'a pas évolué sur ce point ; saisine de Tismi, pièce n° 14, page 59 (annexe 3).

¹³⁰ [SDA] Saisine de Tismi, pièce n° 14, page 48 et suivantes.

¹³¹ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 1. Voir aussi en ce sens les premières observations en défense d'Orange, pièce n° 12.

¹³² Saisine de Tismi, partie VI.1.ii, point 138, page 25.

¹³³ Premières observations en défense d'Orange, partie 4.2.1, page 19.

¹³⁴ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, question n° 14.

désormais que « *le contrat encadrant cette Offre s'établira sur la base d'une durée indéterminée* »¹³⁵. Il résulte ainsi des dernières écritures de ce dernier que les demandes de Tismi relatives à la durée contractuelle d'un an et à la tacite reconduction, sans droit pour Orange de résilier le contrat à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation, ont été acceptées dans leur principe par Orange.

En deuxième lieu, s'agissant des modalités de résiliation, il ressort des éléments transmis par Orange que les conditions générales d'interconnexion qu'il propose généralement spécifient à l'article 24.1 que « *les Parties peuvent résilier à tout moment la Convention par lettre recommandée avec avis de réception moyennant le respect d'un préavis de trois (3) mois* »¹³⁶. Par ailleurs, les conditions spécifiques qu'Orange propose, relatives à l'échange de SMS interpersonnels, spécifient à l'article 5 que « *ces Conditions Spécifiques sont conclues pour une durée indéterminée. Elles peuvent être dénoncées et résiliées par l'une des Parties, moyennant le respect d'un préavis de six (6) mois par lettre recommandée avec avis de réception.* »¹³⁷. L'Autorité estime ainsi que les demandes formulées par la société Tismi en matière de modalités de résiliation ne semblent pas différer de ce qui est généralement pratiqué sur le marché. Elles apparaissent en outre légitimes, notamment celles visant à ce qu'Orange ne bénéficie pas d'un droit « *de résilier automatiquement le contrat au jour du changement de législation à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation publique* ». L'Autorité estime en conséquence que les demandes formulées par la société Tismi sont justifiées et proportionnées.

Ainsi, compte tenu de ce qui précède et au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, l'Autorité estime justifiées et raisonnables les demandes de Tismi relatives aux clauses contractuelles de tacite reconduction et de résiliation. Compte tenu des dernières conditions contractuelles proposées par Orange dans le cadre de l'instruction, il apparaît équitable d'en tirer toutes les conséquences et, dès lors, d'enjoindre à la société Orange de proposer à la société Tismi un contrat d'interconnexion d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de 3 mois avant l'échéance et sans droit de résiliation automatique dudit contrat à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation.

3.2.3 Conclusion

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, et au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, notamment du « *développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* », de « *l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* » et de « *protection des consommateurs* », comme des obligations réglementaires qui s'imposent à la société Orange en vertu de l'article L. 34-8 du CPCE, l'Autorité estime que, dans les circonstances de l'espèce, la demande de la société Tismi est justifiée et raisonnable, et qu'il est équitable d'enjoindre à la société Orange de proposer à la société Tismi une convention d'interconnexion permettant, d'une part, l'acheminement des SMS émis par les abonnés de Tismi vers les abonnés d'Orange depuis le point d'interconnexion et, d'autre part, l'acheminement des SMS émis par les abonnés d'Orange vers les abonnés de Tismi depuis le point d'interconnexion, d'une durée d'un an comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de 3 mois avant l'échéance, pour les numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique dont la société Tismi est attributaire.

¹³⁵ Troisièmes observations en défense d'Orange, pièce n° 22.

¹³⁶ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, pièce n° 23.

¹³⁷ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, pièce n° 25.

3.3 Sur la demande portant sur les conditions tarifaires

Tismi demande à l'Arcep d'enjoindre à Orange de « *fournir la prestation d'interconnexion à Tismi dans les conditions tarifaires reflétant les coûts et notamment en appliquant une facturation réciproque (SMS-MT et SMS-MO) correspondant à 1 centime d'euro sans aucun coût fixe additionnel* ».

La société Tismi estime que, « *alors [qu'elle] demande l'application d'un tarif symétrique de 1 centime d'euro par SMS-MT et SMS-MO, Orange France :*

- *crée une grille tarifaire "à la conversation" sans rapport avec le service réellement rendu par Orange ;*
- *maintient son exigence d'un prix de [SDA] centimes d'euro par SMS-MT ;*
- *refuse la réciprocité de la tarification ;*
- *ajoute un tarif supplémentaire au débit »¹³⁸, et que « avec un tarif à [SDA] centimes d'euro le SMS-MT voire davantage si on se réfère au tarif dit "SMS conversationnel", sans aucune compensation à Tismi pour le SMS-MO, la relation est déséquilibrée. »¹³⁹.*

Tismi estime également que « *pour une prestation identique sur le plan technique, le prix proposé par Orange est [SDA] fois supérieur aux prix que les opérateurs se facturent entre eux depuis 10 ans* »¹⁴⁰.

Orange estime, pour sa part, que « *la prestation de terminaison d'appel SMS d'Orange, comme celle des autres opérateurs mobiles a été régulée jusqu'au 1^{er} octobre 2013. Depuis cette date, cette prestation ne fait plus l'objet d'une régulation ex ante de la part de l'Arcep et n'est soumis, depuis cette date, à aucune obligation d'accès et tarifaire* »¹⁴¹ et que, par conséquent, « *TISMI ne peut donc se prévaloir d'aucune obligation tarifaire, et moins encore d'une quelconque orientation vers les coûts concernant la prestation de terminaison d'appel SMS réalisée par Orange* »¹⁴². La société Orange estime en revanche que « *le tarif ne saurait être réciproque pour la simple raison que la nature de la prestation n'est pas comparable. Orange termine un appel SMS sur un réseau mobile alors que TISMI termine un appel SMS sur une plate-forme web* »¹⁴³.

**
**

Il convient de rappeler que l'objet du présent différend concerne une prestation d'interconnexion qui ne fait pas l'objet d'une régulation *ex ante* encadrant les tarifs de cette prestation. En application des articles L. 34-8 et L. 36-8 du CPCE, il revient à l'Arcep de trancher en équité la question du niveau tarifaire adéquat en l'espèce.

À titre liminaire, l'Autorité considère que la prestation d'interconnexion objet de la demande de Tismi correspond à une prestation de terminaison bidirectionnelle d'appel SMS entre Orange et Tismi pour établir des conversations entre d'une part, un utilisateur d'Orange et, d'autre part, un utilisateur de Tismi. Une conversation se traduisant *a priori* par l'envoi en alternance de messages par chacun des utilisateurs concernés, le nombre de SMS échangés entre les parties devrait être sensiblement équivalent. Cette équivalence est confirmée par Tismi dans ses projections de trafic¹⁴⁴. Le

¹³⁸ Saisine de Tismi, point 161, partie VI.2, page 28.

¹³⁹ Saisine de Tismi, point 162, partie VI.2, page 28.

¹⁴⁰ Saisine de Tismi, point 202, partie VI.2.ii.b, page 34.

¹⁴¹ Premières observations en défense d'Orange, partie 4.1, page 17.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Premières observations en défense d'Orange, partie 4.2.3, page 21.

¹⁴⁴ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 8, page 10. Quant à Orange, l'Autorité relève qu'il fonde sa prestation sur des hypothèses de trafic moyen correspondant, pour une conversation donnée, à [SDA] messages terminés sur l'infrastructure de Tismi pour [SDA] messages terminés sur celle d'Orange (cf. partie 3.3.2).

raisonnement concernant l'analyse des conditions tarifaires présentée dans cette partie est ainsi mené en lien avec un niveau de trafic qui devrait être, en l'espèce, sensiblement équilibré entre les parties.

3.3.1 Sur le principe d'une facturation réciproque

L'Autorité rappelle que, lorsque l'utilisateur d'un opérateur A souhaite émettre un SMS vers celui d'un opérateur B, l'opérateur A doit nécessairement utiliser les infrastructures de l'opérateur B, seul à pouvoir transmettre le SMS sur la partie terminale du réseau. Il en résulte que tout opérateur est en situation de monopole structurel pour sa prestation de terminaison d'appel SMS. Tel est l'objet de la prestation de terminaison d'appel SMS, fournie par un opérateur B à un opérateur A, qui consiste à ce que l'opérateur B fasse aboutir, sur son réseau, la transmission d'un SMS depuis un point d'interconnexion avec l'opérateur A jusqu'à l'utilisateur considéré.

Sur le plan tarifaire, un tarif de terminaison d'appel SMS est déterminé et facturé par l'opérateur de l'appelé (B) fournissant la prestation de terminaison d'appel SMS en contrepartie de l'utilisation de son infrastructure technique pour l'envoi de SMS vers ses utilisateurs.

En l'espèce, il est légitime que chaque partie puisse être en mesure de facturer à l'autre un tarif correspondant à la fourniture de la prestation de terminaison d'appel SMS, y compris Tismi pour terminer les SMS « *lors des échanges entre ses clients entreprises et les utilisations clients d'Orange au même titre que tout opérateur de réseau* »¹⁴⁵.

À cet égard, l'Autorité relève que, alors qu'il refusait initialement de rémunérer Tismi, Orange admet cette rémunération dans sa dernière offre transmise à Tismi le 12 janvier 2023. En effet, Orange « *propose désormais de rémunérer les agrégateurs pour les prestations d'acheminement des SMS conversationnels sur leur plateforme web* »¹⁴⁶. Ainsi, la société Orange ne conteste plus le principe de la facturation par la société Tismi d'une prestation de terminaison d'appel SMS.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité estime que, afin que les échanges de messages émis par les utilisateurs des sociétés Orange et Tismi puissent être assurés de bout en bout, il est nécessaire que chaque partie puisse accéder au réseau de l'autre dans le cadre de la réalisation de cette prestation. Cela implique nécessairement que chaque partie puisse facturer à l'autre opérateur une prestation de terminaison d'appel, dont le niveau reste à déterminer.

3.3.2 Sur le modèle de tarification à la conversation

Dans sa dernière offre du 12 janvier 2023, Orange propose à Tismi une tarification « à la conversation », principe qui consiste pour un utilisateur de Tismi ou d'Orange à pouvoir échanger des SMS de manière illimitée pendant une période n'excédant pas 24 heures, dès lors qu'une réponse par SMS est émise dans les 24 heures suite à l'envoi d'un SMS par un utilisateur d'Orange ou de Tismi. En cas d'absence de réponse durant ce laps de temps, la société Orange propose à la société Tismi la facturation d'un « Single SMS ». Orange indique qu'« *en contrepartie de la mise à disposition de l'Offre SMS conversationnel, Orange appliquera à TISMI les conditions tarifaires suivantes* :

CONDITIONS TARIFAIRES		
SMS ou Conversation A2P		
	Single Message initié par l'Emetteur	Montant unitaire en EURO (HT) facturé par Orange

¹⁴⁵ Secondes observations en réplique de Tismi, partie I, point 10, page 5.

¹⁴⁶ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 1.B, page 4.

		[SDA]
	Conversation initiée par l'Emetteur	Montant forfaitaire pour la conversation facturé par Orange en EURO (HT)
		[SDA]
SMS ou Conversation P2A		
	Conversation initiée par l'Utilisateur	Montant forfaitaire pour la conversation facturé par Orange en EURO (HT)
		[SDA] » ¹⁴⁷

À cet égard, Orange précise que « la prestation d'acheminement des SMS conversationnels sur la plateforme web TISMI, qui, à date, n'a pas été discutée entre Orange et TISMI, devra faire l'objet d'une discussion ad hoc. À cet égard, cette prestation d'acheminement sur la plateforme web TISMI ne peut ni techniquement, ni tarifairement être comparée à la prestation d'Orange sur son réseau. Dès lors, Orange estime que les niveaux de tarifications raisonnables facturés par TISMI ne devraient pas dépasser les niveaux précisés ci-dessous »¹⁴⁸ :

« CONDITIONS TARIFAIRES		
SMS ou Conversation A2P		
	Conversation initiée par l'Emetteur	Montant forfaitaire pour la conversation facturé par Tismi en EURO (HT)
		[SDA]
SMS ou Conversation P2A		
	Single Message initié par l'Utilisateur	Montant unitaire en EURO (HT) facturé par Tismi
		[SDA]
	Conversation initiée par l'Utilisateur	Montant forfaitaire pour la conversation facturé par Tismi en EURO (HT)
		[SDA] » ¹⁴⁹

¹⁴⁷ Troisièmes observations en défense d'Orange, pièce n° 22.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

Ainsi, la tarification entre les parties, telle que proposée par Orange, peut être résumée par le tableau ci-après :

	Montant facturé par Orange à Tismi pour la prestation de terminaison d'appel SMS d'Orange en EURO (HT)	Montant facturé par Tismi à Orange pour la prestation de terminaison d'appel SMS de Tismi en EURO (HT)	Montant perçu par Orange net du montant payé à Tismi
Conversation initiée par un utilisateur final de Tismi	[SDA]	[SDA]	[SDA]
Single message initié par Tismi	[SDA]	[SDA]	[SDA]
Conversation initiée par un utilisateur final d'Orange	[SDA]	[SDA]	[SDA]
Single message initié par Orange	[SDA]	[SDA]	[SDA]

Orange a en outre indiqué que sa prestation est fondée sur « les hypothèses de trafic suivantes :

- Pour une conversation A2P (la Marque engage la conversation)¹⁵⁰ : [SDA] messages dont [SDA] SMS-MT et [SDA] SMS-MO. Cette hypothèse de trafic est fondée sur des résultats moyens de l'expérimentation SMS Conversationnel réalisée avec [SDA].
- Pour une conversation P2A (l'Utilisateur final engage la conversation)¹⁵¹ : [SDA] messages dont [SDA] SMS-MT et [SDA] SMS-MO. Cette hypothèse de trafic est fondée sur le nombre [SDA]. »¹⁵².

Orange justifie son modèle de tarification à la conversation en arguant que le « SMS conversationnel » est « en concurrence directe avec des offres similaires proposées par les grands acteurs du WEB (i.e. les offres basées sur les services de messagerie électronique et de messagerie instantanée via les applications) [qui] permettent de joindre de la même manière un client d'Orange, aussi client ou prospect des marques ou des entreprises (...) »¹⁵³. Il cite pour ce faire les services « WhatsApp Business, Apple Business Chat, RCS Business Messaging, Google Business Message, Viber for Business, etc. [qui] permettent de joindre de la même manière que l'offre de "SMS conversationnel" un Utilisateur final (client d'Orange par exemple) et d'engager une conversation avec des Marques. »¹⁵⁴. La société Orange a fourni également « un tableau comparatif de quelques offres existantes sur le marché :

Offre	Single Message [message unique]	Tarif à la conversation A2P 24h	Tarif à la conversation P2A 24h
-------	---------------------------------	---------------------------------	---------------------------------

¹⁵⁰ Il s'agit dans ce cas d'une conversation initiée par un utilisateur final de Tismi.

¹⁵¹ Il s'agit dans ce cas d'une conversation initiée par un utilisateur final d'Orange.

¹⁵² Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.A, page 6.

¹⁵³ Premières observations en défense d'Orange, partie 4.2.3, page 20.

¹⁵⁴ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.B, page 7.

(...)	(...)	(...)	(...)
RCS Business Messaging (tarif opéré par Orange)	[SDA]	[SDA]	[SDA]
WhatsApp	Non disponible	0,1186 €	0,0712 €

»¹⁵⁵.

Sur les conditions tarifaires proposées par Orange, la société Tismi indique que « cette offre de gros est fondée sur le nombre d'échanges moyens lors d'une demande d'assistance en messaging chat web. Or le messaging chat web [discussions par messages sur internet] n'est en réalité rien d'autre que du simple instant messaging [messaging instantané] qui n'a rien à voir avec l'interconnexion bidirectionnelle des messages courts, objet de la demande de Tismi »¹⁵⁶. Tismi indique également qu'« Orange ne craint pas d'invoquer les tarifs proposés par les OTT (WhatsApp, RCS, Google Business Message etc.) pour justifier que les siens seraient "raisonnables" en les caractérisant d'offres concurrentes, alors que ces derniers intègrent des évolutions numériques de dernière génération en matière de flux multimédia permettant d'interagir directement avec les utilisateurs et n'ont rien à voir avec le SMS classique qui doit bénéficier du tarif réservé à l'interconnexion bidirectionnelle des messages courts. »¹⁵⁷ et que « le tableau comparatif des offres entre les tarifs appliqués par Orange et ceux appliqués par les fournisseurs de messagerie qu'a construit Orange sans fournir aucun justificatif ne reflète pas la réalité, car elle omet sciemment une présentation exhaustive. Ainsi, à titre d'exemple, pour la même prestation (tarif à la conversation A2P 24h) Orange facture [SDA] €, tandis qu'un fournisseur de messagerie tel que Viber, cité par Orange dans les offres concurrentes, ne facture que 0,0119 €. Ainsi, le tarif proposé par Orange est quasiment cinq fois plus élevé que celui de Viber for Business. »¹⁵⁸.

L'Autorité estime, **en premier lieu**, qu'il ne revient pas à Orange d'imposer à Tismi le type de service qu'il offrira à ses clients sur le marché de détail à partir de son offre d'interconnexion SMS et de ses prévisions de trafic.

L'Autorité estime, **en second lieu**, que la comparaison que la société Orange fait, à l'appui de sa démonstration, avec les offres RCS Business Messaging qu'elle propose et les offres fournies par WhatsApp n'est pas pertinente pour les différentes raisons exposées ci-après.

D'une part, comme le souligne la société Tismi, les fonctionnalités proposées par RCS Business Messaging et de WhatsApp Business sont plus nombreuses et plus riches que celles proposées par le SMS, en ce qu'elles permettent notamment des échanges de contenus multimédias ou la possibilité de savoir si le message a été lu¹⁵⁹.

D'autre part, le service que WhatsApp Business propose aux entreprises n'a pas le même l'objet que la demande exprimée par Tismi auprès d'Orange. En effet, WhatsApp Business fournit à ses clients entreprises une offre de bout en bout leur permettant d'interagir directement avec les utilisateurs du service WhatsApp, *via* des outils spécifiquement mis à disposition¹⁶⁰. Orange compare ainsi l'offre

¹⁵⁵ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.B, page 7.

¹⁵⁶ Secondes observations en réplique de Tismi, partie III.2, point 49, page 11.

¹⁵⁷ Secondes observations en réplique de Tismi, partie III.2, point 50, page 11.

¹⁵⁸ Secondes observations en réplique de Tismi, partie III.2, point 51, page 11.

¹⁵⁹ <https://pay.services.orange.com/fr/solution/business-messaging/rcs> et <https://www.facebook.com/business/help/338047025165344>.

¹⁶⁰ <https://business.whatsapp.com/> et <https://jibe.google.com/business-messaging/> (pour RCS).

d'interconnexion demandée sur le marché de gros par Tismi, qui ne concerne que la transmission de SMS entre des utilisateurs et un point d'interconnexion, avec les offres que WhatsApp Business propose aux entreprises sur le marché de détail. Ces offres se situant à des niveaux distincts sur la chaîne de valeur, la comparaison n'est pas pertinente.

Pour l'ensemble de ces raisons, même si le principe de tarification « à la conversation » proposé par Orange pouvait être un modèle de tarification choisi par les acteurs du SMS conversationnel à l'avenir, l'Autorité estime qu'en l'espèce et à ce stade de développement des services objet du présent règlement de différend, ce type de tarification pourrait être décorrélé du réel besoin des utilisateurs des services fournis par la société Tismi. Ainsi, l'Autorité estime que, au regard des éléments d'instruction et des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, il est équitable de faire droit, en l'espèce, à la demande de Tismi de bénéficier d'une facturation « au SMS échangé ».

**

Ainsi, compte tenu de ce qui précède et au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier du « développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques », de « l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale » et de « protection des consommateurs », l'Autorité estime qu'il est équitable qu'Orange propose à Tismi une convention d'interconnexion prévoyant une facturation réciproque applicable à la prestation de terminaison d'appel SMS que chaque partie fournira à l'autre, pour chaque SMS échangé.

3.3.3 Sur l'application d'une asymétrie tarifaire

La société Orange estime que « (...) le tarif [de la prestation de terminaison d'appel] ne saurait être réciproque pour la simple raison que la nature de la prestation n'est pas comparable. Orange termine un appel SMS sur un réseau mobile alors que TISMI termine un appel SMS sur une plate-forme web ce que TISMI a confirmé »¹⁶¹ et ajoute que « l'Arcep, dans sa décision n° 12-0205 a eu l'occasion de relever "qu'une terminaison d'appel SMS sur réseau fixe ou sur plateforme web supporte des coûts en général inférieurs à ceux d'une terminaison d'appel SMS sur réseau mobile et que, sous réserve d'éléments probants pouvant être apportés dans un cas particulier, il n'est pas possible de se prévaloir en équité d'une règle générale et automatique de symétrie tarifaire pour ces deux types de terminaison d'appel SMS" »¹⁶².

À l'inverse, Tismi soutient que « les prix pratiqués par Orange avec les autres opérateurs pour un SMS-MT correspondent aux prix pratiqués par les opérateurs mobiles entre eux, soit 1 ct€ par SMS-MT »¹⁶³, que « Tismi s'est vu proposer un tarif de 1 ct€ pour la même prestation par [SDA] »¹⁶⁴ et que « pour la même prestation elle [Orange] applique des conditions tarifaires égales à 1 ct€ à [SDA] »¹⁶⁵. La société Tismi a également fourni dans le cadre de l'instruction une liste d'interconnexions qui fait apparaître qu'elle dispose de conventions avec d'autres opérateurs pour la prestation de terminaison d'appel SMS pour lesquelles chaque opérateur facture des tarifs de manière symétrique, entre [SDA] centime d'euro et [SDA] centimes d'euro :

¹⁶¹ Premières observations en défense d'Orange, partie 4.2.3, page 21.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Second mémoire en réplique de Tismi, partie III.2, point 55, page 12.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Second mémoire en réplique de Tismi, partie III.2, point 56, page 12.

«

Opérateur n° X	Type de trafic échangé (interpersonnel, push, P2A, etc.)	Tarif de terminaison d'appel facturé par Tismi			Tarif de terminaison d'appel facturé à Tismi		
		≤ [SDA]	Entre [SDA] et [SDA]	> [SDA]	≤ [SDA]	Entre [SDA] et [SDA]	> [SDA]
Opérateur n° 1	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 2	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 3	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 4	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 5	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 6	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 7	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 8	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 9	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 10	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 11	[SDA]	[SDA]			[SDA]		
Opérateur n° 12	[SDA]	[SDA]			[SDA]		
Opérateur n° 13	[SDA]	[SDA]			[SDA]		
Opérateur n° 14	[SDA]	[SDA]			[SDA]		
Opérateur n° 15	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 16	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 17	[SDA]		[SDA]			[SDA]	[SDA]
Opérateur n° 18	[SDA]		[SDA]			[SDA]	[SDA]
Opérateur n° 19	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 20	[SDA]			[SDA]			[SDA]
Opérateur n° 21	[SDA]		[SDA]				[SDA]
Opérateur n° 22	[SDA]		[SDA]				[SDA]
Opérateur n° 23	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 24	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 25	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 26	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 27	[SDA]		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 28	TBC		[SDA]			[SDA]	
Opérateur n° 29	[SDA]			[SDA]		[SDA]	
Opérateur n° 30	[SDA]			[SDA]		[SDA]	
Opérateur n° 31	[SDA]			[SDA]		[SDA]	

»¹⁶⁶.

En premier lieu, l'Autorité rappelle que la décision n° 2012-0205 sur laquelle s'appuie la société Orange dans ses écritures, en l'espèce une décision se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Lleida.net et SFR, a été adoptée le 14 février 2012, et se borne à indiquer dans ses motifs qu'« il n'est pas possible de se prévaloir en équité d'une règle générale et

¹⁶⁶ Réponse de Tismi au questionnaire des rapporteurs, question n° 17.

automatique de symétrie tarifaire » pour les prestations de terminaison d'appel SMS sur réseau mobile, d'une part, et sur réseau fixe ou plateforme web, d'autre part¹⁶⁷.

Or la société Orange ne peut tirer de cette décision aucun principe général d'application d'une symétrie ou d'une asymétrie tarifaire s'agissant de la prestation de terminaison d'appel SMS, selon qu'il s'agisse d'un réseau mobile, d'un réseau fixe ou sur plateforme web.

D'une part, l'Autorité avait elle-même indiqué, dans cette décision de règlement de différend, que l'analyse sur l'application d'une asymétrie ou d'une symétrie tarifaire dépend de la situation d'espèce.

D'autre part, à la date de cette décision, le marché de la terminaison d'appel SMS était encore régulé par l'Autorité, *via* la décision n° 2010-0892 en date du 22 juillet 2010 susmentionnée. Ainsi, l'Autorité s'était prononcée dans un contexte où s'appliquaient des dispositions issues d'une analyse de marché qui ne sont actuellement plus en vigueur, notamment celles fixant un plafond tarifaire pour la terminaison d'appel SMS qui reflétait les coûts d'un opérateur mobile générique efficace pour la prestation de terminaison d'appel SMS. De ce fait, à la date d'adoption de la présente décision, le cadre juridique applicable n'est pas comparable à celui qui était en vigueur lorsque la décision de règlement de différend précitée a été adoptée. Orange ne saurait donc se prévaloir de cette décision pour en tirer un principe d'asymétrie tarifaire applicable au cas d'espèce.

En deuxième lieu, l'Autorité relève, comme le souligne la société Tismi¹⁶⁸, que dans le cadre de la révision du règlement sur l'itinérance, la Commission européenne a publié en 2019 un modèle qui établit que le coût que supportent les opérateurs mobiles français pour terminer les SMS sur leur réseau est de 0,07 centime d'euro¹⁶⁹.

D'après Orange, ce coût serait même inférieur pour ce qui concerne l'infrastructure de Tismi. Néanmoins, compte tenu du niveau de coûts précité évalué par la Commission, il apparaît :

- d'une part, que le possible écart de coûts qui pourrait exister entre les prestations de terminaison d'appel SMS d'Orange et de Tismi serait très faible (en tout état de cause inférieur à 0,07 centime d'euros par SMS) ;
- d'autre part, que les tarifs envisagés par les parties, dans le cadre du présent règlement de différend pour leur propre prestation de terminaison d'appel SMS, permettent à Orange comme à Tismi de recouvrer largement les coûts encourus par cette prestation.

Dans ces conditions, l'Autorité estime que la mise en place d'une asymétrie tarifaire n'est, en l'espèce, ni justifiée ni équitable.

Quant aux arguments avancés par Orange sur l'engagement de sa part *« de lourds investissements afin de proposer une plateforme technique et un cadre d'exploitation du SMS Conversationnel qui assure la protection de ses clients finaux et une qualité de service aux entreprises nécessaires au bon fonctionnement de leurs plateformes de communication »*¹⁷⁰, ils ne sont pas non plus de nature à justifier, en l'espèce, une asymétrie tarifaire, comme il sera développé ci-après.

La société Orange soutient que les investissements consentis pour l'acheminement des SMS vers la nouvelle catégorie de numéros polyvalents utilisables pour les échanges avec une plateforme technique exploités par Tismi sont les suivants :

¹⁶⁷ Décision n° 2012-0205 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 février 2012 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Lleida.net et SFR, partie 2.2, page 9.

¹⁶⁸ Saisine de Tismi, partie VI.2.ii.a, point 179, page 31.

¹⁶⁹ Finalisation du modèle de coût des services mobiles pour l'itinérance et de l'acte délégué relatif à une terminaison d'appel vocal mobile unique à l'échelle de l'UE : SMART 2017/0091, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/finalisation-mobile-cost-model-roaming-and-delegated-act-single-eu-wide-mobile-voice-call>.

¹⁷⁰ Deuxièmes observations en défense d'Orange, partie 3.2, page 14.

- « *La mise en place d'une interface SMPP : adaptée aux acteurs informatiques et permettant de protéger nos clients en limitant l'accès aux données réseau ;*
- *Une chaîne de soutien : une hotline qui fonctionne [SDA] ;*
- *La mise en place d'une facturation à la conversation par session de 24h pour les conversations A2P et P2A ;*
- *Des engagements de qualité de service : des indicateurs de performance à respecter ([SDA]) pour répondre aux besoins des Entreprises dans leur relation avec leurs clients et des pénalités en cas de non-respect de ceux-ci pour assurer une qualité à tous ;*
- *La gestion du STOP réglementaire par un lien de désinscription ;*
- *Une prestation de vérification de l'ensemble des marques utilisant des numéros en 093, [SDA] ;*
- *La mise en place et la gestion dynamique de filtres sur le SMS Gateway d'Orange pour le blacklistage/whitelistage des numéros. [SDA] ;*
- *Un contrôle déontologique pour lutter contre la fraude : analyse des signalements 33700, envoi des cas de fraude détectés aux opérateurs responsables et suivi des actions, transmission d'informations concernant les cas de fraude détectés à l'ensemble du marché pour améliorer la prévention, monitoring et suivi des indicateurs de fraude. »¹⁷¹.*

Par ailleurs, la société Orange a fourni « *l'architecture technique (...) [concernant] l'acheminement et le traitement du SMS sur le réseau d'Orange dans le cas de l'offre de SMS conversationnel. »¹⁷².*

Tout d'abord, l'Autorité constate que, s'agissant de l'architecture technique, « *la mise en place d'une interface SMPP* », non indispensable pour la mise en œuvre d'une interconnexion SMS, relève d'une décision d'Orange qui a écarté toute architecture alternative notamment celle utilisée entre opérateurs mobiles pour leurs interconnexions SMS et qui s'appuie sur les interfaces SS7. Ainsi, les coûts de mise en œuvre de l'architecture technique d'interconnexion SMS que mentionne Orange n'apparaissent pas pertinents pour justifier une asymétrie tarifaire en ce qu'ils ne sont pas liés à la demande d'interconnexion de Tismi mais d'un choix d'architecture spécifique d'Orange.

Ensuite, l'Autorité relève que certaines prestations ne sont pas pertinentes à la demande d'interconnexion de Tismi :

- les prestations « *gestion du STOP réglementaire* », « *vérification de l'ensemble des marques utilisant des numéros en 093* » et « *blacklistage/whitelistage des numéros* » ne sont pas nécessaires à la fourniture d'une interconnexion SMS à Tismi et pourraient soit être mises en œuvre par Tismi sur ses propres infrastructures, soit être commandées à Orange à titre accessoire ;
- « *La mise en place d'une facturation à la conversation par session de 24h pour les conversations A2P et P2A* » est une prestation nécessaire à la société Orange pour facturer les opérateurs « à la conversation » ; or, comme développé *supra*, l'Autorité estime qu'en l'espèce il n'est pas équitable qu'Orange impose à Tismi un tel modèle de facturation.

Enfin, l'Arcep constate que les autres prestations évoquées par Orange ne sont pas, en elles-mêmes, des facteurs induisant des asymétries tarifaires :

- « *le contrôle déontologique pour lutter contre la fraude* » est une action importante que mène Orange au bénéfice des utilisateurs ; toutefois, elle indique qu'il « *compte en moyenne [SDA] au 33 700 chaque mois dont [SDA] des signalements exploitables concernant les numéros*

¹⁷¹ Deuxièmes observations en défense d'Orange, partie 3.2, page 14.

¹⁷² Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, question 15.

mobiles (...) »¹⁷³ dont les conditions d'interconnexion prévoient des tarifs réciproques identiques ;

- les « *engagements de qualité de service* » et l'existence d'« *une chaîne de soutien* » relèvent de la supervision permanente du réseau d'un opérateur et notamment pour tout type d'interconnexion considérée ; à cet égard, les conditions générales d'interconnexion fournies par Orange stipulent dans leur article 11.2 que « *conformément au cahier des charges de chacune des Parties, le service téléphonique au public est assuré en permanence, y compris les samedis, dimanches et jours fériés. Chacune des parties s'engage à prendre les dispositions nécessaires pour que cette permanence soit assurée et qu'une solution soit apportée dans les plus brefs délais afin de pallier les aléas du système ayant pour effet de dégrader la qualité de service pour l'ensemble ou une partie des clients* »¹⁷⁴.

Pour ces raisons, l'Autorité considère que l'architecture et les fonctionnalités citées par Orange dans le cadre de l'instruction ne constituent pas des charges de nature à justifier une asymétrie tarifaire.

En troisième lieu, il convient de relever que Tismi a mis en avant dans le cadre de l'instruction que la majorité des conventions d'interconnexion qu'il avait conclues avec d'autres opérateurs prévoyaient une tarification de terminaison d'appel SMS symétrique (*cf. supra*), ce qui montre que la demande de symétrie tarifaire qu'il fait à Orange relève d'une pratique observée par ailleurs sur le marché de l'interconnexion SMS.

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, l'Autorité estime que, dans les circonstances de l'espèce, et au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de « *développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* », « *d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* » et « *de protection des consommateurs* », la demande de Tismi tendant à ce qu'Orange lui propose une convention d'interconnexion de terminaison bidirectionnelle d'appel SMS, comportant une facturation réciproque et symétrique, pour chaque SMS échangé, est justifiée et équitable.

3.3.4 Sur la fixation d'un tarif de terminaison d'appel équitable

Tismi demande que la prestation d'interconnexion lui soit fournie par Orange « *dans les conditions tarifaires reflétant les coûts et notamment en appliquant une facturation réciproque (SMS-MT et SMS-MO) correspondant à 1 centime d'euro sans aucun coût fixe additionnel* ».

Il est à noter que, malgré l'offre de tarification proposée par Orange à Tismi le 12 janvier 2023¹⁷⁵, aucun accord entre les parties n'a été trouvé. Tismi a en effet indiqué à Orange que « *les montants qu'Orange se propose de [lui] facturer (...), tant au titre des échanges de SMS que des frais de raccordement, ne permettent pas à un CPaaS Enabler de disposer d'un tarif d'interconnexion lui permettant de bâtir pour les agrégateurs une offre compétitive* »¹⁷⁶.

Dans cette dernière offre du 12 janvier 2023, Orange propose notamment à la société Tismi un niveau de terminaison d'appel de [SDA] centimes d'euro par SMS lorsqu'un utilisateur final de la société Tismi envoie un SMS à un utilisateur final de la société Orange sans que ce dernier ne réponde. Dans le cadre de l'instruction, Orange a évoqué des exemples de décisions de l'Arcep pour établir une comparaison

¹⁷³ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.E, page 9.

¹⁷⁴ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, pièce n° 23.

¹⁷⁵ Orange propose une facturation forfaitaire pour une « conversation » entre un client de Tismi et un abonné d'Orange d'une durée de 24 heures : [SDA] € par conversation facturée par Orange à Tismi et [SDA] € par conversation facturée par Tismi à Orange. Orange propose également une facturation par SMS individuel de [SDA] € facturé par Orange à Tismi, et de [SDA] € facturé par Tismi à Orange (troisièmes observations en défense d'Orange, pièce n° 23).

¹⁷⁶ Troisièmes observations en défense d'Orange, pièce n° 23.

avec les services à valeur ajoutés d'une part, et soutenu avoir des coûts particuliers en lien avec la lutte contre la fraude, d'autre part. Les parties ont en outre fourni des exemples de tarification actuellement en vigueur sur diverses prestations d'interconnexion.

Concernant la comparaison avec les services à valeur ajoutée, la société Orange estime que « l'ARCEP a défini la notion de partage raisonnable dans une chaîne de valeur dans le cadre de sa décision n° 2007-0213 en soulignant qu'il n'existe aucune corrélation entre partage raisonnable de valeur et symétrie des taux de rémunération »¹⁷⁷ et qu'« en 2014, l'Autorité au surplus a indiqué dans le cadre de sa décision n° 2014-1546 de règlement des différends opposant la société Prosodie à la société Bouygues Telecom que le caractère raisonnable du partage de la valeur devait s'apprécier au regard des conditions économiques prévalant sur les marchés de gros et de détails considérés »¹⁷⁸.

La société Tismi estime que « ces deux décisions sont sans lien avec l'objet du présent différend : les décisions n° 2007-0213 du 16 avril 2007 et n° 14-1546 du 18 décembre 2014 citées par Orange ne portent pas sur une prestation d'interconnexion, mais sur des numéros SVA et plus particulièrement sur "les règles applicables entre opérateurs en ce qui concerne l'offre de reversement d'une partie des sommes facturées à l'utilisateur final appelant" »¹⁷⁹.

L'Autorité rappelle que, s'agissant des décisions n° 2007-0213¹⁸⁰ et n° 2014-1546¹⁸¹ mentionnées par la société Orange, et comme le soutient la société Tismi, leurs dispositions ne s'appliquent que dans le cas de communications émises à destination de services à valeur ajoutée par un utilisateur fixe ou mobile qui relève d'un régime particulier, distinct de celui de la terminaison d'un appel vers l'utilisateur d'un numéro polyvalent ou d'un numéro mobile. En effet, conformément à la décision n° 2018-0881 modifiée de l'Autorité, à chaque numéro de service à valeur ajoutée est associé l'une des trois tarifications spécifiques prévues par le cadre applicable, spécifique aux services à valeur ajoutée¹⁸².

¹⁷⁷ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.D, page 8.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Second mémoire en réplique de Tismi, partie III.2, point 55, page 12.

¹⁸⁰ 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, préambule : « La présente décision porte sur les obligations symétriques imposées aux opérateurs qui contrôlent l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée. ».

¹⁸¹ Décision n° 2014-1546-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 18 décembre 2014 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Prosodie et la société Bouygues Telecom, partie 3 : « Le différend porte sur les taux de commissionnement proposés par la société Bouygues Telecom à compter du 1^{er} octobre 2015 en rémunération de la prestation de commercialisation et de reversement relative aux appels vers les numéros à tarification majorée exploités par la société Prosodie. ».

¹⁸² Décision n° 2018-0881 modifiée de l'Autorité susvisée, annexe 1, partie 2.4.2.g : « Cette structure tarifaire est appliquée de manière identique au départ de tous les opérateurs nationaux.

Tarification gratuite

Les appels vers les numéros à tarification gratuite ne font l'objet d'aucune facturation à l'appelant.

Tarification banalisée

Les appels vers les numéros à tarification banalisée sont facturés à l'appelant à un tarif et selon des modalités de facturation identiques à celles prévues par l'offre souscrite par l'appelant auprès de son opérateur, pour les appels émis à destination des numéros géographiques et polyvalents du territoire où se situe l'appelant.

Dans le cas où plusieurs facturations de détail différentes sont susceptibles de s'appliquer aux appels vers les numéros géographiques et polyvalents du territoire où l'appelant se situe, les appels vers les numéros à tarification banalisée sont facturés à l'appelant à un tarif et selon des modalités de facturation identiques à celles prévues par l'offre souscrite par l'appelant auprès de son opérateur, pour les appels émis à destination du plus grand nombre de numéros géographiques et polyvalents du territoire considéré.

Tarification majorée

Les appels vers les numéros à tarification majorée sont facturés à l'appelant sur la base d'une structure à deux composantes :

- une première composante, désignée "C", dont la tarification est banalisée conformément à la description effectuée au paragraphe précédent ;

Les décisions dont se prévaut la société Orange, en ce qu'elles ne concernent que les appels vers des numéros spéciaux à tarification majorée et non des SMS terminés vers des numéros mobiles ou des numéros polyvalents, ne sont dès lors pas applicables en l'état pour trancher le présent différend. Ainsi, la société Orange ne peut tirer de ces décisions de principe fixé par l'Arcep qui soit applicable au cas d'espèce.

Concernant les éléments relatifs à la lutte contre la fraude, Orange indique qu'il « *compte en moyenne [SDA] signalements au 33700 chaque mois dont [SDA] des signalements exploitables concernent les numéros mobiles et [SDA] concernent les offres de Push SMS* »¹⁸³ et que « *afin de lutter efficacement contre la fraude sur le Push SMS et protéger l'utilisateur final, Orange a mis en place un dispositif de contrôle par une équipe dédiée* »¹⁸⁴ et « *continue d'investir dans la lutte contre la fraude* »¹⁸⁵.

Si l'Autorité estime qu'un contrôle déontologique est essentiel afin de lutter efficacement contre la fraude, elle considère cependant que la société Orange ne peut se prévaloir de la potentielle existence de fraudes concernant les SMS conversationnels, en ce que ceux-ci constituent un marché émergent et ne peut se fonder sur des fraudes existantes relatives à un marché du SMS Push qui diffère de celui du présent différend, de par sa nature uniquement unidirectionnelle.

À ce titre, il convient de rappeler (cf. partie 3.3) que le raisonnement de l'Arcep concernant l'analyse du niveau tarifaire est mené, en l'espèce, compte tenu de la demande de Tismi et des éléments de l'instruction, en lien avec un niveau de trafic qui devrait être sensiblement équilibré entre les parties. Cela restreint ainsi la possibilité d'émettre des SMS en masse qui constituent à ce jour le principal vecteur de fraudes par SMS.

Au surplus, Orange indique que « *[SDA] des signalements exploitables concernent les numéros mobiles* »¹⁸⁶, pour lesquels « *le tarif Orange de réception de SMS-MT interpersonnel mobile à mobile est de [SDA] Euro HT par SMS-MT efficace* »¹⁸⁷, et de manière plus marginale, soit « *[SDA] [,] concernent les offres Push SMS* »¹⁸⁸ facturée à [SDA] centimes d'euro par SMS¹⁸⁹.

Concernant les éléments de comparaison avec d'autres services existants, l'Autorité relève en premier lieu que la société Orange indique que « *les agrégateurs concurrents de TISMI fournissant des*

-
- *une seconde composante, désignée "S", dont le tarif hors TVA et les modalités de facturation sont identiques, pour un numéro donné, quel que soit l'opérateur au départ duquel ce numéro est accessible.*

Les plafonds tarifaires applicables à la composante "S" des différentes catégories de numéros à tarification majorée sont exprimés hors TVA.

En outre, la tarification de détail de la composante "S" doit répondre aux deux conditions suivantes pour un numéro donné :

- *avoir un mode de facturation exclusivement à l'acte ou à la seconde dès la première seconde sans charge d'établissement d'appel ;*
- *être indépendante de l'heure et du jour auxquels est émis l'appel. »*

¹⁸³ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.E, page 9.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.E, page 9.

¹⁸⁷ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, pièce n° 25 « Conditions Spécifiques SMS interpersonnels de mobile à mobile, version de Orange », annexe 2, page 12.

¹⁸⁸ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.E, page 9.

¹⁸⁹ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, question 17.

services de business messaging sont notamment l'agrégateur CPaaS Twilio, les sociétés Clickatell et Instaply. Ces acteurs proposent leurs services à leurs clients Marques aux tarifs suivants :

	Prix SMS-MT (€)	Prix SMS-MO (€)
Twilio	[SDA]	[SDA]
Clickatell	[SDA]	[SDA]
Instaply	[SDA]	[SDA]
Prix moyen marché	[SDA]	[SDA]

»¹⁹⁰.

L'Autorité estime qu'il n'est pas pertinent de comparer une tarification sur le marché de détail pour laquelle les clients peuvent faire jouer la concurrence entre différents fournisseurs, comme en témoigne le parangonnage fourni par Orange, avec une offre de gros de terminaison d'appel SMS pour laquelle il n'existe qu'un unique offreur, en l'occurrence l'opérateur qui termine l'acheminement du message sur son réseau, en étant le seul à pouvoir assurer cette prestation (cf. partie 3.3.1). En outre, comme elle l'indique dans ses écritures¹⁹¹, la société Tismi fournit principalement des services de terminaison d'appels SMS à des agrégateurs CPaaS. Dès lors, la société Tismi ne se trouve pas, dans ces circonstances, en concurrence avec les agrégateurs CPaaS mentionnés par Orange ci-dessus. L'Autorité estime, par suite, qu'il n'est pas pertinent de comparer ces offres à l'offre de terminaison d'appel SMS fournie par Tismi.

Au surplus, il ressort des éléments fournis par Orange que les prix facturés sur le marché de détail par les agrégateurs CPaaS varient fortement, d'un facteur un à [SDA] pour les SMS-MT et même d'un facteur un à [SDA] pour les SMS-MO. La société Tismi indique sur ce point que « Orange sait pertinemment que [SDA] est elle-même cliente de Tismi »¹⁹² et que « les autres agrégateurs cités par Orange ne sont pas des sociétés spécialisées dans les services de messagerie. [...] [SDA] n'ayant même pas de présence sur le territoire français »¹⁹³.

Ainsi, l'Autorité ne peut pas tirer de conclusions pertinentes en l'espèce, issues des données fournies par la société Orange.

En second lieu, s'agissant des conditions tarifaires proposées par d'autres opérateurs à la société Tismi pour la fourniture d'une prestation de terminaison d'appel SMS à destination de leurs utilisateurs, celle-ci indique qu'elle « s'est vu proposer un tarif de 1c€ pour la même prestation par [SDA] (...), ainsi d'ailleurs que dans le contrat conclu avec [SDA] pour l'interconnexion au réseau d'Orange. »¹⁹⁴. La société Tismi a également fourni dans le cadre de l'instruction un parangonnage qui fait apparaître qu'elle dispose de conventions d'interconnexion avec des opérateurs tiers pour différentes prestations terminaison d'appel SMS (de type interpersonnel, A2P, P2P, push) pour lesquelles chaque opérateur se facture réciproquement le même niveau tarifaire, entre [SDA] centime d'euro et [SDA] centimes d'euro (cf. partie 3.3.3).

*
**

L'Autorité relève, d'une part, comme le souligne la société Tismi¹⁹⁵, que, dans le cadre de la révision du règlement sur l'itinérance, la Commission européenne a publié en 2019 un modèle qui établit que

¹⁹⁰ Troisièmes observations en défense d'Orange, partie 2.C, page 7.

¹⁹¹ Saisine de Tismi, point 3, page 5.

¹⁹² Secondes observations en réplique de Tismi, partie III.2, point 52, page 11.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Saisine de Tismi, partie VI.2.ii.a, point 179, page 31.

le coût que supportent les opérateurs mobiles français pour terminer les SMS sur leur réseau est de 0,07 centime d'euro¹⁹⁶. Elle relève également d'autre part, que le règlement (UE) 2022/612 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union dispose en son article 10 que « *le prix de gros moyen que l'opérateur du réseau visité peut demander au fournisseur de services d'itinérance pour la fourniture d'un SMS en itinérance réglementé au départ du réseau visité ne dépasse pas un plafond de sauvegarde de 0,004 EUR par SMS* ».

Il ressort de ces éléments concernant la France que les coûts de terminaison, en particulier avancés par Orange, sont en tout état de cause largement couverts par les niveaux tarifaires demandés respectivement par les parties en l'espèce.

Dans le même sens et comme le relève la société Tismi¹⁹⁷, l'Autorité constate que la prestation de terminaison d'appel SMS facturée par la société Orange à la majorité des autres opérateurs tiers ne dépasse pas [SDA] d'euro par SMS. Ce montant correspond au plafond tarifaire qui avait été défini par l'Autorité et qui a été en application en métropole du 1^{er} juillet 2012 au 1^{er} octobre 2013, conformément à sa décision n° 2010-0892, dans le cadre d'une obligation d'orientation de cette prestation vers les coûts, et qui permettait ainsi aux opérateurs de recouvrer leurs coûts. Il n'a plus fait l'objet d'un encadrement par l'Autorité depuis lors.

Il peut en outre être noté que, dans sa dernière offre, Orange propose à Tismi un niveau de terminaison d'appel de [SDA] centimes d'euro par SMS pour la terminaison sur son réseau d'un message unique¹⁹⁸. Par ailleurs, le niveau tarifaire qu'Orange propose aux autres opérateurs interconnectés à son réseau pour transmettre des SMS Push à ses abonnés est de 3 centimes d'euro par SMS-MT¹⁹⁹.

Par conséquent, au vu des éléments ci-avant, il apparaît inéquitable qu'Orange applique à Tismi une terminaison d'appel SMS qui soit supérieure à 3 centimes d'euro par SMS.

En outre au vu du manque de recul sur des services de SMS conversationnels qui sont émergents à la date de la présente décision et au regard des éléments de l'instruction, l'Autorité estime nécessaire que des négociations soient menées de bonne foi entre les parties pour fixer précisément le niveau tarifaire associé à la prestation de terminaison d'appel SMS. Ces négociations devront être menées à l'aune des éléments d'analyse contenus dans la présente décision, en particulier une facturation applicable à chacun des SMS émis par les utilisateurs de Tismi et terminés sur le réseau d'Orange, et réciproquement, selon des tarifs identiques, dès lors que les volumes de SMS échangés entre les parties au travers de leur interconnexion ne sont pas significativement déséquilibrés.

Pour s'accorder sur le niveau tarifaire adéquat pour la prestation de terminaison d'appel SMS, l'Autorité estime que certains éléments devront être pris en compte par les parties, à savoir :

- 1. qu'il est justifié que les tarifs de la société Orange liés à la terminaison d'appel soient équitables et ne constituent pas de barrières à l'entrée artificielles à l'égard de la société Tismi afin d'assurer une concurrence effective et loyale entre deux exploitants de réseaux de communications électroniques ouverts au public ;**
- 2. que le niveau tarifaire convenu entre les parties doit limiter le risque que les acteurs à l'origine des campagnes de *spam*²⁰⁰ et de pratiques frauduleuses ne reportent (et**

¹⁹⁶ Finalisation du modèle de coût des services mobiles pour l'itinérance et de l'acte délégué relatif à une terminaison d'appel vocal mobile unique à l'échelle de l'UE : SMART 2017/0091, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/finalisation-mobile-cost-model-roaming-and-delegated-act-single-eu-wide-mobile-voice-call>.

¹⁹⁷ Saisine de Tismi, point 201, partie VI.2.ii.b, page 34.

¹⁹⁸ Réponse d'Orange au premier questionnaire des rapporteurs, question 17.

¹⁹⁹ <https://cdn.woopic.com/840aa06aeef64c848738c7997ff75b62/portal-payservices/document/Annexe%20%20-%20Conditions%20financieres%20-%202021.pdf>.

²⁰⁰ Envoi massif de messages vers des numéros générés de manière aléatoire, cherchant souvent à tromper les destinataires, en obtenant par exemple des rappels vers des numéros surtaxés, et qui comporte dans ce cas-là une dimension frauduleuse.

développent) leur activité vers des numéros polyvalents utilisables pour des échanges avec une plateforme technique, ce qui nuirait à la réputation de ces numéros par les utilisateurs, au développement économique des services associés et serait en contradiction avec le principe de « *protection des consommateurs* » tel que précisé au II de l'article L. 32-1 du CPCE.

Ainsi, un équilibre doit être trouvé dans la fixation du niveau tarifaire de la terminaison d'appel SMS afin de permettre l'émergence de ces services, d'assurer une compétitivité suffisante entre les différents acteurs en tenant compte de la protection des consommateurs.

3.3.5 Sur l'existence d'éventuels coûts fixes additionnels

Enfin et s'agissant de la demande de la société Tismi de disposer d'une offre de la société Orange « *sans aucun coût fixe additionnel* », l'Autorité relève que les coûts fixes mentionnés par la société Tismi concernent notamment le débit maximal de SMS que la société Tismi peut envoyer à la société Orange mais peuvent également couvrir d'autres aspects comme les frais fixes facturés pour la mise en place de l'interconnexion.

S'agissant spécifiquement du débit de l'interconnexion, la société Orange propose à la société Tismi les tarifs suivants : «

<i>frais fixe</i>	<i>Montant mensuel en EURO (HT)</i>
<i>Débit ([SDA] sms /s)</i>	<i>[SDA]</i>
<i>Hauts Débits ([SDA] sms /s)</i>	<i>[SDA]</i>
<i>Hauts Débits ([SDA] sms /s)</i>	<i>[SDA]</i>

»²⁰¹.

L'Autorité considère que la prestation de terminaison d'appel SMS fournie par Orange à Tismi inclut le dimensionnement des équipements d'interconnexion nécessaires à l'acheminement des SMS de telle sorte que la facturation en supplément de frais fixes liés au débit ne semble pas équitable.

Toutefois, si la typologie du trafic SMS transmis par Tismi se révélait atypique et nécessitait pour Orange de surdimensionner son interconnexion, il paraîtrait légitime que la société Orange puisse facturer des prestations complémentaires à ce titre.

Au regard des éléments portés à sa connaissance, l'Autorité n'identifie *a priori* pas d'autre prestation susceptible de faire l'objet de coûts fixes additionnels.

3.3.6 Conclusion

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, et au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, l'Autorité estime que, dans les circonstances de l'espèce, la demande de la société Tismi qu'Orange lui facture une prestation de terminaison d'appel SMS, à un tarif identique entre les parties, sans facturation de frais fixes additionnels qui ne seraient pas justifiés par une typologie de trafic SMS se révélant atypique (voir partie 3.3.5), est justifiée et équitable. L'Autorité estime également qu'il serait inéquitable qu'Orange applique à Tismi une terminaison d'appel SMS qui soit supérieure à 3 centimes d'euro par SMS.

²⁰¹ Troisièmes observations en défense d'Orange, pièce n° 22, page 3.

Comme indiqué précédemment, ce raisonnement concernant l'analyse des conditions tarifaires est en lien avec un niveau de trafic qui devrait être, en l'espèce, sensiblement équilibré entre les parties. Il ne saurait donc être applicable par défaut aux autres types de prestations de terminaison d'appel SMS, en l'absence de régulation *ex ante* les encadrant.

Dès lors, l'Autorité estime que, si le volume de SMS échangés entre les parties au niveau de l'interconnexion revenait à remettre en cause l'équilibre attendu par le type de service, il serait alors justifié que les parties puissent définir entre elles les conditions d'interconnexion applicables à cette nouvelle typologie de trafic.

3.4 Conclusion générale

En conclusion, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier de l'article L. 34-8 du CPCE, L. 36-8 du CPCE et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE notamment les objectifs de « *développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* », « *d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* » et « *de protection des consommateurs* », l'Autorité considère qu'il est justifié et équitable qu'Orange propose à Tismi une convention d'interconnexion bidirectionnelle pour la prestation de terminaison d'appel SMS d'une durée d'un an, et comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de trois mois avant l'échéance, dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente décision.

Le tarif des prestations d'interconnexion précitées sera déterminé dans le cadre d'une négociation de bonne foi entre les parties, menée sur la base d'une proposition de convention faite par Orange dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente décision.

Cette négociation de bonne foi devra aboutir, dans un délai de 5 mois à compter de la notification de la présente décision, à la signature de la convention d'interconnexion comportant une tarification identique facturée par Orange et Tismi, sans facturation de frais fixes additionnels qui ne seraient pas justifiés par une typologie de trafic SMS se révélant atypique (voir partie 3.3.5), pour leurs prestations respectives de terminaison d'appel SMS dès lors que le volume de SMS échangés à l'interconnexion entre les parties n'est pas significativement déséquilibré, étant entendu qu'il apparaît inéquitable qu'Orange applique à Tismi une terminaison d'appel SMS qui soit supérieure à 3 centimes d'euro par SMS.

Décide :

Article 1. La société Orange doit, dans un délai de 5 mois à compter de la notification de la présente décision, transmettre à la société Tismi B. V. une convention d'interconnexion bidirectionnelle pour la prestation de terminaison d'appel SMS applicable aux services fournis à partir des numéros polyvalents utilisables pour des échanges avec une plateforme technique exploités par Tismi B. V. prévoyant une facturation au SMS à un tarif identique entre les parties dès lors que le volume de SMS échangés n'est pas significativement déséquilibré, sans facturation de frais fixes additionnels qui ne seraient pas justifiés par une typologie de trafic SMS se révélant atypique, d'une durée d'un an, comportant une clause de tacite reconduction à son échéance sauf dénonciation, avec un préavis minimal de 3 mois avant l'échéance et sans droit de résiliation automatique à la suite de la publication d'un nouveau plan de numérotation.

À cette fin, un premier projet de contrat sera transmis dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente décision comprenant une proposition tarifaire conformément au premier alinéa, en vue d'initier une négociation menée de bonne foi.

Article 2. Le surplus des demandes de la société Tismi B. V. est rejeté.

Article 3. La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est chargée de notifier la présente décision aux sociétés Tismi B. V. et Orange. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 6 juillet 2023,

La présidente

Laure de LA RAUDIÈRE

Table des matières

1	Contexte général	11
1.1	L'acheminement des SMS	11
1.2	Présentation des parties	11
2	Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes	12
2.1	Sur la compétence de l'Autorité pour connaître de la conclusion d'une convention d'interconnexion	13
2.2	Sur la recevabilité des demandes.....	15
3	Analyse des demandes	20
3.1	Cadre juridique applicable.....	20
3.1.1	Rappel du cadre juridique relatif à l'interconnexion.....	20
3.1.2	Rappel des dispositions relatives au plan national de numérotation	21
3.2	Sur les demandes portant sur la fourniture d'un contrat d'interconnexion pour des services rendus à partir de numéros polyvalents utilisables avec une plateforme technique.....	22
3.2.1	Sur la demande de bénéficier d'une convention d'interconnexion pour la terminaison bidirectionnelle de SMS sur des numéros polyvalents utilisables pour des échanges avec une plateforme technique.....	23
3.2.2	Sur les clauses contractuelles de tacite reconduction et de résiliation du contrat	28
3.2.3	Conclusion	29
3.3	Sur la demande portant sur les conditions tarifaires	30
3.3.1	Sur le principe d'une facturation réciproque	31
3.3.2	Sur le modèle de tarification à la conversation.....	31
3.3.3	Sur l'application d'une asymétrie tarifaire	35
3.3.4	Sur la fixation d'un tarif de terminaison d'appel équitable	39
3.3.5	Sur l'existence d'éventuels coûts fixes additionnels	44
3.3.6	Conclusion	44
3.4	Conclusion générale	45