

Obligations des opérateurs

Mise en demeure de la société Free de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la neutralité au regard des messages transmis et à l'information des utilisateurs

**Décision du Directeur général
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 23 novembre 2010
portant mise en demeure de la société Free
de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires
relatives à la neutralité au regard des messages transmis
et à l'information des utilisateurs**

Le Directeur général de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

Vu la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, notamment son article 16 ;

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

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

Vu la décision n° 05-1085 modifiée de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 15 décembre 2005 fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation ;

Vu la décision n° 07-0213 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 avril 2007 portant sur les obligations imposées aux opérateurs qui contrôlent l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée ;

Vu la décision n° 2008-0512 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 6 mai 2008 modifiant la décision n° 05-1085 du 15 décembre 2005 fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation ;

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

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le courrier du directeur des affaires juridiques de l'Autorité en date du 28 septembre 2010, adressé à la société Free l'informant de l'ouverture de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du CPCE, et désignant les rapporteurs ;

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

Après examen du rapport d’instruction ;

Par les motifs suivants ;

I. – Saisine et procédure

Par un courrier en date du 28 septembre 2010 susvisé, le directeur des affaires juridiques de l’Autorité a notifié à la société Free l’ouverture, sur autosaisine, de la procédure prévue à l’article L. 36-11 du CPCE, portant sur un éventuel non-respect des dispositions des articles L. 33-1, D. 98-5 et D. 98-12 du même code.

Par courrier en date du 30 septembre 2010, les rapporteurs ont adressé dans le cadre de l’instruction un questionnaire à la société Free, accompagné d’une demande de transmission des principaux documents permettant d’attester des informations transmises par le questionnaire précité, notamment les conditions contractuelles et brochures tarifaires applicables aux offres de téléphonie comprenant des appels illimités vers certains numéros, ainsi que tous les éléments utiles à l’appréciation par les rapporteurs du respect des articles L. 33-1, D. 98-5 et D. 98-12 du CPCE.

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

II. – Rappel du cadre réglementaire

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

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

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

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

n) L'information, notamment sur les conditions contractuelles de fourniture du service, et la protection des utilisateurs.

Un décret fixe les modalités d'application du présent article, notamment le contenu du dossier de déclaration, et précise, en tant que de besoin, selon les différentes catégories de réseaux et de services, les règles mentionnées aux a à n. »

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

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

I. - Respect du secret des correspondances et neutralité.

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

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

L'opérateur est tenu de porter à la connaissance de son personnel les obligations et peines qu'il encourt au titre des dispositions du code pénal, et notamment au titre des articles 226-13, 226-15 et 432-9 relatifs au secret des correspondances.

L'article D. 98-12 du CPCE précise notamment :

« Règles portant sur l'information et la protection des utilisateurs.

I. - Information des utilisateurs.

Outre les informations prévues aux articles L. 111-1 et, le cas échéant, L. 121-18 du code de la consommation, l'opérateur met à la disposition du public des informations sur :

- les conditions générales et contractuelles de fourniture du service fourni dans le cadre de sa déclaration, qui précisent :

- [...]

- s'agissant du service téléphonique au public, la description des services offerts dans le cadre des contrats proposés ;

- les tarifs de ses offres, y compris les formules de réductions tarifaires ;

Il met à disposition ces informations, tenues à jour, dans ses points de vente et par un moyen téléphonique ou électronique accessible en temps réel à un tarif raisonnable.

Ces informations sont communiquées, à sa demande, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

II. - Contrats. Chaque utilisateur reçoit les contrats conclus avec l'opérateur pour les prestations qu'il souscrit. Les conditions contractuelles sont communiquées, sur demande, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

en vue de vérifier leur conformité aux dispositions de l'article L. 121-83 du code de la consommation. »

III. - Exposé des faits et analyse

A. – Eléments recueillis

Les rapporteurs ont adressé un questionnaire le 30 septembre 2010 à la société Free auquel elle a répondu le mardi 12 octobre 2010.

1) Eléments fournis par la société Free en réponse au questionnaire des rapporteurs

1. Sur les offres commercialisées

a) Sur le périmètre des offres

S'agissant du périmètre des « *offres d'abondance*¹ » commercialisées sous ses deux marques Free et Alice, la société Free indique, dans sa réponse au questionnaire susvisé, qu'il « *recouvre les appels interpersonnels vers des numéros fixes en métropole et certaines destinations de collectivités d'outre-mer et internationales* ».

La société Free souligne notamment que ses conditions contractuelles² stipulent que « [...] *ce Service de téléphonie vocale fixe permet de recevoir et d'émettre de manière illimitée en nombre et incluse dans le Forfait Freebox des communications vocales interpersonnelles concernant les abonnés fixes d'opérateurs tiers en France métropolitaine accessibles par un numéro du plan national de numérotation (hors numéros courts, spéciaux, surtaxés ou support de services autres que de communications interpersonnelles tels que centres d'appels, serveurs d'informations vocales, plateformes de re-routage de communications téléphoniques ainsi que services se rémunérant directement ou indirectement par la durée des appels passés par l'Abonné) (...)* ».

b) Sur la définition de « communication interpersonnelle »

La société Free indique, dans sa réponse au questionnaire des rapporteurs, définir une communication interpersonnelle comme « *une communication entre deux personnes physiques ou morales, ne pouvant a priori résulter d'une relation commerciale* ». La société Free définit par ailleurs un service à valeur ajoutée comme « *un service rendu par une personne morale à un de ses clients, contre rémunération, que celle-ci soit directe (tarification de l'appel), forfaitaire (l'achat d'un bien donne le droit à appeler un service après vente) ou indirecte (publicité en ligne)* ». La société Free souligne que ses conditions contractuelles³ stipulent que les services à valeur ajoutée sont notamment « *les communications à destination de centres d'appels, de serveurs supports d'applications professionnelles (télépaiements, télé-relevés, télé-alarmes), de plateformes de re-routage de*

¹ Ce terme est introduit par Free dans sa réponse pour qualifier ses offres ayant une composante illimitée.

² Conditions spécifiques de l'offre de téléphonie Free, version datée du 1^{er} octobre 2010.

³ Conditions générales de vente du forfait freebox applicables à compter du 1^{er} octobre 2010 ; art. 1^{er}, « définitions ».

communications téléphoniques, vers des services consistant à fournir principalement des communications au public par voie électronique accessibles avec une ressource en numérotation (Serveurs d'information vocale, Serveurs vocaux interactifs...) ».

La société Free ajoute que contrairement à une communication interpersonnelle, un numéro de « services à valeur ajoutée met en œuvre des mécanismes de reversements de sommes financières, entre l'opérateur de boucle locale départ – opérateur facturier – et l'éditeur du service », de montants facturés aux abonnés appelants. Elle ajoute que ces reversements peuvent néanmoins être nuls. La société Free précise que pour ce type de communications, elle fournit un service d'acheminement des communications vers les services à valeur ajoutée « conjointement à l'application par Free d'un tarif choisi par l'opérateur interconnecté parmi ceux existants ».

Par ailleurs, la société Free indique distinguer ces deux types de communications selon les flux de trafic. Selon elle, les communications interpersonnelles sont caractérisées par des flux de trafic « en général relativement symétriques », contrairement aux communications vers un service à valeur ajoutée, pour lesquels les flux sont « en général asymétriques ».

2. Sur les pratiques d'exclusions

La société Free confirme exclure des numéros géographiques en 01 à 05 et non géographiques en 09 de ses « offres d'abondance ».

La société Free indique que « le critère principal d'exclusion des numéros réside dans la nature interpersonnelle ou non du trafic associé à ces numéros » et que « le critère d'exclusion secondaire repose sur la typologie du numéro ».

La société Free détaille la méthode d'exclusion qu'elle utilise. Cette méthode se fonde sur le principe énoncé précédemment relatif à l'asymétrie constatée du flux de trafic lorsqu'il s'agit de communications non interpersonnelles. La société Free indique ainsi utiliser « des algorithmes de mesure de trafic permettant d'établir sur chaque cycle de facturation les numéros à trafic le plus élevé mais ne générant pas de trafic entrant ». « En complément [de ces algorithmes] des opérations de collecte d'information via les publications annuelles (classification du numéro en numéro type « accueil »), sur les lieux de vente et de prospection auprès de fournisseurs SVA (sites internet, demandes d'information auprès des équipes de vente ...) afin de corroborer les informations récoltées ». Toutefois, elle n'a pas répondu sur la question du seuil de trafic retenu au-delà duquel elle exclut les numéros de ses offres illimitées, ni sur la manière précise dont les informations complémentaires interviennent dans le processus d'exclusion.

La société Free indique exclure au jour de sa réponse plus de 500 numéros géographiques ou non géographiques, dont la liste a été jointe à sa réponse, et précise qu'au jour de sa réponse « les procédures d'exclusions ne concernent que :

- l'accès indirect à des services téléphoniques en dehors des solutions nominales (sélection appel par appel, numéros Libre Appel...) tels que cartes téléphoniques, re-routage d'appels, plateformes de fax-mailing ;
- l'accès à des sites de rencontre pour adultes ;
- l'accès à des sites faisant appel à la crédulité humaine et aux arts divinatoires (voyances et autre) ;
- l'accès à des numéros des séries « Numéros Accueil » donnant lieu à reversement. »

3. Sur les tarifs pratiqués vers les numéros exclus

S'agissant des tarifs appliqués vers ces numéros exclus de ses « *offres d'abondance* », la société Free indique appliquer le palier le plus faible de l'offre relevant du service universel téléphonique, soit 8 centimes d'euros par appel TTC et 2,8 centimes d'euros par minute TTC en heure pleine. Elle ajoute considérer que le terme « surtaxé » n'est pas approprié pour décrire les tarifs de ces appels tarifés hors forfaits.

4. Sur l'information tarifaire apportée aux utilisateurs

La société Free fait part des mesures concernant l'information des utilisateurs finals.

D'une part, la société Free indique publier sur son site internet la liste exhaustive des numéros géographiques et non géographiques en 09 exclus de ses « *offres d'abondance* » : les abonnés ont accès à la liste qui est affichée sur l'outil de gestion en ligne dit de « console de gestion ». Les clients potentiels ont également accès à cette liste *via* la page de présentation des tarifs téléphoniques sur le site internet de la société Free⁴. La société Free indique que cette liste est mise à jour à chaque nouvelle exclusion ou réintégration de numéro, sans périodicité prédéfinie.

D'autre part, la société Free indique avoir mis en place un système d'information vocale, par lequel, lorsqu'un numéro est exclu, l'utilisateur appelant entend, en début de communication, un message vocal le prévenant que la communication sera facturée hors forfait avant d'être mis en relation avec l'appelé.

5. Sur les éléments de coûts avancés par Free

La société Free indique que les services à valeur ajoutée et en particulier ceux fournis par les « *carteurs* »⁵ consistent à fournir des services qui « *ne portent que sur des appels sortants, et ne comprennent pas des appels entrants* » et que « *l'accès à leurs services s'effectue en marge des solutions nominales, telles que la sélection du transporteur ou des numéros types 3BPQ* ».

La société Free ajoute que « *la collecte du trafic fait peser des charges supplémentaires par rapport aux communications personnelles (sic)*⁶ » ainsi que l'aurait reconnu l'Autorité « *pour valider la majoration appliquée par l'exploitant du service universel des cabines téléphoniques pour la majoration appliquée aux appels concernant les carteurs* ».

⁴ A l'adresse suivante : <http://www.free.fr/adsl/pages/telephone/tarifs-telephonie.html>; et plus précisément dans le fichier qui y figure, à l'adresse http://www.free.fr/pdf/07102010_SVA_geographiques.pdf.

⁵ Terme désignant des entreprises, généralement déclarées comme opérateurs fournissant un service téléphonique au public, commercialisant leurs services au moyen de cartes prépayées.

⁶ Bien qu'écrit tel quel dans la réponse de la société Free, le contexte permet de comprendre qu'il s'agit de « *communications interpersonnelles*. »

2) Eléments réunis dans le cadre d'autres mesures d'instruction

Divers éléments figurant au dossier d'instruction de la présente procédure (éléments transmis par des abonnés) corroborent les déclarations de la société Free, notamment :

- le fait que des appels vers des numéros géographiques sont facturés différemment, hors du forfait de l'offre d'abondance. A titre d'illustration, les services d'accueil sur numéros géographiques de sociétés telles Boursorama Banque ou Samsung font ou ont fait l'objet de traitements différenciés de la part de la société Free ;
- le fait que la société Free procède depuis quelques temps à une annonce⁷ en début d'appel indiquant un traitement tarifaire différent vers ces numéros.

En revanche, contrairement à la réponse de la société Free sur l'absence de plaintes clients, il ressort de l'instruction que certains utilisateurs finals abonnés aux offres « illimitées » de la société Free contestent le traitement différencié opéré par la société sur ces numéros, tant auprès de ses services commerciaux que des services de l'Autorité.

B. – Analyse

1. Sur l'information donnée aux utilisateurs en ce qui concerne la tarification des appels vers certains numéros

Il convient tout d'abord de relever que la liste des numéros exclus est publiée dans l'espace client alors que la tarification de ces appels est précisée dans la grille tarifaire disponible sur le site internet de la société Free⁸.

En outre, il convient de noter qu'un message d'information est effectivement diffusé, depuis quelques semaines, en début d'appel lorsqu'un client compose un numéro figurant sur la liste des numéros exclus.

Malgré ces évolutions, il ressort des éléments du dossier qu'il demeure difficile pour l'utilisateur final de connaître le périmètre de l'offre d'abondance non seulement avant et lors de sa souscription mais également après, et les tarifs qui seront appliqués aux communications vers les numéros exclus. En effet, les utilisateurs sont confrontés aux difficultés suivantes :

- la liste des numéros exclus est susceptible d'être mise à jour à tout moment, à chaque nouvelle exclusion ou réintégration de numéro, en théorie l'utilisateur final doit donc consulter cette liste lors de chaque nouvel appel car il n'est pas prévenu qu'un numéro déjà appelé a été réintégré. En cela, l'offre à laquelle il a souscrit peut avoir vu son périmètre de service téléphonique significativement modifié ;
- la liste des numéros exclus pouvant évoluer à tout moment, les abonnés au service téléphonique Freebox perdent la prévisibilité minimale sur le montant de leurs futures factures ;
- les exclusions sont fréquentes, nombreuses (plus de 500 numéros exclus à cette date), variables avec le temps et non prévisibles, tant pour les abonnés appelant ces numéros que pour les appelés ;
- l'information du numéro exclu et celle du tarif associé ne se situent pas au même endroit.

⁷ Ce message vocal indique précisément : « Attention, cet appel est payant. Reportez-vous à votre espace abonné pour connaître le tarif en fonction de votre abonnement. »

⁸ A l'adresse suivante : <http://www.free.fr/pdf/tarifs-mobiles-numeros-speciaux.pdf>

Trois conclusions en découlent caractérisant une insuffisance de transparence au regard du principe mentionné à l'article L. 33-1 du CPCE.

(1) Les abonnés de la société Free souscrivent à un forfait présenté comme « illimité » dont le périmètre varie dans le temps, de manière non prévisible par eux. Les mesures prises dernièrement par la société Free en matière de transparence tarifaire n'améliorent donc qu'imparfaitement la lisibilité de l'offre et la prévisibilité de la facture pour les souscripteurs d'un forfait dit « illimité ». Les informations données par Free dans ses conditions contractuelles, dans la mesure où elles ne permettent pas aux utilisateurs appelants de comprendre ce à quoi ils ont souscrit, peuvent être considérées comme insatisfaisantes.

(2) Les utilisateurs affectataires de numéros fixes géographiques ou non géographiques connaissent également une incertitude sur la manière dont sera qualifié leur numéro dans les offres de la société Free. Cela est en particulier vrai pour les entreprises, notamment pour des services visant l'exécution de la relation contractuelle, par exemple le service après-vente. Pour ces entreprises, les pratiques en cause peuvent avoir pour effet que les appels vers leurs numéros sont bloqués ou finalement surtaxés, au détriment du service rendu et de leur image, en porte-à-faux par rapport à leurs obligations de joignabilité issues des lois Chatel et LME⁹, et sans possibilité de réaction rapide ou de recours de leur part. Ainsi les abonnés de la société Free sont confrontés à une incohérence en matière d'information tarifaire sur des numéros géographiques ou non géographiques annoncés comme « non surtaxés » par leurs affectataires et dont les appels sont, dans la pratique, facturés en suppléments de leur forfait par la société Free.

(3) Un autre défaut de transparence découle de l'écart constaté entre, d'une part, l'information donnée au client sur le type de numéros susceptibles d'être ou non exclus, au travers de la définition précisée dans les documents contractuels de deux catégories de services fondée sur leur nature (« *interpersonnelle* » ou « *non interpersonnelle* ») et, d'autre part, la réalité des exclusions réellement effectuées qui s'appuient sur des critères différents, la méthode mise en œuvre pour identifier certains numéros fixes géographiques ou non géographiques comme « *non interpersonnels* » s'appuyant principalement sur des critères de volumétrie et d'asymétrie de trafic.

⁹ Le code de la consommation, tel que modifié par la loi « LME », prévoit désormais un article L. 135-5 selon lequel : « *Le numéro de téléphone destiné à recueillir l'appel d'un consommateur en vue d'obtenir la bonne exécution d'un contrat conclu avec un professionnel ou le traitement d'une réclamation ne peut pas être surtaxé. Il est indiqué dans le contrat et la correspondance.* »

Par son article 16, la loi du 3 janvier 2008 susvisée, dite loi « Chatel », a notamment été adoptée pour confier à l'Autorité la charge d'établir la liste de numéros non surtaxés :

« *L'autorité identifie, au sein du plan national de numérotation téléphonique, la liste des numéros ou blocs de numéros pouvant être surtaxés. Les numéros ou blocs de numéros qui ne figurent pas sur cette liste ne sont pas surtaxés.* ».

La décision n° 2008-0512 et la consultation publique de l'été 2009 sur les numéros commençant par 080 et 081 ont établi les critères de non surtaxation tels que l'absence de reversement sur le marché de gros supérieur à une terminaison d'appel fixe et l'inclusion au sein des offres d'abondance fixes et mobiles au même titre que les appels vers les autres ressources en numérotation fixe métropolitaine. Il en résulte que les numéros longs en Z=8 (à l'exception des 080) sont surtaxés, les numéros en Z=1 à 5 et Z=9 ne sont pas surtaxés.

2. Sur le traitement différencié des numéros en fonction des appelés, de leur qualité et de leur activité prévu par les conditions contractuelles de la société Free

Les éléments tirés de la réponse de Free aux demandes d'information des rapporteurs permettent de conclure que le périmètre des offres d'abondance commercialisées sous les marques Free et Alice est limité aux « *communications vocales interpersonnelles concernant les abonnés fixes d'opérateurs tiers en France métropolitaine (...) (hors numéros courts, spéciaux, surtaxés ou support de services autres que de communications interpersonnelles (...))* ».

Free précise dans ses conditions contractuelles le caractère « *interpersonnel* » des communications dont il exclut notamment les communications « *réalisées dans le cadre d'un service à valeur ajoutée* » et cite en exemple « *les appels vers des plates-formes de service (service d'information, conversationnel, jeux, adultes, passerelles de reroutage d'appels par carte ou non) accessibles au moyen de numéros dédiés géographiques, mobiles et non géographiques* ».

Cette définition apparaît discutable, en ce qu'elle repose sur une appréciation subjective et qu'elle ne permet pas aux utilisateurs appelants ou appelés de connaître ou de prévoir avec certitude et précision les numéros exclus. Les plaintes adressées par des utilisateurs aux services de l'Autorité et le contenu des échanges sur les forums internet, relatifs aux pratiques de la société Free, en témoignent.

Ainsi, de nombreux exemples de services sont susceptibles de satisfaire à la définition théorique mentionnée dans les conditions contractuelles ; à titre d'illustration :

- le service de fax que Free met à disposition de ses abonnés pour transformer un appel fax vers un courrier électronique et réciproquement ;
- le serveur vocal interactif d'un hôpital permettant de router l'appel directement vers la chambre d'un patient grâce à un dispositif de reconnaissance vocal de son nom ;
- les centres d'appels d'entreprises ou d'administrations ;
- le standard de n'importe quelle entreprise qui route l'appel vers le poste du correspondant souhaité ;
- le service d'accueil téléphonique auquel certaines professions médicales confient la gestion de leurs appels entrant pour ne pas être dérangé en consultation.

Cette ambiguïté est renforcée par la manière dont la société Free qualifie les services à valeur ajoutée dans la réponse apportée au questionnaire des rapporteurs : « *Un service à valeur ajoutée est un service rendu par une personne morale à un de ses clients, contre rémunération. Cette rémunération peut être directe (tarification de l'appel), forfaitaire (l'achat d'un bien donne droit à appeler un service après vente) ou indirecte (publicité en ligne).* »

Par ailleurs, l'emploi par la société Free des termes « *communications interpersonnelles* » et « *services à valeur ajoutée* », identiques à ceux figurant dans la décision n° 05-1085 susvisée, entretient la confusion dans la mesure où, dans sa décision, l'ARCEP se réfère moins à la nature des services acheminés, comme l'interprète la société Free, qu'aux différents modèles

d'interconnexion entre opérateurs et aux catégories de numéros correspondantes¹⁰. En effet, cette décision n'a pas la portée normative auprès des utilisateurs finals que Free semble lui prêter, en particulier sur leurs possibilités de recours à différents services ou sur l'utilisation qu'ils pourraient faire d'un numéro donné.

Cette différence de traitement entre numéros ne peut être justifiée objectivement par le coût d'acheminement de la communication au sein du réseau de la société Free puisque les règles d'interconnexion font que, hormis certaines exceptions traitées par la base de conservation des numéros, tous les flux à destination d'un numéro issus d'un même bloc de numéros EZ AB PQ commençant par Z=1 à 5 et 9 sont acheminés d'une manière techniquement identique – et donc à coût identique – de l'abonné vers le même opérateur et le même point de livraison du trafic.

En conclusion, il résulte de la pratique contractuelle examinée que pour un même bloc de numéros EZ AB PQ (unité d'attribution de numéro à un opérateur), la société Free met en place une tarification différenciée selon que le numéro joint est « *support de services non interpersonnels* » et / ou permet de joindre une plate-forme de service ou selon qu'il correspond, selon la définition retenue par la société Free, à une « *communication vocale interpersonnelle* ».

Il en ressort que les définitions retenues par Free dans ses conditions contractuelles la conduisent à opérer une discrimination, notamment tarifaire, en fonction de la nature du message et du type d'interlocuteur appelé (machine ou humain, plate-forme ou centre d'appels, fourniture d'informations ou conversation, caractère professionnel ou personnel par exemple), sans justification objective.

3. Sur la méthode d'exclusion mise en œuvre par la société Free

1. En ce qui concerne le respect du principe de neutralité au regard du message transmis

La société Free a indiqué que la méthode d'identification et de sélection des numéros à exclure est basée sur : « *Des algorithmes de mesures de trafic [qui] permettent d'établir sur chaque cycle de facturation les numéros à trafic le plus élevé mais ne générant aucun trafic entrant. En complément, des opérations de collecte d'information via les publications annuaires (classification du numéro en numéro type « accueil »), sur les lieux de vente et de prospection auprès de fournisseurs SVA (sites Internet, demandes d'information auprès des équipes de vente...) ont également lieu afin de corroborer les informations récoltées.* ». La société Free reconnaît donc ainsi, dans sa réponse au questionnaire adressé par les rapporteurs, que les algorithmes de volumétrie et d'asymétrie du trafic sont complétés par des vérifications sur la nature des services ou la qualité des appels.

Par ailleurs, en ce qui concerne les éventuelles réintégrations de numéros dans l'offre illimitée, la société Free précise que « *des numéros ont été réintégrés à la suite d'instructions visant à standardiser et à rationaliser les procédures d'exclusions qui ne concernent à ce jour que :*

¹⁰ Les numéros dits de « communications interpersonnelles » sont ceux mettant en œuvre un mécanisme d'interconnexion dite directe où l'opérateur d'arrivée vend une prestation de terminaison d'appel à l'opérateur appelant. Les numéros dits « de services à valeur ajoutée » sont ceux mettant en œuvre une interconnexion dite indirecte où l'opérateur d'arrivée rémunère l'opérateur de départ pour la prestation de départ d'appel et perçoit éventuellement un reversement sur les sommes facturées au détail à l'appelant.

- *l'accès indirect à des services téléphoniques en dehors des solutions nominales (sélection appel par appel, Numéros Libre Appel...) tels que cartes téléphoniques, re routage d'appels, plateformes de mailing ;*
- *l'accès à des sites de rencontre pour adultes ;*
- *l'accès à des sites faisant appel à la crédulité humaine et aux arts divinatoires (voyances et autre) ;*
- *l'accès à des numéros des séries « Numéros Accueil » donnant lieu à reversement».*

La société Free n'explicite donc ni les mécanismes de réintégration ni la liste et la quantité de numéros réintégrés mais semble indiquer que le mécanisme de réintégration fait bien intervenir la nature du service et n'est donc pas neutre au regard du message transmis.

Il ressort ainsi du dossier que cette méthode et ces critères conduisent à exclure près de 500 numéros menant à des contenus ou des interlocuteurs divers : au-delà de nombreux services de carteurs et de services adultes, de nombreux services clients sont concernés tels ceux des sociétés Ikea, Darty, Bouygues Telecom, NRJ mobile, Sofinco, Samsung, MACIF, MSA protection sociale de monde agricole et rural, Mutuelle des hospitaliers.

Ainsi, le dispositif global d'identification des numéros à exclure, tant pour l'exclusion de nouveaux numéros que pour la réintégration de numéros préalablement exclus, fait intervenir une vérification de la nature du service ou de la qualité des appelés et n'est donc pas neutre au regard du message transmis.

2. En ce qui concerne le traitement différencié dont font l'objet des appelés appartenant à la même « catégorie de services » définie par la société Free dans ses conditions contractuelles

La méthode mise en œuvre est susceptible de produire une liste de numéros différente de celle qui devrait l'être au regard des conditions contractuelles de la société Free. En particulier, elle peut traiter différemment des appelés qui appartiennent pourtant à une même catégorie de service selon une lecture contractuelle.

Ainsi, à titre d'illustration, il convient de relever que deux services de banques en ligne exploitant des numéros fixes géographiques ne sont pas traités de manière homogène par la société Free :

- un appel au numéro de Boursorama (01 46 09 49 49) est exclu de l'offre « illimitée » de Free alors que
- un appel au numéro de Crédit Agricole Paris Direct (01 44 73 19 19) ne l'est pas.

Autre exemple, l'opérateur fournisseur de services de téléphonie mobile NRJ mobile voit son numéro d'accès client (09 69 36 02 00) exclu de l'offre illimitée de la société Free, tandis que celui de l'opérateur fournisseur de services de téléphonie mobile Transatel (01 70 75 24 00), est inclus.

La mise en œuvre de la méthode d'exclusion conduit donc à un traitement différencié, de façon arbitraire, des entreprises utilisatrices des numéros, et cela tandis qu'elles font l'objet d'un même régime d'obligations de joignabilité, au titre de l'article L. 135-5 du code de la consommation susvisé (interdiction de recourir à des numéros surtaxés pour les services relatifs à la bonne exécution d'un contrat ou le traitement d'une réclamation).

Ainsi la société Free apparaît se référer dans sa méthode mise en œuvre, à une typologie de numéros à exclure différente de celle inscrite dans ses conditions contractuelles. Au sein d'une catégorie large et vague inscrite dans ses conditions contractuelles, la société Free apparaît donc au surplus user d'un pouvoir discrétionnaire d'exclusion de numéros de son offre illimitée, dans des conditions reposant sur une appréciation subjective et enfin non transparentes comme cela a pu être exposé précédemment.

4. Sur les justifications avancées par la société Free

Afin de justifier la pratique d'exclusions de numéros, la société Free invoque trois arguments de natures différentes :

- l'asymétrie du trafic (le fait que l'appelé n'émette pas ou peu d'appel) ;
- l'inadéquation du modèle d'interconnexion choisi avec la nature du service ;
- l'existence de charges spécifiques supplémentaires.

1. En ce qui concerne l'asymétrie du trafic

La société Free indique que cette asymétrie constitue d'une part une caractéristique leur permettant de distinguer les communications dites « *interpersonnelles* », « *en général symétriques* », des communications dites « *SVA* », « *en général asymétriques* » et d'autre part d'un critère majeur pris en compte par l'algorithme d'exclusion.

La société Free précise que cette asymétrie s'applique en particulier aux carteurs dont les « *services ne portent que sur des appels sortants, et ne comprennent pas d'appels entrants.* »

Ainsi, cette asymétrie serait susceptible d'avoir un impact sur le modèle économique de la société Free dans la mesure où les coûts de terminaison d'appel payés sur le trafic sortant ne sont pas compensés par les revenus de terminaison d'appel perçus sur le trafic entrant. L'exclusion de numéros à fort trafic et à forte asymétrie de trafic peut être interprétée comme un moyen de compenser, numéro par numéro, le déséquilibre économique des flux de terminaison d'appel, pour ceux des numéros dont les flux sont les plus importants. Autrement dit, la société Free a mis en place une majoration du tarif de détail de 7,8c€/par appel auxquels s'ajoutent 2,8c€/par minute en heures pleines¹¹ vers les numéros ayant un trafic asymétrique et à forte volumétrie.

En ce qui concerne la charge de terminaison d'appel, elle n'a vocation qu'à recouvrir le coût de la fourniture par l'opérateur de la prestation de terminaison d'appel sur son réseau. La décision d'analyse des marchés de la téléphonie fixe n° 2008-0896 susvisée précise que le tarif de terminaison d'appel de France Télécom est orienté vers les coûts d'un opérateur efficace et, pour un opérateur alternatif, non excessif par rapport aux coûts d'un opérateur efficace. La recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appel fixe et mobile dans l'Union européenne, que l'ARCEP prévoit de suivre lors du troisième cycle d'analyse des marchés de la téléphonie fixe (débutant en 2011) pose que le principe selon lequel cette prestation ne doit recouvrir que les coûts encourus par un opérateur générique pour fournir ladite prestation. Son considérant 8) précise notamment que les « *tarifs de terminaison d'appel réglementés doivent être ramenés [...] au niveau des coûts d'un opérateur efficace* ». Elle dispose en particulier que « *la*

¹¹ 7,8c€/ appel + 1,4c€/ minute en heure creuse.

comptabilisation des coûts [...] de la fourniture en gros des services de terminaison d'appel [...] doit permettre de recouvrer uniquement les coûts qui seraient évités si un service de terminaison d'appel en gros n'était plus fourni à des tiers », suggérant ainsi une orientation vers les coûts très stricte (vers les coûts incrémentaux de prestation du service). Ceci exclut une marge permettant de compenser le coût de la terminaison d'appel payé aux opérateurs tiers sur le trafic sortant.

Autrement dit, puisque les revenus issus de la charge de terminaison d'appel ne sont pas supposés générer de marge, leur absence (pour un trafic asymétrique exclusivement sortant) ne devrait pas réduire la marge d'un opérateur.

2. En ce qui concerne l'adéquation du modèle d'interconnexion utilisé avec la nature des appels ou la qualité des appelés

En faisant référence implicitement aux numéros de la forme 08AB, 3BPQ, 10YT, 116XYZ et 118XYZ, la société Free précise que le modèle d'interconnexion dite indirecte applicable aux numéros de services à valeur ajoutée¹² consiste « *en la fourniture par la société Free d'un service d'acheminement au départ des utilisateurs raccordés à son réseau [...] conjointement à l'application par la société Free d'un tarif choisi par l'opérateur interconnecté parmi ceux existants.* »

La société Free précise également que ce modèle s'applique lors de la mise en œuvre de mécanismes de reversements entre l'opérateur de boucle locale de l'appelant et l'éditeur de services appelé.

En ce qui concerne spécifiquement les carteurs, la société Free précise que contrairement aux autres éditeurs de services, ceux-ci ne doivent pas être assimilés à des utilisateurs finals mais à des fournisseurs de communications électroniques au public au même titre que les opérateurs de sélection ou de présélection du transporteur auxquels les opérateurs de boucle locale fournissent une prestation de départ d'appel.

Ainsi, en choisissant des numéros fixes géographiques ou non géographiques au lieu de numéros spécifiquement identifiés comme SVA dans le plan de numérotation, les éditeurs de services et les carteurs modifieraient le modèle économique de la société Free qui est alors obligée de payer une charge de terminaison d'appel alors qu'elle estime être en droit de percevoir un revenu de départ d'appel. L'exclusion de numéros pour lequel l'éditeur a, selon la société Free, choisi un modèle d'interconnexion inadéquat, peut être interprété comme un moyen de compenser, numéro par numéro, l'écart entre le départ d'appel non perçu et la terminaison d'appel payée pour ceux des numéros dont les flux sont les plus importants. Autrement dit, la société Free applique une majoration du tarif de détail de 7,8c€ par appel auxquels s'ajoutent 2,8c€ par minute en heures pleines¹³ aux services qui, selon la société Free, auraient dû mettre en œuvre une interconnexion indirecte au lieu d'une interconnexion directe.

De cette manière, la société Free, en tant qu'opérateur de boucle locale, entend préconiser le modèle d'interconnexion applicable pour chaque type de service et adopter des mesures correctives dès lors qu'il estime que le modèle d'interconnexion choisi et utilisé par un

¹² Tels que définis dans la décision n° 05-1085 susvisée.

¹³ 7,8c€/ appel + 1,4c€/ minute en heure creuse.

service donné n'est pas pertinent ou n'est pas favorable à la société Free. Une démarche compliquée compte tenu de la frontière ténue et évolutive – et pouvant même être franchie durant un même appel – entre « *communications interpersonnelles* » et « *services à valeur ajoutée* » au sens que souhaite leur donner la société Free.

Le choix du modèle économique d'interconnexion et du type de numéro correspondant relève en effet du choix de l'appelé et de l'opérateur qui lui fournit son numéro, sur la base des caractéristiques nécessaires au fonctionnement optimal de son activité ou du service qu'il souhaite le cas échéant offrir.

Ainsi, le modèle d'interconnexion indirecte apparaît en particulier pertinent lorsque l'appelé recherche explicitement l'une des caractéristiques suivantes :

- définir un prix de détail identique (potentiellement gratuit) depuis tous les opérateurs de boucle locale ;
- percevoir un reversement ;
- avoir une maîtrise forte et spécifique sur la qualité de service de bout en bout.

Le choix d'un modèle d'interconnexion indirecte est donc très fréquent dès lors que l'appelé entend, au travers du service téléphonique, fournir à l'appelant un service à valeur ajoutée. Il ne constitue cependant en aucun cas une obligation.

En ce qui concerne les numéros exclus, en choisissant un modèle d'interconnexion dite directe et un numéro correspondant de la forme Z=01 à 05 ou 09, l'opérateur appelé ne choisit pas explicitement le tarif de détail mais souhaite que les appels vers son numéro soient facturés de manière objective et non discriminatoire par rapport aux autres numéros de la même forme selon la structure et le niveau tarifaire de détail définie par l'opérateur de boucle locale de départ, ce qui n'est pas le cas chez la société Free.

En ce qui concerne les pratiques de reversement de revenus de terminaison d'appel, celles-ci constituent un détournement du fondement de cette prestation dont l'objet est de recouvrer les coûts liés à sa seule fourniture, comme cela est exposé dans la décision de l'Autorité n° 2008-0896 qui encadre les tarifs des prestations de terminaisons d'appel de tous les opérateurs, ainsi que dans la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne sur les terminaisons d'appel. De telles pratiques de reversement sont donc illégitimes et inéquitables.

Il convient de rappeler que l'encadrement tarifaire mis en place par la décision de l'Autorité n° 2008-0896 susvisée se borne à fixer des plafonds à ne pas dépasser, et qu'il relève du choix et de la responsabilité des acteurs de fixer leurs tarifs de terminaison d'appel à des niveaux inférieurs à ces plafonds le cas échéant.

Pour les cas où la société Free estime que de telles pratiques sont à l'origine de l'exclusion de certains numéros, il est rappelé que l'Autorité est compétente, pour statuer, s'il y a lieu, sur d'éventuels différends relatifs à ces marchés de gros, au titre de l'article L. 36-8 du CPCE. La société Free dispose ainsi de voies de droit lui permettant de limiter l'effet des pratiques qu'elle déplore, sans procéder aux traitements en cause.

Au regard de ces éléments tenant à l'adéquation entre le modèle d'interconnexion et la nature du service, la société Free n'établit pas de justification à une dérogation au principe de neutralité au regard des messages transmis.

3. En ce qui concerne l'existence de charges spécifiques supplémentaires

Afin de justifier l'existence de charges supplémentaires par rapport au trafic dit « *interpersonnel* », la société Free fait référence à la décision n° 2007-0213¹⁴ qui validerait « *la majoration appliquée par l'exploitant du service universel des cabines téléphoniques [...] aux appels concernant les carteurs.* »

La décision n° 2007-0213 n'a reconnu le principe d'une majoration que dans des conditions particulièrement spécifiques.

Elle ne s'applique qu'aux publiphones pour lesquels les coûts de l'infrastructure d'accès ne sont pas couverts par un abonnement d'accès, du fait de l'absence d'abonné, ce que vient compenser une surtaxe sur le trafic sortant.

Pour des raisons conjoncturelles, liées au développement, au départ des publiphones, de mécanismes de rappel automatique par lesquels l'appelant, client d'un fournisseur de services, compose un numéro, en général gratuit, lui permettant de joindre une plate-forme de services, laquelle identifie l'origine de l'appel et le rappelle automatiquement pour le mettre en relation, cette majoration a été étendue au trafic entrant.

En effet, ces pratiques visant à contourner la majoration sur le trafic sortant compromettent le modèle économique de la publiphonie et cette situation serait de nature à affecter un service qui, pour certains, est l'unique moyen d'accéder au service téléphonique. Ainsi que l'a précisé l'Autorité dans sa décision n° 2007-0213 susvisée, cette pratique est donc considérée comme déraisonnable.

Cette décision ne peut s'appliquer au cas des exclusions de numéros appliquées par la société Free puisque cette dernière facture, d'une part, un abonnement à ses clients permettant de recouvrer les coûts de l'infrastructure d'accès et, d'autre part, que l'usage mis en cause par la société Free est l'émission d'appel vers les carteurs et non la réception d'appel en leur provenance en tant que moyen de contourner une charge qui s'appliquerait sur l'émission d'appel.

Au regard des éléments recueillis, la société Free n'a pas fait la preuve de charges supplémentaires spécifiques aux numéros exclus. Autrement dit, à volume de trafic identique, rien n'indique que concentrer les appels vers un seul numéro soit plus coûteux pour la société Free que de les répartir équitablement entre les 10 000 numéros du bloc EZ AB PQ auquel il appartient.

Dans ces conditions, aucune charge spécifique supplémentaire proportionnée et étayée n'est démontrée par la société Free pour justifier une dérogation au principe de neutralité au regard des messages transmis.

¹⁴ Décision n° 2007-0213 de l'Autorité 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.

IV – Constat des manquements et mise en demeure

Au titre de l'article L. 32-1 du CPCE, l'Autorité est tenue de veiller :

« 5° Au respect par les opérateurs de communications électroniques du secret des correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis, ainsi que de la protection des données à caractère personnel ; [...] »

9° A l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs ; [...] »

12° A un niveau élevé de protection des consommateurs, grâce notamment à la fourniture d'informations claires, notamment par la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public ; »

L'Autorité veille à l'application des obligations des opérateurs prévues à l'article L. 33-1, et précisées aux articles D. 98-3 et suivants du CPCE.

Il ressort de l'instruction que la pratique de la société Free, consistant à appliquer une tarification différente à des appels vers certains numéros géographiques et non géographiques commençant par 09 en fonction de critères, qu'ils soient définis par la société Free dans ses conditions contractuelles ou mis en œuvre effectivement par elle, tenant à des considérations relatives à la nature du message ou à la qualité des appelés ou à la typologie du trafic attaché à ces numéros, entraîne d'importants défauts d'information des utilisateurs, sur le périmètre de l'offre souscrite et les tarifs associés à cette offre.

Il ressort également de l'instruction que le traitement différencié ainsi mis en œuvre par la société Free entraîne une discrimination entre utilisateurs en situation équivalente, sans justification objective. Cette pratique constitue un traitement non-neutre au regard des messages transmis sur le réseau et des informations liées aux communications.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de constater que la pratique de la société Free constitue un manquement aux dispositions des articles L. 33-1, D. 98-5 et D. 98-12 du CPCE, et de demander à la société Free de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'y conformer.

Décide :

Article 1^{er} - La société Free est mise en demeure de respecter les dispositions prévues aux articles L. 33-1, D. 98-5 et D. 98-12 du CPCE relatives d'une part à la neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications, et d'autre part à l'information, notamment sur les conditions contractuelles de fourniture du service, et la protection des utilisateurs.

Article 2 - La société Free devra justifier, avant le 7 janvier 2011, du respect des exigences prévues à l'article premier.

Article 3 - La présente décision sera notifiée à la société Free par le directeur des affaires juridiques de l'Autorité, ou son adjoint.

Fait à Paris, le 23 novembre 2010,

Le Directeur général

Philippe DISTLER