

Association Française de la Relation Client

www.afrc.org

Monsieur Eric Dadian

edadian@afrc.org

Etienne Drouard

Avocat au Barreau de Paris

etienne.drouard@klgates.com

T +33 1 58 44 15 12

F +33 1 58 44 15 01

M +33 6 07 83 33 81

Paris, le 6 juin 2019

Monsieur le Président,

Nous faisons suite à votre demande d'interprétation de la décision n°2018-0881 (ci-après, la « **Décision** ») rendue le 24 juillet 2018 par l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (« **ARCEP** »), établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion. Les entreprises membres de l'AFRC souhaitent ainsi identifier les répercussions sur leurs activités que pourrait entraîner la Décision et le projet de décision qui viendrait, face aux critiques survenues, amender cette dernière (le « **Projet** »).

Notre analyse vise à déterminer la validité juridique de cette Décision sur la relation client et sur la prospection par téléphone et par SMS. Nous décrivons également les conséquences immédiatement prévisibles de cette Décision pour les entreprises et pour les consommateurs (point 1 en page 3 et point 2.2 en page 6).

En synthèse (point 1 en page 3), la Décision de l'ARCEP élargit de manière erronée la définition légale d'un « automate d'appel » (partie 4 en page 15) afin de soumettre à un mécanisme de numérotation et d'identification obligatoires, de consentement préalable et d'interdiction, des dispositifs et des activités qui n'ont jamais relevé du régime des automates d'appel, depuis 34 ans qu'il existe. Puisque l'extension de ce régime interdirait purement et simplement aux centres de contact des entreprises françaises, d'émettre des appels ou d'envoyer des SMS à leurs clients ou prospects, son impact économique et social est aisé à anticiper.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire.

Bien cordialement,



Violaine Selosse
Avocate à la Cour



Joséphine Beaufour
Avocate à la Cour



Etienne Drouard
Avocat associé

Sommaire

1. SYNTHÈSE DE NOS ANALYSES ET RECOMMANDATIONS	3
2. PRÉSENTATION DE LA DÉCISION DE L'ARCEP ET DE SES IMPACTS PRÉVISIBLES.....	4
2.1 LA DÉCISION DE L'ARCEP ET LES DÉFINITIONS ASSOCIÉES	4
2.1.1 Les objectifs poursuivis par la Décision et le Projet de décision de l'ARCEP.....	4
2.1.2 Les autres définitions issues de la décision de l'ARCEP.....	4
2.2 DES CONSÉQUENCES NÉFASTES PRÉVISIBLES POUR LES ENTREPRISES ET POUR LES CONSOMMATEURS	6
2.2.1 Des conséquences néfastes pour les entreprises françaises.....	6
2.2.2 Des effets probablement contraires à l'objectif de protection des consommateurs.....	6
3. LES PRINCIPES DU PLAN DE NUMÉROTATION (HORS AUTOMATES D'APPEL).....	7
3.1 LES CONDITIONS D'AFFICHAGE D'UN NUMÉRO FRANÇAIS	7
3.2 LES RESTRICTIONS D'UTILISATION DES NUMÉROS TERRITORIALISÉS.....	9
3.2.1 Conditions particulières des numéros territorialisés.....	9
3.2.2 Conditions spécifiques d'utilisation des numéros géographiques	9
3.2.3 Les conditions d'utilisation des numéros non-géographiques	11
3.3 LES CONDITIONS PARTICULIÈRES ET SPÉCIFIQUES DES NUMÉROS SPÉCIAUX ET COURTS	12
3.3.1 Les conditions d'utilisation communes aux numéros spéciaux et courts	12
3.3.2 Conditions particulières d'utilisation des numéros spéciaux	13
3.3.1 Conditions particulières d'utilisation des numéros courts	14
4. UNE REDÉFINITION CONTESTABLE DES AUTOMATES D'APPEL PAR L'ARCEP	15
4.1 TOUTE AUTOMATISATION D'UN APPEL N'EST PAS UN AUTOMATE D'APPEL	15
4.1.1 Les différentes manières d'appeler un Destinataire	15
4.1.2 Observations préliminaires.....	16
4.1.3 L'ARCEP semble confondre la composition d'un numéro et une conversation	16
4.1.4 La position constante et actuelle des services de la CNIL.....	17
4.2 L'ARCEP VIOLE LES DÉFINITIONS EUROPÉENNE ET FRANÇAISE D'UN AUTOMATE D'APPEL	17
4.2.1 1985 : La première définition d'un automate d'appel par la DGT et par la CNIL	18
4.2.2 1997 : La Directive « Conso » 97/7 reprend la même définition.....	18
4.2.3 2002 : La Directive « ePrivacy » 2002/58 maintient la même définition	19
4.2.4 2004 : Transposition à l'article L.34-5 du CPCE	19
4.2.5 2009 : Prolongement par la Directive 2009/136.....	20
4.2.6 2014 : La loi « Hamon » renvoie aux services de communications électroniques	20
4.2.7 2017 : la Proposition de Règlement ePrivacy de la Commission européenne.....	20
4.2.8 Les débats européens en cours en 2019.....	21
4.3 UN SMS N'EST PAS (NON PLUS) UN AUTOMATE D'APPEL, MAIS UN COURRIER ÉLECTRONIQUE	21
4.3.1 Automates d'appel et courriers électroniques : des règles de fond différentes	21
4.3.2 Le SMS est un courrier électronique	22
5. LES CONSÉQUENCES DE L'UTILISATION D'UN AUTOMATE D'APPEL SELON L'ARCEP	23
5.1 LES NUMÉROS NE POUVANT PLUS ÊTRE UTILISÉS POUR DES AUTOMATES D'APPELS	23
5.2 LES NUMÉROS POUVANT ÊTRE UTILISÉS POUR DES AUTOMATES D'APPELS.....	23
5.2.1 Les numéros mobiles de longueur étendue et les numéros spéciaux et courts.....	23
5.2.2 Les numéros polyvalents authentifiés	24
5.2.3 Synthèse	24
5.3 DÉROGATIONS À L'APPLICATION DU RÉGIME SPÉCIAL	25

1. SYNTHÈSE DE NOS ANALYSES ET RECOMMANDATIONS

Contraire au droit européen et au droit français, la Décision de l'ARCEP établit une définition erronée des automates d'appel, pourtant claire et stable depuis 1985. En particulier, l'ARCEP assimile à tort la composition automatique d'un numéro de téléphone à un automate d'appel (points 4.1 et 4.2). Elle assimile également à tort l'envoi d'un SMS commercial au régime des automates d'appel (point 4.3). Ces erreurs de droit auraient, si elles n'étaient pas corrigées, un impact économique et anti-concurrentiel désastreux.

En effet, les restrictions que l'ARCEP entend appliquer à l'usage commercial des automates d'appel auront un effet contre-productif, anachronique et sont inefficaces à l'échelon français.

- **Contre-productif**, car en incitant les destinataires d'appels à ne plus décrocher lorsqu'ils verront s'afficher un numéro stigmatisé, réservé au démarchage téléphonique, l'ARCEP favorisera la répétition d'appels non décrochés et le sentiment de harcèlement des consommateurs. Contrairement à son objectif, la Décision de l'ARCEP fera donc sonner les téléphones encore plus souvent, aussi longtemps que les destinataires ne décrocheront pas. On voudrait créer un mécontentement social qu'on ne s'y prendrait pas mieux pour discréditer le démarchage téléphonique au lieu de le réguler efficacement.
- **Doublement anachronique**, puisque la Décision vise à prohiber l'utilisation de numéros géographiques par des automates d'appel commerciaux, alors même que les numéros actuellement dits « géographiques » (01, 02, ...) n'auront plus de rattachement géographique à partir de 2024. Cette décision est également anachronique, car la redéfinition complète de la prospection commerciale au niveau européen interviendra dans le cadre du prochain Règlement « e-Privacy », dont la discussion reprendra dès le mois d'octobre 2019.
- **Inefficace à l'échelon français**, puisque nul ne pourrait dire aujourd'hui si l'intégralité de la prospection téléphonique sera ou non soumise au consentement préalable des personnes, avec ou sans utilisation d'un automate d'appel, par le futur Règlement ePrivacy, actuellement en discussion devant le Conseil européen. Cependant, il serait forcément inutile et coûteux de tenter de refondre, au seul plan français et en violation du droit européen en vigueur, un régime qui s'apprête à être refondu dans les huit prochains mois au plan européen.

Notre recommandation sectorielle, au-delà des mesures qui peuvent être prises par les entreprises membres de l'AFRC sur le plan opérationnel et contractuel, consiste à contester juridiquement la Décision de l'ARCEP. En effet, la solidité des arguments juridiques de fond disponibles, ouvre des voies d'action qui dépassent les habituelles négociations subsidiaires avec les administrations, qu'elles soient indépendantes (l'ARCEP) ou gouvernementales (la DGCCRF).

Ainsi, une saisine du Conseil d'État pourrait être solidement étayée par des arguments de droit démontrant les erreurs d'interprétation de l'ARCEP. Un tel recours dissuaderait également l'ARCEP d'aller chercher secours auprès de la DGCCRF ou de la CNIL dans un domaine où ces administrations, même si elles trouvaient à s'allier, ne sauraient remettre en cause les définitions européenne et française régissant les automates d'appel - définitions dont la France - la CNIL - est d'ailleurs à l'origine en Europe depuis 1985.

2. PRÉSENTATION DE LA DÉCISION DE L'ARCEP ET DE SES IMPACTS PRÉVISIBLES

2.1 La Décision de l'ARCEP et les définitions associées

2.1.1 Les objectifs poursuivis par la Décision et le Projet de décision de l'ARCEP

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après, l'« **l'ARCEP** » ou « **l'Autorité** ») a rendu le 24 juillet 2018 une décision n°2018-0881 établissant le plan national de numérotation et ses règles de gestion (ci-après, la « **Décision** »). Cette Décision édicte une série de nouvelles règles de « *modernisation du cadre relatif à l'attribution et à l'utilisation des ressources de numérotation afin, notamment, de tenir compte de l'évolution des besoins des opérateurs et des utilisateurs finals et de répondre à certaines nouvelles problématiques rencontrées par ces acteurs* »¹. Les règles en découlant entreront pour la plupart en vigueur le 1^{er} août 2019.

Un projet de décision a également été publié par l'ARCEP le 25 avril 2019 afin de venir compléter et assouplir la Décision (ci-après, le « **Projet** »), visant notamment à l'assouplissement des contraintes géographiques. Ce Projet s'inscrit fait suite à une consultation publique qui s'est tenue du 17 mai au 20 juin 2018 pour interroger les opérateurs et les utilisateurs finals de numéros de téléphone sur les modalités d'un éventuel assouplissement de la structuration géographique des numéros géographiques. Le Projet n'aborde que les dispositions ayant évolués par rapport à la Décision.

Les objectifs poursuivis par l'ARCEP sont clairs et visent à :

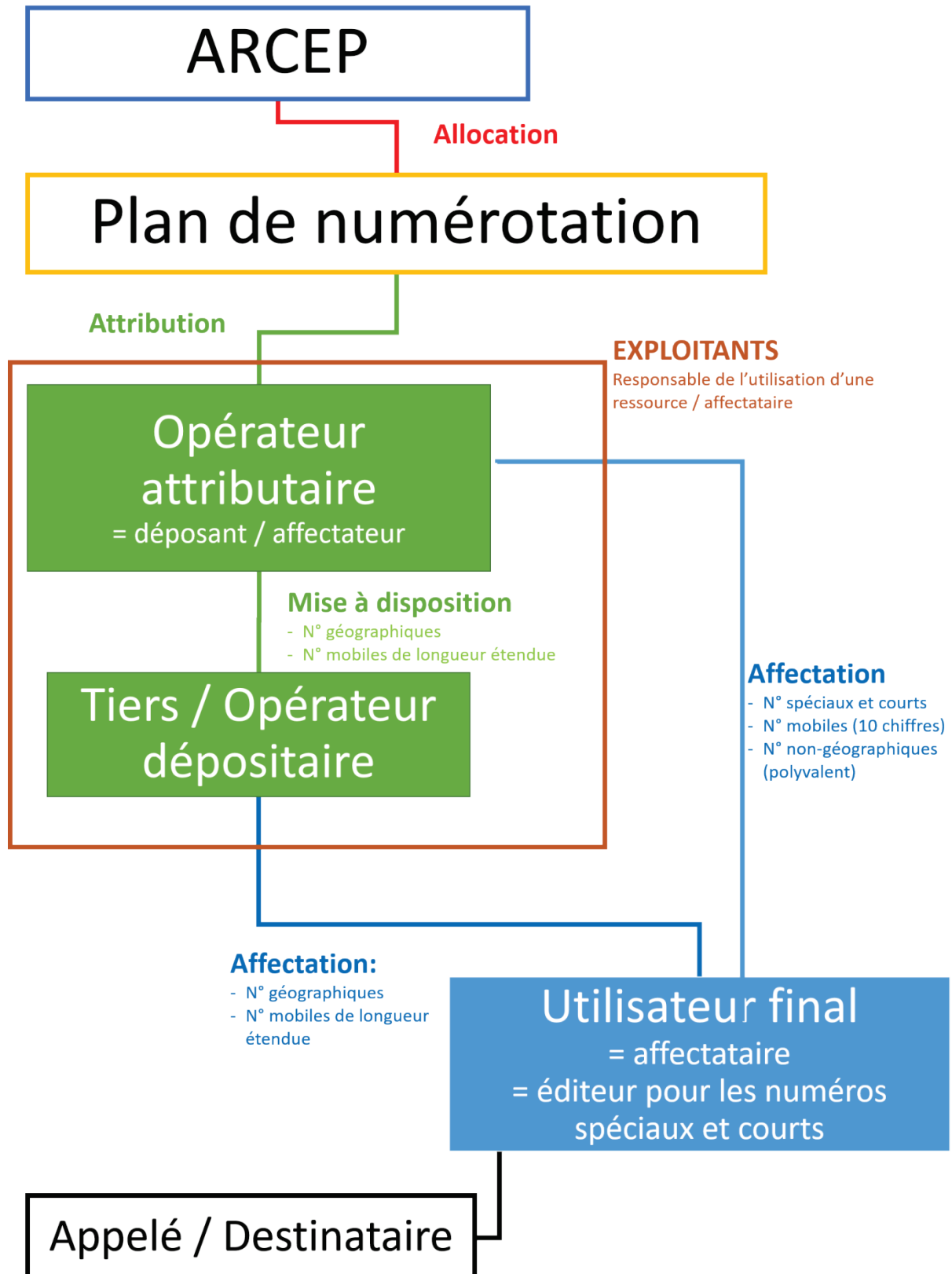
- « *Prévenir les pénuries et améliorer la gestion de la rareté des ressources en numérotation ;*
- *Simplifier, clarifier et améliorer les processus ;*
- *Protéger les utilisateurs des fraudes et des abus ;*
- *Encourager l'innovation ».*

L'ARCEP a pour ambition de protéger les Destinataires de nuisances résultant de la répétition des appels intempestifs de prospection commerciale. Ce faisant, l'ARCEP ne semble pas mesurer l'impact des nouvelles règles qu'elle met en place sur les acteurs de ce marché.

2.1.2 Les autres définitions issues de la décision de l'ARCEP

Le schéma ci-dessous récapitule les rôles et les définitions de chaque acteur de la chaîne, conformément à l'article 1.2 de la Décision, tel que modifié par le Projet.

¹ Article 2 de la Décision.



2.2 Des conséquences néfastes prévisibles pour les entreprises et pour les consommateurs

Les entreprises ayant une activité de prospection commerciale par téléphone ou par SMS, et plus largement une activité nécessitant d'entrer en contact avec un prospect ou un client (service après-vente, enquêtes de satisfaction, recouvrement...) ont, pour la plupart d'entre elles, recours à des centres d'appels internes ou externes qui utilisent ou mettent à leur disposition des solutions permettant la composition automatique, séquentielle ou parallèle de numéros d'une liste de Destinataires les mettant en relation avec un interlocuteur tiers, après avoir vérifié que l'appelé est disponible pour répondre. Ces solutions permettent d'optimiser le taux de contact et de décrochage des Destinataires d'un appel.

Soumettre la composition automatique d'un numéro de téléphone ainsi que l'envoi de SMS commerciaux, au régime des systèmes automatisés d'appel, est juridiquement erroné (point 4 ci-dessous en page 15) et pourrait avoir de lourdes conséquences.

2.2.1 Des conséquences néfastes pour les entreprises françaises

D'une part, il serait illusoire pour les entreprises d'espérer obtenir le consentement préalable et spécifique du Destinataire d'un appel issu, avant le décroché, de la composition automatique du numéro du Destinataire.

Depuis sa création en 1985 (point 4.2.1 ci-dessous en page 18), **l'exigence d'un tel consentement préalable** (explicite, libre, discrétionnaire, spécifique, préalable et informé, rétractable à tout moment), **a vocation à interdire purement et simplement les automates d'appels commerciaux délivrant des messages audio préenregistré** (vraie définition d'un automate d'appel).

L'extension d'une telle interdiction à la simple composition automatique d'un numéro de téléphone en vue d'établir une conversation de vive voix entre deux personnes, reviendrait à interdire tous les centres de contact recourant à des composeurs (« dialers ») automatiques ou à l'envoi de SMS (point 4.3 ci-dessous en page 21), d'émettre un appel ou un message auprès de leurs clients ou prospects.

D'autre part, en imposant l'utilisation d'un panel limité de numéros (en 09, numéros courts, ou 08), permettant au Destinataire d'identifier le caractère commercial d'un appel, la Décision aura pour effet de réduire le taux de décrochage téléphonique. L'économie de la prospection commerciale et donc celle des entreprises ayant une activité commerciale, pourrait fortement chuter, sans que la tranquillité des consommateurs ne soit améliorée.

2.2.2 Des effets probablement contraires à l'objectif de protection des consommateurs

Alors même que l'objectif de la Décision est de « *protéger les utilisateurs des fraudes et des abus* »², ses effets probables seront contraires à cette ambition, car :

- la grande majorité de la prospection téléphonique passe par des solutions de composeurs prédictifs,

² Article 3 de la Décision.

- les appels passés via de telles solutions devront dorénavant afficher des numéros avec une racine bien spécifique, non géographique, de sorte à ce que le caractère commercial de l'appel soit décelé par les Destinataires,
- ces derniers ne décrocheront plus.

En conséquence, les composeurs prédictifs, lorsqu'ils identifieront un répondeur téléphonique du Destinataire, raccrocheront sans laisser de message et le rappelleront ultérieurement.

S'ensuivra un phénomène de harcèlement accru des lignes téléphoniques des Destinataires ne répondant plus à l'affichage d'un numéro de nature commerciale. Tant qu'un Destinataire n'aura pas décroché et manifesté son opposition à être appelé, le composeur prédictif continuera de le rappeler, conformément aux instructions du Donneur d'Ordres.

Il est possible pour l'ARCEP d'adopter son plan de numérotation applicable aux automates d'appel, sans néanmoins retenir une définition extensive et erronée d'un automate d'appel, qui ne générera que défiance, inefficacité et effets contraires à l'objectif recherché.

3. LES PRINCIPES DU PLAN DE NUMÉROTATION (HORS AUTOMATES D'APPEL)

Nous décrivons dans cette partie 3 le plan de numérotation prévu par la Décision de l'ARCEP. Nous avons exclu volontairement le régime spécifique des automates d'appels et d'émission de SMS/MMS retenu par la Décision (même s'il est au cœur de notre analyse), que nous détaillons au point 4 ci-dessous en page 15.

Le plan de numérotation prévoit d'abord des conditions générales d'utilisation des numéros qui régissent, sauf dérogation, tout type de numéro de téléphone. Par ailleurs, des conditions particulières régissent les catégories de numéros suivantes :

- numéros territorialisés ;
- numéros spéciaux et courts ; et
- numéros techniques.

Chacune de ces catégories contient des sous-catégories de numéros, elles-mêmes régies par des conditions spécifiques, lesquelles peuvent déroger aux conditions générales ou particulières.

Ainsi, chaque numéro de téléphone est susceptible d'être soumis à ces trois strates de conditions d'utilisation.

Nous analyserons d'abord les conditions générales d'affichage d'un numéro français en tant qu'identifiant de la ligne appelante (point 3.1 ci-dessous), avant d'envisager les conditions spécifiques des numéros géographiques et non géographiques de façon plus approfondie (point 3.2 ci-dessous en page 9), qui cristallisent les modifications apportées par la Décision.

3.1 Les conditions d'affichage d'un numéro français

L'affichage d'un numéro français en tant qu'identifiant d'appel est subordonné à six conditions générales, prévues aux articles 2.2.2. a) et 2.2.2. b) de la Décision et du Projet.

L'article 2.2.2. a), « Conditions d'utilisation », indique que le numéro de téléphone affiché doit :

- Être conforme au plan de numérotation ARCEP ;
- Être issu d'une allocation par l'ARCEP ;
- Avoir fait l'objet d'une attribution par l'ARCEP et d'une affectation à un utilisateur ;
- Permettre de rappeler l'utilisateur à l'origine de l'appel ou du message / son organisation ; et
- Si l'affectataire du numéro est distinct de la personne utilisant ce numéro comme identifiant d'appelant / d'émetteur, cet affectataire doit avoir préalablement autorisé l'utilisateur à s'en servir.

L'article 2.2.2. b) « Condition de territorialité », prévoit que l'appel ou SMS/MMS ne peut être émis par des utilisateurs finaux localisés hors du territoire français ou acheminés au travers d'une connexion internationale, sauf si l'opérateur exploitant le numéro utilisé peut garantir, appel par appel et message par message, le respect des conditions prévues à l'article 2.2.2.a).

L'ARCEP recommande également aux opérateurs qui permettent à leurs clients de modifier l'identifiant d'appelant ou d'émetteur du message, de prendre les précautions suivantes :

- s'assurer contractuellement et techniquement que le numéro choisi en tant qu'identifiant d'appelant ou d'émetteur par un utilisateur final a bien fait l'objet d'un accord préalable de l'affectataire ;
- être en mesure, contractuellement et techniquement, d'exiger à tout moment de l'utilisateur final appelant ou émetteur qu'il dispose toujours de l'autorisation de l'affectataire du numéro pour l'utiliser en tant qu'identifiant d'appelant ou d'émetteur ;
- être en mesure, contractuellement et techniquement, de suspendre sans délai le service permettant la modification de l'identifiant d'appelant ou d'émetteur aux utilisateurs finals qui ne respecteraient pas les conditions ci-dessus (articles 2.2.2 a) et b).

Ces conditions générales ont pour ambition d'établir une confiance chez les utilisateurs, compte tenu du constat par l'ARCEP de nombreuses pratiques frauduleuses ou abusives. Elles visent principalement :

- les campagnes de prospection téléphonique non sollicitées ;
- les arnaques incitant les utilisateurs à rappeler des numéros surtaxés ;
- une inflation des tarifs des services de renseignements téléphoniques fournis à partir des numéros de la forme 118 XYZ ; et
- l'utilisation injustifiée de numéros téléphoniques comme identifiant d'appelant.

En pratique, ces règles ne refondent pas totalement ce qui était en place auparavant, mais tendent à renforcer la traçabilité des appels.

Il s'agira pour les entreprises recourant à des automates d'appel à des fins de démarchage téléphonique de mettre en place des moyens techniques et contractuels leur permettant de démontrer la « chaîne d'identification » pour l'utilisation du numéro de téléphone appelant et d'effectuer auprès de leurs Donneurs d'Ordres un rappel des règles applicables, par voie de note d'information ou par le biais d'avenants contractuels, selon ce qui semble nécessaire ou opportun.

3.2 Les restrictions d'utilisation des numéros territorialisés

Les numéros territorialisés sont rattachés spécifiquement et exclusivement à un territoire. En dehors des numéros géographiques, le territoire considéré sera spécifiquement la France métropolitaine. Les numéros territorialisés sont composés des catégories de numéros suivantes :

- Numéros géographiques ;
- Numéros mobiles ;
- Numéros mobiles de longueur étendue ;
- Numéros non-géographiques (ou, désormais, polyvalents).

Nous abordons ici les conditions particulières d'utilisation de numéros territorialisés (point 3.2.1 ci-dessous), puis nous décrivons les conditions spécifiques d'utilisation des numéros géographiques (point 3.2.2 ci-dessous) et non-géographiques (point 3.2.3 ci-dessous en page 11), qui seraient désormais dénommés « numéros polyvalents ».

3.2.1 Conditions particulières des numéros territorialisés

Les numéros territorialisés comportent 10 chiffres lorsqu'ils sont inscrits au format national. Ils ne peuvent être affectés par l'opérateur qu'à un utilisateur final résidant habituellement ou temporairement dans le territoire géographique français correspondant à ce numéro ou justifiant de liens stables impliquant une présence fréquente et significative dans ce territoire (conformément aux conditions spécifiques de chaque catégorie).

Lorsque l'utilisateur ne remplit plus ces critères, l'opérateur est tenu de lui retirer le droit d'utiliser ce numéro. En outre, le ou les points d'interconnexion pertinents proposés par l'opérateur exploitant les numéros territorialisés, pour acheminer les communications vers ces numéros, doivent être situés dans le territoire correspondant à ce numéro (cf les conditions spécifiques).

3.2.2 Conditions spécifiques d'utilisation des numéros géographiques

- (a) L'usage d'un numéro géographique nécessite d'être implanté dans la zone concernée

La structuration des numéros géographiques sur le territoire métropolitain repose actuellement sur une hiérarchie à trois niveaux, héritée du Réseau Téléphonique Commuté :

- les « Zones » (0Z) ;
- les « Régions » (OZAB) ; et

- les « Zones de Numérotation Élémentaire » (ZNE) (0ZABPQ).

Les opérateurs étaient auparavant tenus de refuser les demandes de conservation des numéros fixes lorsque celles-ci ne respectent pas les contraintes géographiques prévues par le plan de numérotation. L'ancienne formulation prévoyait que les clients devaient être implantés dans la ZEN associée au bloc ZABPQ dans la décision d'attribution.

La Décision prévoit désormais que les numéros géographiques doivent être affectés à des utilisateurs finaux implantés dans la Zone de Numérotation Élémentaire à laquelle ils sont alloués par l'ARCEP (blocs 0ZABPQ).

Il n'y a donc aucune modification sur le fond : une implantation de l'utilisateur final dans la ZNE cible est nécessaire afin de pouvoir faire apparaître le numéro géographique souhaité en tant qu'identifiant d'appelant. Cependant, le Projet envisage un assouplissement de cette règle pour aboutir, au 1^{er} janvier 2024, à la suppression des numéros géographiques.

(b) À terme, la suppression envisagée des numéros géographiques

Dans le cadre de la consultation publique qui s'est tenue du 17 mai au 20 juin 2018 sur le Projet de Décision, il était apparu que les acteurs du marché souhaitaient majoritairement un assouplissement de la structuration géographique des numéros géographiques dans le cadre de travaux ultérieurs. Cette demande résultait principalement d'un besoin exprimé par les clients finals. En pratique, cette règle les empêchait en effet de conserver leur numéro géographique lors d'un déménagement hors ZNE.

Un assouplissement était également demandé par le marché des entreprises et des professionnels, bien que certains opérateurs aient signalé une complexité particulière de mise en œuvre d'une telle mesure.

L'ARCEP a ainsi décidé de prévoir un assouplissement progressif.

Le Projet de l'ARCEP prévoit, en son article 4.4 que, dans un premier temps, le périmètre géographique sur lequel les utilisateurs pourront conserver leur numéro géographique en cas de déménagement sera étendu.

- A partir du 1^{er} janvier 2020, l'opérateur ne sera plus tenu de retirer à l'utilisateur final affectataire le droit d'utiliser un numéro géographique tant qu'il restera implanté dans la Zone pour laquelle le numéro est alloué (0Z).
- Dans un second temps, les numéros géographiques seront transformés en numéros polyvalents (voir point 3.2.3 ci-dessous), rattachés au seul territoire dont ils sont issus. Selon l'exemple donné dans le Projet, les numéros géographiques de la ZNE d'Albertville, rattachée à la zone Sud-Est (04), seront ainsi transformés en numéros polyvalents du territoire métropolitain.
- L'affectation initiale des numéros ne sera plus soumise à des contraintes géographiques à compter du 1^{er} janvier 2023.

Ce changement, s'il devient effectif, devrait s'avérer à terme bénéfique dans la mesure où l'utilisation de ces numéros ne sera plus soumise à une condition d'implantation. En effet, le Projet précise que *« cette évolution des contraintes géographiques se traduit par la suppression d'une interdiction sans entraîner d'obligation nouvelle pour les opérateurs. Elle peut s'appliquer sur toute technologie d'accès commercialisée par les opérateurs et sur tout segment du marché »*.

3.2.3 Les conditions d'utilisation des numéros non-géographiques

(a) Les numéros débutant par 09

Dans la Décision, l'ARCEP présente des conditions spécifiques propres aux numéros non géographiques. Pour la France métropolitaine, cette appellation désigne les numéros débutant par 09, qui ont vocation à être utilisés pour la fourniture au public d'un service téléphonique ou de messagerie SMS/MMS. Les numéros sont alloués sans restriction pour l'ensemble du territoire.

L'utilisation de ces numéros fait ainsi l'objet de peu de restrictions. Le régime a toutefois été largement revu par le Projet. Le nouveau régime anticipé est détaillé ci-dessous.

(b) Les numéros polyvalents, authentifiés ou non

Un numéro non géographique se définit comme un *« numéro du plan national de numérotation qui n'est pas un numéro géographique, tel que les numéros mobiles, les numéros d'appels gratuits et les numéros à taux majorés »*³.

Or, le plan français de numérotation téléphonique désigne sous la catégorie de numéros *« non géographiques »* la seule catégorie des numéros commençant par 09. Par conséquent, et afin d'éviter toute ambiguïté, le Projet prévoit de renommer les *« numéros non géographiques »* français en **« numéros polyvalents »**. Ce nom - qui permet de sortir des définitions européennes - reflète le fait que cette catégorie de numéros présente actuellement les conditions d'utilisation les moins restrictives, et peut être utilisée pour une vaste gamme de services différents.

Parmi les numéros polyvalents, l'ARCEP prévoit une expérimentation en se fondant sur le rapport du groupe de travail *« Démarchage téléphonique »* du Conseil National de la Consommation (**« CNC »**), adopté le 22 février 2019. Ce rapport relève les difficultés pour faire respecter les obligations applicables au démarchage téléphonique du fait de la possibilité de modifier le numéro utilisé comme identifiant d'appelant.

Ainsi, et eu égard à l'objectif de l'ARCEP de protection des consommateurs, l'ARCEP crée une catégorie pilote de **« numéros polyvalents authentifiés »** commençant par 0901 à 0909.

Ces numéros pourront être utilisés dès lors que les opérateurs respectent les obligations suivantes :

³ Article 2 de la Directive (UE) 2018/1972 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen.

- Obligation pour les opérateurs exploitant des numéros polyvalents authentifiés de mettre à disposition des autres opérateurs un mécanisme leur permettant de s'assurer en temps réel et de façon automatisée, appel par appel et message par message, que les conditions d'utilisation définies au 2.2.2a) de l'annexe 1 de la décision n°2018-0881 modifiée pour l'utilisation de ces numéros polyvalents authentifiés en tant qu'identifiant d'appelant sont respectées. Ce mécanisme doit permettre en particulier de vérifier que l'utilisation d'un numéro polyvalent authentifié a reçu l'accord explicite de l'affectataire dudit numéro pour être utilisé en tant qu'identifiant d'appelant dans chaque appel ou message où il apparaît ;
- Obligations pour les opérateurs qui permettent à leurs utilisateurs finals de présenter un numéro polyvalent authentifié en tant qu'identifiant d'appelant pour émettre des appels ou messages de vérifier, pour chaque appel ou message émis, en utilisant le mécanisme de vérification mis à disposition par l'opérateur exploitant ce numéro polyvalent authentifié, afin d'assurer que l'affectataire dudit numéro a effectivement donné son accord pour une telle utilisation. Dans le cas contraire, l'opérateur ne doit pas permettre à l'utilisateur final d'émettre un appel ou un message en utilisant ce numéro comme identifiant d'appelant, même si le masquage de l'identifiant de l'appelant est appliqué à cet appel ou ce message.

L'ARCEP recommande également aux opérateurs de prendre les mesures techniques et contractuelles nécessaires pour leur permettre d'interrompre l'acheminement des appels ou messages cheminant sur leur réseau lorsqu'ils ne sont pas en mesure de confirmer que l'affectataire du numéro a effectivement donné son accord pour une telle utilisation, y compris lorsque le masquage est utilisé.

Compte-tenu du caractère expérimental de ces numéros, ils ne pourront être attribués pour une durée allant au-delà du 31 décembre 2019. Le Projet prévoit expressément que « *le caractère pilote de cette catégorie de numéros n'empêche pas son utilisation pour la fourniture de services commerciaux à des utilisateurs finals* » et qu'ils pourront être utilisés comme identifiant de l'appelant présenté à l'appelé pour des appels ou des messages émis par des systèmes automatisés d'appel et d'envoi de messages SMS/MMS.

Il conviendra de rester attentif au développement de ce projet pilote, qui aura une incidence sur les numéros que les entreprises pourront utiliser pour leurs activités.

3.3 Les conditions particulières et spécifiques des numéros spéciaux et courts

Les numéros spéciaux et courts comprennent 13 sous-catégories, dont chacune est soumise à des conditions spécifiques. Nous n'abordons ici que les conditions particulières d'utilisation, de façon assez succincte, dans la mesure où la Décision et le Projet modifient peu le régime actuel de ces numéros.

3.3.1 Les conditions d'utilisation communes aux numéros spéciaux et courts

Les numéros spéciaux et courts sont rattachés globalement à l'ensemble des territoires. Ils doivent être accessibles depuis chacun des territoires français, conformément à l'article L. 44-2 du CPCE.

Tout opérateur contrôlant l'accès aux utilisateurs finals appelés fait droit aux demandes raisonnables des opérateurs exploitants des numéros courts et spéciaux, visant à rendre ces numéros accessibles depuis leurs réseaux dans les conditions prévues par la décision n° 2007-0213 de l'ARCEP⁴.

Sauf dérogation dans les dispositions spécifiques, un numéro spécial ou court ne peut être affecté par un opérateur qu'à un éditeur établi au sein de l'Espace Économique Européen ou d'un pays membre de l'Association Européenne de Libre Échange⁵.

Avant toute affectation à un éditeur, l'opérateur attributaire est ainsi responsable de s'assurer que l'éditeur répond à cette condition géographique.

Les numéros spéciaux et courts peuvent être utilisés comme identifiant de l'appelant pour des appels **ou des messages SMS/MMS** émis par des utilisateurs finals localisés hors de France ou acheminés au travers d'une interconnexion internationale entrante.

Chaque numéro spécial ou court est associé à l'une des trois structures tarifaires de détail, appliquée de manière identique au départ de tous les opérateurs nationaux.

- (a) Tarification gratuite : Les appels vers les numéros à tarification gratuite ne font l'objet d'aucune facturation à l'appelant.
- (b) Tarification banalisée : Les appels 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 ou polyvalents du territoire sur lequel se situe l'appelant.
- (c) Tarification majorée : Les appels sont facturés à l'appelant sur la base d'une structure à deux composantes :
 - une composante « C » dont la tarification est banalisée ; et
 - une composante « S » dont le tarif hors TVA et les modalités de facturation sont identiques quel que soit l'opérateur, pour un numéro donné. Le plafond tarifaire applicable est exprimé hors TVA. De plus, S doit avoir été facturé exclusivement à l'acte ou à la seconde dès la première seconde sans charge d'établissement d'appel, et être indépendante de l'heure ou du jour auxquels l'appel est émis.

3.3.2 Conditions particulières d'utilisation des numéros spéciaux

Par dérogation aux conditions générales, certains numéros spéciaux sont susceptibles de ne pas être accessibles depuis l'international en raison des risques des fraudes que peut induire leur tarification. Depuis l'étranger, il faut recourir au format international (+33).

⁴ Décision n° 07-0213 de l'ARCEP 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

⁵ Article 2.4.2 b) du Projet.

Les utilisateurs finals présents sur le territoire français peuvent joindre n'importe quel numéro spécial en utilisant le format national de numérotation à 10 chiffres.

3.3.1 Conditions particulières d'utilisation des numéros courts

Par dérogation aux conditions générales, les numéros courts peuvent ne pas être accessibles depuis l'international, dans la mesure où ils n'existent pas dans le plan de numérotage mondial défini par la recommandation E. 164 de l'UIT.

Les utilisateurs finals présents sur le territoire français peuvent joindre n'importe quel numéro court en utilisant exclusivement le format national de numérotation (premier chiffre différent de « 0 »). La longueur des numéros courts est définie dans leurs conditions spécifiques. Les numéros courts sont attribués à l'unité. Leur régime n'a pas fait l'objet de grandes modifications par la Décision de l'ARCEP.

4. UNE REDÉFINITION CONTESTABLE DES AUTOMATES D'APPEL PAR L'ARCEP

4.1 Toute automatisation d'un appel n'est pas un automate d'appel

L'ARCEP estime à tort que toute automatisation de l'émission d'un appel ou de l'envoi d'un SMS, relèverait du régime des automates d'appel. La définition d'un automate d'appel en droit européen et en droit français n'inclut cependant pas la composition automatique d'un numéro de téléphone, ni l'envoi d'un SMS, contrairement à ce que la Décision prétend instaurer.

Avant d'analyser en détail l'interprétation erronée de l'ARCEP, il nous semble important de séquencer les différentes phases d'un appel téléphonique, de la composition du numéro appelé jusqu'à l'appel téléphonique lui-même, une fois le téléphone décroché. Cela permettra de clarifier ce qui relève du régime juridique des automates d'appel et ce qui n'en relève pas.

4.1.1 Les différentes manières d'appeler un Destinataire

(a) Hypothèse n°1 : composition manuelle et conversation humaine

Avant l'appel	- <u>Composition manuelle</u> du numéro de téléphone du Destinataire et ; - Le téléphone sonne.
Pendant l'appel	- L'appel est décroché par la ligne téléphonique du Destinataire et permet ; - <u>Une conversation de vive voix</u> entre un téléopérateur et le Destinataire.

(b) Hypothèse n°2 : composition automatique et conversation humaine

Avant l'appel	- <u>Composition automatique</u> du numéro de téléphone du Destinataire et ; - Le téléphone sonne.
Pendant l'appel	- L'appel est décroché par la ligne téléphonique du Destinataire et permet ; - <u>Une conversation de vive voix</u> entre un téléopérateur et le Destinataire.

(c) Hypothèse n°3 : composition automatique et message préenregistré

Avant l'appel	- <u>Composition automatique</u> du numéro de téléphone du Destinataire et ; - Le téléphone sonne.
Pendant l'appel	- L'appel est décroché par la ligne téléphonique du Destinataire et permet ; - <u>La délivrance automatisée d'un message</u> audio ne permettant pas à un Destinataire d'avoir immédiatement une conversation téléphonique avec une personne physique

(d) Hypothèse n°4 : composition manuelle et message préenregistré

Avant l'appel	- <u>Composition manuelle</u> du numéro de téléphone du Destinataire et ; - Le téléphone sonne.
Pendant l'appel	- L'appel est décroché par la ligne téléphonique du Destinataire et permet ; - <u>La délivrance automatisée d'un message</u> audio ne permettant pas à un Destinataire d'avoir immédiatement une conversation téléphonique avec une personne physique

4.1.2 Observations préliminaires

Il convient d'exclure d'ores et déjà du champ de la définition d'automate d'appel :

- l'Hypothèse n°1, car aucun système automatisé n'intervient dans la prise de contact avec le Destinataire, ni même dans la composition (manuelle) du numéro appelé, pas plus que dans la transmission d'un message audio (conversation directe entre personnes physiques) ; et
- l'Hypothèse n°4, qui est quasiment fictive puisqu'en pratique aucune entreprise ne fait composer manuellement par ses salariés les numéros de téléphone d'une masse de Destinataires, pour leur délivrer automatiquement un message préenregistré.

L'enjeu de la qualification d'automate d'appel se concentre sur les Hypothèses n°2 et 3 décrites aux points 4.1.1(b) et 4.1.1(c) ci-dessus en page 15.

4.1.3 L'ARCEP semble confondre la composition d'un numéro et une conversation

La Décision et le Projet définissent « les systèmes automatisés d'appel et d'envoi de messages SMS/MMS » comme des « *systèmes émettant des appels ou des SMS/MMS de manière automatique vers plusieurs destinataires conformément aux instructions établies pour ce système* ».

Cette définition « fourre-tout » ne permet pas de déterminer clairement si est visée :

- la façon dont est composé le numéro de téléphone (automatique ou non), ou
- la nature du message transmis au Destinataire (préenregistré ou de vive voix), ou
- les deux à la fois.

Néanmoins, l'article 7.5 de la Décision fournit quatre exemples d'utilisation de systèmes automatisés d'appel et d'envoi de messages SMS/MMS. Selon l'ARCEP, ces systèmes sont notamment utilisés pour :

- « *effectuer des tentatives d'appels de très courte durée afin qu'un numéro spécifique s'affiche dans l'historique des appels manqués de l'appelé et qu'il soit rappelé par ce dernier* » ;
- « *diffuser un message préenregistré à l'appelé lorsqu'il décroche ou l'enregistrer sur la messagerie vocale de l'appelé en cas de non réponse* » ;
- « *diffuser un message textuel prédéfini aux destinataires par SMS/MMS* », ou encore pour ;
- « *composer automatiquement, séquentiellement ou parallèlement, les numéros d'une liste de destinataires et les mettre en relation avec un interlocuteur tiers après avoir vérifié que l'appelé est disponible pour répondre* ».

Ainsi, selon l'ARCEP, il importe peu que le Destinataire ait été mis en relation avec une personne physique (avec laquelle il peut converser) : si la composition du numéro est automatisée ou prédictive, l'ARCEP estime qu'il s'agirait d'un système automatisé d'appel soumis au consentement préalable des personnes.

Cette interprétation est erronée au regard de la définition législative d'un automate d'appel, qui est caractérisée par la délivrance d'un message préenregistré, peu important la manière de composer le numéro de téléphone du Destinataire jusqu'au décroché.

Un raisonnement par l'absurde démontrerait aisément que l'approche de l'ARCEP est erronée sur ce seul point. Ainsi, le fait pour quiconque de créer un « favori » ou un « raccourci » pour composer automatiquement le numéro de téléphone d'un Destinataire, n'est pas juridiquement un automate d'appel, n'est pas soumis au consentement du Destinataire (sinon, qui l'aurait-il déjà sollicité puis obtenu ?) et ne met en rien en jeu le droit du Destinataire à la tranquillité.

Plus surprenant encore, l'ARCEP considère également comme un automate d'appel la simple tentative d'appel « de très courte durée » alors même qu'aucun message n'est laissé au Destinataire. Or, un appel, même court, n'est qu'un « appel » (défini au point 4.2.3(b) ci-dessous en page 19). Le fait de raccrocher sans délivrer le moindre message audio au Destinataire ne relève pas, non plus, de la définition d'automate d'appel (point 4.2 ci-dessous).

4.1.4 La position constante et actuelle des services de la CNIL

Interrogés par téléphone, les services de la CNIL nous ont confirmé⁶ que pouvaient uniquement être qualifiées d'automates d'appel les solutions permettant la délivrance d'un message synthétisé ou préenregistré sans intervention humaine.

La CNIL exclut formellement de la notion d'automate d'appel les appels émis au moyen d'un compositeur prédictif automatisé, permettant la diffusion d'un message au Destinataire de vive voix. Dans cette hypothèse, l'article L. 34-5 du CPCE ne s'applique pas. Par conséquent, le consentement préalable du Destinataire n'est pas requis. Seul le RGPD a vocation à s'appliquer, et notamment l'article 21.2 qui garantit au Destinataire « *lorsque [ses] données à caractère personnel sont traitées à des fins de prospection, [...] le droit de s'opposer à tout moment au traitement des données à caractère personnel [le] concernant à de telles fins de prospection* ».

La position de la CNIL est identique au régime issu de la Directive ePrivacy en vigueur, analysée au point 4.2 ci-dessous.

4.2 L'ARCEP viole les définitions européenne et française d'un automate d'appel

Un raisonnement juridique fondé uniquement sur la lecture d'une succession cohérente de textes régissant les automates d'appel, aux niveaux français et européen, permet de démontrer que le périmètre élargi par l'ARCEP des règles liées à l'usage d'automates d'appel n'est pas fondé en droit.

Un automate d'appel ne correspond légalement qu'à l'Hypothèse n°3 décrite au point 4.1.1(c) ci-dessus en page 15, c'est à dire celle d'appel téléphonique destiné à donner lieu à la délivrance d'un message audio préenregistré qui, une fois la communication téléphonique établie (décroché), ne permet pas au Destinataire d'avoir une conversation immédiate avec une personne physique.

⁶ Propos tenus par les services de la CNIL lors d'un appel du 28 mai 2019.

Ainsi, les composeurs automatiques de numéros de téléphone ne sont pas en tant que tels soumis au régime des automates d'appel si, une fois la communication téléphonique établie (décroché), le Destinataire a une conversation de vive voix avec une personne physique (Hypothèse n°2 décrite au point 4.1.1(b) ci-dessus en page 15).

4.2.1 1985 : La première définition d'un automate d'appel par la DGT et par la CNIL

Dès 1985, la CNIL a décrit, sur demande de la Direction Générale des Télécommunications (la « DGT »), les caractéristiques technico-économiques d'un automate d'appel : « *l'appareil comprend un numéroteur d'appels composant automatiquement des numéros de téléphone. Ceux-ci peuvent être éventuellement générés de manière consécutive ou aléatoire ou, plus couramment, enregistrés préalablement en mémoire. Les messages diffusés sont soit synthétisés, soit préenregistrés sur une cassette* »⁷. Ainsi, l'automatisation de la composition du numéro de téléphone du Destinataire ne suffit pas à caractériser à elle seule un automate d'appel ; elle doit, cumulativement, être associée à la délivrance automatique au Destinataire, une fois l'appel décroché, d'un message audio préenregistré ou synthétisé.

Dès lors qu'une conversation de vive voix peut intervenir à compter du décroché, la qualification d'automate d'appel n'a pas lieu d'être.

Ne tombent donc pas, selon la CNIL (sa doctrine est constante depuis 1985), sous le régime des automates d'appel, le système permettant la diffusion d'un message téléphonique au Destinataire sous forme de conversation avec une personne physique, même si le numéro de téléphone est composé automatiquement (Hypothèse n°2, point 4.1.1(b) ci-dessus en page 15).

4.2.2 1997 : La Directive « Conso » 97/7 reprend la même définition

C'est le 20 mai 1997, qu'est donnée pour la première fois une définition européenne d'automate d'appel par la Directive 97/7/CE relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Il s'agit d'un « *système automatisé d'appel sans intervention humaine (automate d'appel)* »⁸.

Cette Directive soumet « *l'utilisation par un fournisseur [de cette technique de communication à distance au] consentement préalable du consommateur* », contrairement à la « *communication par téléphone* », qui est distinguée dans un Considérant 12 de cette Directive, pour laquelle « *il convient que le consommateur reçoive suffisamment d'informations au début de la conversation afin de décider s'il continue ou non celle-ci* ». La distinction est donc établie par cette Directive 97/7 entre :

- un automate d'appel, par lequel un message est délivré au consommateur sans intervention humaine et ;
- la communication par téléphone, pour laquelle une conversation de vive voix est établie avec le Destinataire, à l'occasion de laquelle ce dernier pourra bénéficier de ses droits à l'information, à l'opposition, etc.

⁷ CNIL, Délibération n°85-79 du 10 décembre 1985 portant réponse à la demande de conseil de la direction générale des télécommunications sur l'utilisation des diffuseurs de messages préenregistrés par appels automatiques.

⁸ Article 10 de la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Ce régime européen a été transposé dans un article L.121-20-5 du Code de la consommation, par l'Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, qui dispose qu' « *est interdite la prospection directe par un professionnel, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs, d'un consommateur qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels* ». Cette ordonnance de transposition de la Directive 97/7 renvoie à la notion d'automate d'appel au sens de ladite Directive.

L'interprétation de cette notion et la régulation des automates d'appels par l'exigence du consentement préalable du Destinataire a été essentiellement assurée par la CNIL (et parfois par la DGCCRF) à de nombreuses reprises dans le sens de sa première délibération de 1985 (point 4.2.1 ci-dessus en page 18), entérinée par la Directive 97/7.

4.2.3 2002 : La Directive « ePrivacy » 2002/58 maintient la même définition

(a) La définition d'automate d'appel issue de la Directive ePrivacy 2002/58

La Directive européenne « ePrivacy » 2002/58 définit un automate d'appel comme « *l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine* »⁹.

Cette définition ne précise pas à quoi renvoient les « *systèmes automatisés* », mais elle confirme le critère de « *la non-intervention humaine* », ce qui exclut nécessairement les appels permettant de délivrer un message par une conversation de vive voix entre deux êtres humains.

(b) La définition utile de ce qu'est un « appel »

L'article 2.e) de la Directive 2002/58 définit ce qu'est un appel, à savoir « *une connexion établie au moyen d'un service téléphonique accessible au public permettant une communication bidirectionnelle en temps réel* ».

Cette définition exclut de la notion d' « appel » la composition d'un numéro de téléphone (qu'elle soit manuelle ou automatique). Un « appel » débute à compter de l'établissement d'une communication téléphonique, ce qui permet de distinguer l'émission d'un appel (composer un numéro jusqu'à un décroché) et un « appel » effectif (à compter du décroché) : **la régulation des « automates d'appel » ne s'applique pas aux « automates-d'avant-appel ».**

4.2.4 2004 : Transposition à l'article L.34-5 du CPCE

L'article L.34-5 du CPCE vient transposer en 2004 l'article 13.1 de la Directive 2002/58, par l'adoption de la loi 2004-575 « LCEN » du 21 juin 2004, en disposant qu' « *est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen* ».

Il faut alors entendre la notion d'automate d'appel au sens donné par la Directive 2002/58, précisé ensuite par la Directive 2009/136.

⁹ Article 13.1 de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

4.2.5 2009 : Prolongement par la Directive 2009/136

A partir de l'année 2010, la Directive 2009/136 modifiant la Directive 2002/58/CE est venue compléter sans le modifier sur le fond, l'article 13.1 de cette Directive : « *L'utilisation de systèmes automatisés d'appel et de communication sans intervention humaine (automates d'appel)* ».

Tout en maintenant la notion « d'automate d'appel », la Directive 2009/136 supprime la définition d'un « appel » qui résultait de l'article 2.e) de la Directive 2002/58 (point 4.2.3(b) ci-dessus), remplacée par la notion de « communication », afin de viser à la fois la téléphonie (communication audio bidirectionnelle) et d'autres services de communications électroniques (voix sur IP, etc.). Le critère de l'absence d'intervention humaine reste déterminant dans la définition d'un automate d'appel.

4.2.6 2014 : La loi « Hamon » renvoie aux services de communications électroniques

L'article L 34-5 du CPCE a été modifié par la loi 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (la loi « Hamon ») et vise désormais tout « *système automatisé de communications électroniques au sens du 6° de l'article L. 32* », c'est-à-dire les « *services de communications électroniques [autres que des] services de communication au public par voie électronique* ». Par ailleurs, compétence est donnée à l'ARCEP, en plus de la CNIL et de la DGCCRF, pour sanctionner les éventuelles violations de cet article L 34-5 du CPCE.

Il demeure que ces nouveaux termes renvoient encore, en pratique, à des systèmes automatisés permettant d'établir une communication électronique sans intervention humaine.

4.2.7 2017 : la Proposition de Règlement ePrivacy de la Commission européenne

La proposition de Règlement ePrivacy publiée le 10 janvier 2017 par la Commission européenne vient préciser la définition d'un automate d'appel tout en s'alignant de nouveau sur l'interprétation qu'avait déjà dégagée la CNIL dès 1985.

Il s'agirait de « *systèmes capables de passer des appels de manière automatique à un ou plusieurs destinataires conformément aux instructions établies pour ce système et de transmettre des sons ne consistant pas en une conversation de vive voix, notamment des appels effectués à l'aide de systèmes de communication et d'appel automatisés qui relient la personne appelée à une personne physique.* »¹⁰

Dans sa proposition, la Commission européenne exclut explicitement du champ des automates d'appel les « *systèmes de communication et d'appel automatisés qui relient la personne appelée à une personne physique* ».

Ainsi, selon les réglementations européenne et française en vigueur ou prospectives, le critère permettant d'exclure la qualification d'automate d'appel est celui de la mise en relation de l'appelé (le Destinataire) avec une personne physique. Peu importe le moyen utilisé pour contacter le Destinataire : si l'appel établi (point 4.2.3(b) ci-dessus en page 19) permet une conversation entre deux humains, la qualification d'automate d'appel est écartée.

¹⁰ Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « Vie privée et communications électroniques »), publié le 10 janvier 2017.

4.2.8 Les débats européens en cours en 2019

La Proposition de Règlement de la Commission européenne est toujours débattue entre les États membres au sein du Conseil de l'Union européenne. Sa rédaction est donc non définitive et susceptible d'être modifiée. Cependant, la proposition de définition claire et précise a peu de risques d'être bouleversée puisque le Parlement européen a, le 20 octobre 2017, proposé des amendements à la Proposition de Règlement ePrivacy publiée par la Commission européenne le 10 janvier 2017.

Or, ces amendements ne portent pas sur la définition des automates d'appels. Le Parlement européen propose de créer une nouvelle définition d'« appels vocaux de prospection directe », à savoir les « *appels effectués à l'aide de système de communication et d'appel automatisés qui mettent la personne appelée en relation avec une personne physique* »¹¹. Ces appels vocaux, par opposition aux automates d'appels, impliquent la mise en relation entre personnes, venant ainsi confirmer le critère caractérisant un automate d'appel : l'absence d'une conversation de vive voix entre personnes physiques.

En conclusion, l'ARCEP est seule, contre 34 années de définitions légales constantes, à estimer qu'un automate d'appel inclurait le fait de « *composer automatiquement, séquentiellement ou parallèlement, les numéros d'une liste de destinataires et les mettre en relation avec un interlocuteur tiers après avoir vérifié que l'appelé est disponible pour répondre* »¹².

4.3 Un SMS n'est pas (non plus) un automate d'appel, mais un courrier électronique

La Décision de l'ARCEP vise à soumettre l'envoi de SMS/MMS au régime applicable aux automates d'appel. Cette assimilation est erronée au regard des services concernés : l'envoi d'un SMS/MMS n'est pas un « *service automatisé de communications électroniques* ». Un appel téléphonique à destination d'un téléphone mobile pourrait relever du régime des automates d'appel s'il consistait à délivrer un message audio préenregistré. Toutefois, l'envoi d'un SMS/MMS à un numéro de téléphone mobile, constitue l'envoi d'un courrier électronique, car la téléphonie et le courrier électronique restent soumis à des régimes juridiques distincts.

4.3.1 Automates d'appel et courriers électroniques : des règles de fond différentes

L'utilisation d'un automate d'appel à des fins de prospection commerciale est soumise à l'exigence du consentement libre, explicite et préalable du Destinataire, sans la moindre dérogation, ce qui revient en pratique à un régime d'interdiction.

En revanche, l'envoi d'un courrier électronique (e-mail ou SMS/MMS) de prospection électronique est régi par un principe de consentement préalable (opt-in) et par un régime dérogatoire de droit d'opposition (opt-out) applicable à l'envoi de prospections électroniques à des clients ou prospects de l'expéditeur (article 13.2 de la Directive 2002/58).

¹¹ Amendement 64 du Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « Vie privée et communications électroniques »), 20 octobre 2017.

¹² Article 7.5 de la Décision.

Depuis l'introduction de l'article L 34-5 du CPCE en 2004 et jusqu'à présent, jamais l'envoi de SMS/MMS n'a été exclusivement soumis à l'exigence stricte du consentement préalable du destinataire (opt-in), car il relève de la prospection par courrier électronique, qui inclut un régime dérogatoire d'opposition (opt-out), conformément à la Directive 2002/58 modifiée en 2010 et à l'article L 34-5 du CPCE en vigueur.

4.3.2 Le SMS est un courrier électronique

Comme nous l'avons décrit, la définition d'un « appel » vise explicitement un appel téléphonique (point 4.2.3(b) ci-dessus en page 19) et non l'envoi d'un SMS. Néanmoins, comme nous l'avons décrit au point 4.2.6 ci-dessus en page 20, l'article L 34-5 du CPCE a remplacé en 2014 la notion d'« appel » (supprimée en 2010 de la Directive 2002/58) par celle de « *service de communications électroniques* ».

Il n'en demeure pas moins que la réglementation européenne¹³, comme la réglementation française (article L34-5 du CPCE) en vigueur, distinguent clairement le régime applicable aux « *services automatisés d'appel ou de communication* », de celui applicable au « courrier électronique » de « *prospection électronique* ».

Le Considérant 27 de la Directive 2002/58 « ePrivacy », vient d'ailleurs préciser certains éléments constitutifs de la distinction entre un « appel » et un « courrier électronique »¹⁴.

(a) La définition du courrier électronique inclut le SMS depuis 2002

Le « courrier électronique » est défini au niveau européen depuis 2002, par l'article 2.h) de la Directive 2002/58. Il s'agit de « *tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère.* »

L'envoi d'un email, d'un SMS ou le dépôt d'un message vocal, correspondent à cette définition du courrier électronique. Afin de lever toute ambiguïté sur l'assimilation du SMS/MMS au courrier électronique, le législateur européen a d'ailleurs tenu à préciser en 2002, que le courrier électronique inclut les « messages courts (SMS) »¹⁵ et, en 2009, que « *Les garanties apportées aux abonnés contre les atteintes à leur vie privée par des communications non sollicitées à des fins de prospection directe au moyen du courrier électronique devraient aussi s'appliquer aux SMS, MMS et autres applications de nature semblable.* »¹⁶.

¹³ Article 13.1 de la Directive 2002/58 modifiée.

¹⁴ Considérant 27 de la Directive ePrivacy 2002/58 : « *Le moment exact où s'achève la transmission d'une communication [...] peut dépendre du type de service de communications électroniques fourni. Ainsi, dans le cas d'un appel par téléphonie vocale, la transmission cesse dès que l'un ou l'autre des usagers interrompt la connexion et, dans le cas d'un courrier électronique, la transmission prend fin dès que le destinataire récupère le message, généralement à partir du serveur de son fournisseur de service.* »

¹⁵ Considérant 40 de la Directive ePrivacy 2002/58 : « *Il importe de protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS).* »

¹⁶ Considérant 67 de la Directive 2009/136 modifiant la Directive ePrivacy 2002/58.

(b) La définition française du courrier électronique depuis 2004

Le « courrier électronique » est défini en droit français depuis la transposition en 2004 de l'article 2.h) de la Directive 2002/58, par l'article 1.IV.5° de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*. Il s'agit de « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ».

La transposition en droit français de cette définition d'origine européenne vise à la fois l'email et le SMS/MMS qui, à la différence d'un « appel » ou d'un automate d'appel ou de communication, ne permettent pas d'établir une « *communication bidirectionnelle en temps réel* » (point 4.2.3(b) ci-dessus en page 19).

5. LES CONSÉQUENCES DE L'UTILISATION D'UN AUTOMATE D'APPEL SELON L'ARCEP

Les descriptions qui suivent concernant les conséquences tirées par l'ARCEP de l'utilisation d'un automate d'appel, doivent être lues en gardant à l'esprit les erreurs d'interprétation commises par l'ARCEP et décrites au point 4 ci-dessus en page 15. **Nous avons surligné en jaune ci-dessous les descriptions de la Décision de l'ARCEP qui nous semblent contestables en raison des erreurs d'interprétation de l'ARCEP.**

Rappelons que l'ARCEP a décidé qu'à compter de l'entrée en vigueur de la décision, les Opérateurs Dépositaires ne pourront plus procéder à l'affectation des numéros spéciaux et courts, des numéros mobiles à dix chiffres et des numéros polyvalents (non géographiques) aux Utilisateurs Finaux. Seuls les Opérateurs Attributaires seront compétents pour l'affectation de tels numéros aux Utilisateurs Finaux¹⁷.

5.1 Les numéros ne pouvant plus être utilisés pour des automates d'appels

Le principe nouvellement posé par la Décision de l'ARCEP est qu'à compter du 1^{er} août 2019 certains numéros territorialisés ne pourront plus être utilisés en tant qu'identifiant d'appelant ou d'émetteur de message présentés au Destinataire pour des appels ou des messages émis par des systèmes automatisés¹⁸. Ne pourront plus être utilisés (a) les numéros géographiques, (b) les numéros non géographiques (nouvellement dénommés « numéros polyvalents »), et (c) les numéros mobiles à dix chiffres.

5.2 Les numéros pouvant être utilisés pour des automates d'appels

5.2.1 Les numéros mobiles de longueur étendue et les numéros spéciaux et courts

Seuls pourront être utilisés :

- les numéros mobiles de longueur étendue, dès lors qu'ils sont affectés à l'identification d'un accès mobile,

¹⁷ Article 7.3 de la Décision « Redéfinition des conditions de mise à disposition de ressources en numérotation à un opérateur tiers.

¹⁸ Article 7.5 et Article 2.3.2 e) de l'Annexe 1 de la Décision.

- les numéros spéciaux et courts comme identifiant d'appelant, à l'exception (a) des numéros spéciaux commençant par 089 pour des appels vocaux, (b) des numéros spéciaux à tarification majorée, et (c) des numéros courts à tarification banalisée ou majorée pour les messages SMS/MMS.

5.2.2 Les numéros polyvalents authentifiés¹⁹

L'ARCEP a annoncé dans son Projet son ambition de mettre en place, à titre d'expérimentation, une catégorie pilote de « numéros polyvalents authentifiés » (« **NPA** »), qui seront dédiés aux appels **ou messages** émis par des systèmes automatisés.

Ce nouveau plan de numérotation, commençant par 0901 à 0909, a vocation à protéger les Destinataires contre les nuisances causées par des appels présentant comme identifiant d'appelant un numéro usurpé. L'ARCEP rappelle que compte tenu du caractère expérimental de la création de ces numéros, les NPA ne pourront être attribués pour une durée allant au-delà du 31 décembre 2024.

Ainsi, les Opérateurs Attributaires et Dépositaires (exploitants) de NPA devront mettre à disposition des autres opérateurs (ceux permettant à leurs utilisateurs finaux de présenter un NPA) un mécanisme permettant de vérifier que l'utilisation d'un NPA a reçu l'accord explicite de l'Utilisateur Final dudit numéro pour être utilisé en tant qu'identifiant d'appelant ou d'émetteur dans chaque appel **ou message** où il apparaît (voir point 3.2.3, ci-dessus).

Parallèlement, les opérateurs permettant à leurs Utilisateurs Finaux de présenter un NPA en tant qu'identifiant d'appelant ou d'émetteur pour émettre des appels **ou messages**, devront vérifier que les Utilisateurs Finaux ont effectivement donné leur accord pour une telle utilisation.

5.2.3 Synthèse

Numéros pouvant être utilisés pour des appels ou des messages émis par des systèmes automatisés		Numéros ne pouvant plus être utilisés pour des appels ou des messages émis par des systèmes automatisés	
Appellations	Racines	Appellations	Racines
Numéros mobiles de longueur étendue	06 (+12 chiffres) 07 (+12 chiffres)	Numéros géographiques ²⁰	01, 02, 03, 04, 05
Numéros polyvalents authentifiés	0901 à 0909	Numéros polyvalents (sauf authentifiés)	09
Numéros spéciaux à tarification gratuite	0800 à 0805	Numéros mobiles à 10 chiffres	06 (+ 8 chiffres) 07 (+ 8 chiffres)
Numéros spéciaux à tarification majorée pour les appels vocaux	081, 082 (+7 chiffres)	Numéros spéciaux commençant par 089 pour les appels vocaux	089 (+7 chiffres)
Numéros spéciaux à tarification banalisée	0806 à 0809 (+ 6 chiffres)	Numéros spéciaux à tarification majorée pour les messages SMS/MMS	081, 082, 089 (+ 7 chiffres)

¹⁹ Article 9 du Projet et article 2.3.7 de l'Annexe 1 du Projet.

²⁰ Jusqu'au 1^{er} janvier 2023.

Numéros pouvant être utilisés pour des appels ou des messages émis par des systèmes automatisés		Numéros ne pouvant plus être utilisés pour des appels ou des messages émis par des systèmes automatisés	
Numéros spéciaux de services de données	0836	Numéros courts à tarification banalisée ou majorée pour les messages SMS/MMS	3200 à 3299, 3400 à 3499, 3900 à 3999
Numéros courts généralistes (pour appels vocaux uniquement concernant les tarifications banalisées ou majorée)	3200 à 3299, 3400 à 3499, 3900 à 3999		
Numéros courts à tarification gratuite	3000 à 3007, 3009 à 3169, 3180 à 3199		

5.3 Dérogations à l'application du régime spécial

Le régime spécial attaché à l'utilisation de systèmes automatisés d'appel ne s'applique pas, selon l'ARCEP, à trois hypothèses exhaustivement énumérées à l'article 7.5 de la Décision et reprises à l'identique à l'article 2.3.2 e) de l'Annexe 1 du Projet.

L'interdiction d'utilisation des numéros susvisés ne s'appliquent :

- « *ni aux systèmes automatisés qui émettent des appels **ou messages** à l'intention de 5 numéros de téléphones différents ou moins* », c'est à dire aux systèmes utilisés pour les terminaux de paiement électroniques ou pour la télésurveillance ;
- « *ni aux systèmes automatisés pour lesquels le nombre de messages SMS/MMS émis est équivalent ou inférieur au nombre de messages reçus* » ;
- « *ni aux systèmes automatisés pour lesquels le nombre d'appels émis est significativement inférieur au nombre d'appels reçus* ».

Les deux dernières dérogations ont pour objectif de favoriser le développement « *d'usages innovants faisant appel à l'intelligence artificielle (chatbots, voicebots ou assistants personnels) dès lors qu'ils sont mis en œuvre pour répondre à des sollicitations* » de Destinataires.