

N°s 434538, 442826

Association française de la relation client (AFRC) et Syndicat des professionnels des centres de contacts (SP2C)

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 5 février 2021

Lecture du 12 février 2021

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Ces affaires vous mènent au croisement de la régulation des télécommunications et du droit de la consommation.

L'article L. 44 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), que vous connaissez, confie à l'Arcep le soin d'établir et de gérer le plan national de numérotation téléphonique en vue, ensuite, d'attribuer aux opérateurs qui le demandent des préfixes et des numéros ou blocs de numéros. A ce titre, elle définit les conditions d'attribution des numéros de téléphone – qui recouvrent à la fois les modalités procédurales d'attribution des numéros ou blocs de numéros, les règles d'affectation de tranches de numéros à certains types de service et les conditions d'éligibilité à l'attribution de blocs ou tranches de numéros¹.

Sur ce fondement, l'Arcep a adopté, par une délibération du 24 juillet 2018, une décision (n° 2018-0881) dont l'annexe 1 établit le plan national de numérotation et ses règles de gestion. Cette décision définit trois grandes familles de numéros. La première et la plus importante est celle des numéros dits « territorialisés », qui rassemble les numéros dits « géographiques » (en métropole les numéros à dix chiffres en 01, 02, 03, 04 et 05 correspondant aux zones géographiques du territoire), les numéros mobiles (numéros à dix chiffres en 06 ou 07), les numéros mobiles de longueur étendue (numéros de 14 chiffres en métropole, réservés à des services spécifiques) et les numéros dits « non géographiques », ou désormais « polyvalents »² (numéros à dix chiffres en 09³). Les deux autres familles rassemblent respectivement les numéros spéciaux et courts (qui incluent notamment les

¹ V., Assemblée, 26 juin 1998, Société AXS Télécom et société Esprit Télécom France, n°s 194151 e. a., Rec. p. 248 ; ou encore, admettant implicitement la compétence de l'Arcep sur les deux derniers points, 13 novembre 2006, Société Free SAS, n° 291691, inédite.

² En vertu de la décision attaquée du 11 juillet 2019 (n° 2019-0954).

³ Jusqu'au 31 décembre 2022 ; à compter du 1^{er} janvier 2023, tous les numéros dits « géographiques » deviendront polyvalents.

numéros à tarification gratuite et les numéros à tarification majorée) et les numéros techniques (qui servent au bon fonctionnement des réseaux).

Parmi les règles nombreuses de gestion et d'utilisation des numéros de ces différentes familles, deux sont spécifiquement en cause dans les affaires qui ont été appelées. Ces règles visent à lutter contre les abus du démarchage téléphonique, en encadrant les conditions dans lesquelles une personne (ou entité) appelante peut présenter à la personne qu'elle appelle un autre numéro que celui qui permet de la rappeler. En d'autres termes, elles encadrent la modification de l'identifiant de l'appelant – sur votre téléphone s'affiche un numéro qui n'est pas celui qui permet de joindre la personne qui vous appelle (et, souvent, auquel vous êtes plus enclins à répondre qu'à celui qui permet de joindre la personne qui vous appelle). Estimant que cette faculté technique, parfois très utile, est aussi utilisée dans le cadre de démarchages abusifs, l'Arcep a entendu l'encadrer en définissant des règles de gestion du plan de numérotation.

La première de ces règles est fixée au e) du paragraphe 2.3.2 de l'annexe 1 à la délibération de 2018. Celui-ci prévoit qu'à compter du 1^{er} août 2019, les numéros territorialisés (c'est-à-dire les numéros géographiques – en 01 à 05 –, les numéros mobiles – en 06 et 07 –, les numéros mobiles de longueur étendue et les numéros non géographiques, devenus polyvalents – en 09) ne peuvent être utilisés comme identifiant de l'appelant présenté à l'appelé pour des appels ou des messages (SMS/MMS) émis par des systèmes automatisés d'appels et d'envoi de messages. Ces systèmes automatisés sont définis, au même paragraphe, comme les systèmes émettant des appels ou des SMS/MMS de manière automatique vers plusieurs destinataires conformément à des instructions préétablies. Il en résulte que, dès lors qu'un appelant utilise un tel système, qui émet des appels ou des messages de façon automatique, il ne peut pas présenter à la personne qu'il appelle un numéro territorialisé.

Des exceptions sont prévues pour les systèmes qui émettent des appels ou messages à l'intention de 5 numéros ou moins, ceux qui émettent moins ou autant de messages qu'ils en reçoivent et ceux qui émettent significativement moins d'appels qu'ils n'en reçoivent. Une dérogation à cette interdiction générale n'est par ailleurs prévue que pour les numéros mobiles de longueur étendue (dont nous vous disions qu'ils sont réservés à certains services spécifiques).

La seconde règle encadrant la modification d'identifiant de l'appelant est fixée au b) du paragraphe 2.2.2 de la même annexe. Celui-ci prévoit que lorsqu'un numéro de téléphone français est utilisé comme identifiant de l'appelant (ou de l'émetteur du message), les appels ou messages ne doivent pas être émis par des utilisateurs localisés en dehors du territoire français ni être acheminés au travers d'une connexion internationale entrante, sauf si l'opérateur exploitant le numéro utilisé en tant qu'identifiant d'appelant ou d'émetteur de messages est en mesure de garantir, appel par appel et message par message, que ce numéro présenté est utilisé légalement – c'est-à-dire conformément aux règles du a) du même paragraphe, qui prévoient que le numéro doit avoir été attribué par l'Arcep conformément au plan de numérotation, qu'il doit permettre de rappeler l'émetteur (ou l'organisation qu'il représente) et que son utilisation doit avoir été autorisée par l'affectataire du numéro. En

d'autres termes, le b) du paragraphe 2.2.2 interdit à un émetteur qui n'est pas situé en France de présenter à son destinataire un numéro français dit « non authentifié » et lui impose symétriquement de n'utiliser que des numéros dits « authentifiés », c'est-à-dire des numéros pour lesquels un système d'information permet de garantir, de façon instantanée, à l'opérateur téléphonique, que l'émetteur est bien en droit de présenter à son destinataire le numéro qu'il entend lui présenter. En mettant en connexion un émetteur situé à l'étranger et un destinataire situé en France, l'opérateur doit ainsi pouvoir vérifier, par un système d'authentification, que le numéro français que l'émetteur veut voir s'afficher sur l'écran du destinataire peut légalement être utilisé à cette fin.

Une dérogation à cette interdiction de présentation depuis l'étranger de numéros non authentifiés existe pour les numéros de mobile⁴.

Par une délibération du 11 juillet 2019, l'Arcep a ensuite adopté une série de modifications des règles de gestion du plan de numérotation fixées à l'annexe 1 à sa délibération de 2018. Par souci de simplicité ou de lisibilité, elle a intégralement réécrit cette annexe 1 ; les dispositions du e) du paragraphe 2.3.2 et celles du paragraphe 2.2.2 sont reprises à l'identique. Toutefois, les nouvelles dispositions du h) du paragraphe 2.3.3 et du h) du paragraphe 2.3.7 permettent, par dérogation au e) du paragraphe 2.3.2, d'utiliser comme identifiant d'appelant pour des appels ou messages émis par des systèmes automatisés, jusqu'au 31 décembre 2020, des numéros géographiques (en 01 à 05) et des numéros non géographiques rebaptisés polyvalents (en 09). En d'autres termes, elles reportent, pour ces numéros, la date d'entrée en vigueur de l'interdiction de présentation des numéros territoriaux pour les appels et messages émis par des systèmes automatisés⁵.

Sous les deux numéros qui ont été appelés, l'Association française de la relation client (AFRC) et le Syndicat des professionnels des centres de contacts (SP2C) vous demandent respectivement d'annuler la délibération de 2019, dans son ensemble ou à tout le moins les dispositions du e) du paragraphe 2.3.2, celles du b) du paragraphe 2.2.2 et celles des h) des paragraphes 2.3.3 et 2.3.7 et d'annuler le refus d'abroger la délibération de 2018 telle que modifiée en 2019, dans son ensemble ou à tout le moins les mêmes dispositions.

1. Vous ne pourrez d'abord que rejeter les conclusions tendant à l'annulation de la délibération de 2019.

1.1. Un unique moyen est dirigé contre la délibération dans son ensemble, tiré de ce que l'Arcep a délibéré sans que le quorum prévu par l'article L. 130 du CPCE soit respecté. Il manque en fait.

1.2. Les conclusions qui tendent à l'annulation du e) du paragraphe 2.3.2 et du b) du paragraphe 2.2.2 sont quant à elles irrecevables. En effet, nous vous l'avons dit, ces dispositions ont été reprises à l'identique de la délibération de 2018 par la délibération de

⁴ V. le e) du paragraphe 2.3.4.

⁵ Est par ailleurs ajoutée une dérogation à l'interdiction pour les numéros mobiles authentifiés.

2019. Dans une telle hypothèse, vous les regardez comme confirmatives et par suite insusceptibles de recours direct en annulation au-delà du délai de contestation des dispositions reprises (v. Section, 7 février 1969, Sieur Fargeas et autres, n° 71488, Rec. p. 83 ; Assemblée, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, n° 01875, Rec. p. 370 ; et, pour une réaffirmation après la décision Alitalia⁶, v. par ex., 30 avril 1997, Syndicat des médecins d'Aix et région et Brossault, n°s 173044 174212, Rec. p. 94).

La circonstance que la délibération de 2019 accorde une dérogation temporaire et partielle en reportant dans le temps l'application à certaines tranches de numéros de l'interdiction de présentation des numéros territorialisés en cas d'usage d'un système automatisé ne nous paraît pas remettre en cause cette conclusion. En effet, les dispositions qui reportent dans le temps l'application de l'interdiction édictée par la délibération de 2018 ne nous paraissent pas pouvoir être regardées comme formant, avec cette interdiction, un ensemble indivisible⁷.

1.3. Par ailleurs, si les requérants indiquent contester ce report lui-même (c'est-à-dire le h) du paragraphe 2.3.3 et le h) du paragraphe 2.3.7), ils se bornent cependant à soutenir que l'interdiction dont la prise d'effet est ainsi partiellement reportée dans le temps est illégale et que l'Arcep aurait ainsi dû, non pas reporter dans le temps l'application de l'interdiction, mais l'abroger purement et simplement. Or un tel moyen nous paraît inopérant : les dispositions contestées ne sont pas prises sur le fondement ou pour l'application⁸ du e) du paragraphe 2.3.2, elles font partie du même ensemble réglementaire (v., dans un cas voisin, Section, 10 février 1967, Sté des établissements Petitjean et autres, n°s 59125 e. a., Rec. p. 63). Si une disposition modifiant la date d'entrée en vigueur d'un texte réglementaire peut être contestée en tant que telle (par ex. parce que cette date serait trop proche ou trop lointaine), une telle contestation ne peut être la porte ouverte à une nouvelle discussion sur la légalité de l'ensemble des règles dont la disposition contestée régit l'application dans le temps – car vous jugez avec constance qu'un recours contre un texte modificatif ne permet pas de contester les dispositions définitives du texte modifié (v. 12 avril 1961, Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère, Rec. p. 229 ; Section, 1^{er} juin 1967, Syndicat national des médecins chirurgiens, spécialistes et biologistes de hôpitaux publics, Rec. p. 261). En d'autres termes, il n'est pas possible de contester une disposition reportant la date d'entrée en vigueur d'une réglementation nouvelle en tant qu'elle n'abroge pas cette réglementation (v., dans un cas voisin, 27 mai 2015, M. **B...**, n° 383076, T. p. 792, éclairée par les conclusions d'A. Bretonneau).

Vu sous un autre angle, l'exception et la règle étant divisibles, la contestation de l'exception ne permet pas de saisir le juge d'un débat sur la légalité de la règle⁹.

⁶ Assemblée, 3 février 1989, Cie Alitalia, n° 74502, Rec. p. 44.

⁷ V., sur le critère, Assemblée, 13 février 1976, Casanova, n° 94707, Rec. p. 97 ; 25 mai 1979, Syndicat général de l'éducation nationale CFDT, n° 06128, T. p. 835.

⁸ V., sur ces critères, Section, 11 juillet 2011, Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, n°s 320735 320854, Rec. p. 346.

⁹ V., *a contrario*, en matière pénale, admettant une forme d'indivisibilité des dispositions d'incrimination et de définition de la peine, Section, 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc, n° 68122,

2. Si vous nous suivez, c'est donc dans le seul cadre du recours contre le refus d'abroger la délibération de 2018 que vous devrez examiner sur le fond la légalité des dispositions que nous vous présentions.

Eu égard à l'effet de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal, qui réside dans l'obligation, pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte, vous devrez – c'est important – apprécier la légalité des dispositions contestées au regard des règles applicables à la date de votre décision (v. Assemblée, 19 juillet 2019, Association des américains accidentels, n°s 424216 424217, Rec. p. 296).

2.1. Nous commençons par les dispositions qui prohibent la présentation d'un numéro territorialisé en cas d'utilisation d'un système émettant des appels ou des messages de manière automatique (celles du e) du paragraphe 2.3.2).

Ainsi que cela est soutenu devant vous, nous pensons que l'Arcep n'était pas compétente pour les édicter.

L'Arcep tient, certes, des articles L. 36-7 et L. 44 du CPCE le pouvoir d'établir le plan national de numérotation et ses règles de gestion, ce qui nous paraît lui permettre de définir les conditions d'utilisation des ressources de numérotation permettant d'en assurer la bonne utilisation. Et, dans ce cadre, elle doit tenir compte de l'objectif de protection des consommateurs, qui figure au nombre de ceux que lui assigne l'article L. 32-1 du CPCE.

Toutefois, cette compétence en matière de bon usage des ressources de numérotation doit s'articuler avec la compétence que le législateur a réservée aux ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique (après avis de l'Arcep) en matière de démarchage téléphonique. Les articles L. 221-16 et 17 du code de la consommation encadrent, en effet, le démarchage téléphonique. L'article L. 221-16 impose au professionnel – défini à l'article liminaire du code comme toute personne agissant dans le cadre de son activité économique – qui contacte un consommateur par téléphone en vue de conclure un contrat portant sur la vente d'un bien ou la fourniture d'un service des obligations de transparence et d'information. L'article L. 221-17 interdit au professionnel qui contacte un consommateur dans les conditions prévues à l'article L. 221-16 d'utiliser un numéro masqué et exige que le numéro affiché soit affecté à ce professionnel. Il prévoit par ailleurs qu'un arrêté des ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique « définit les tranches de numéros qui ne peuvent être utilisées comme identifiant d'appel par un professionnel qui joint un consommateur ».

En réservant ainsi aux ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique le soin de définir les numéros insusceptibles d'être utilisés comme identifiant d'appel à des fins de démarchage commercial, le législateur a, en négatif, privé l'Arcep du pouvoir d'édicter

elle-même de telles restrictions sur le fondement de son pouvoir de définition des règles de bonne utilisation du plan de numérotation.

Or les dispositions contestées du e) de l'article 2.3.2 relèvent à nos yeux du champ des mesures ne pouvant être adoptées que par les ministres. Certes, facialement, elles se présentent comme n'interdisant pas tout démarchage téléphonique utilisant des numéros territorialisés comme identifiants d'appels, mais uniquement les démarchages ayant recours à des systèmes automatisés d'appel ou d'émission de messages ; et, facialement toujours, elles ne visent pas uniquement le démarchage commercial défini par le code de la consommation.

Toutefois, d'une part, ces dispositions ont clairement pour objet principal et essentiel d'encadrer le démarchage téléphonique et d'en limiter les abus – en témoigne l'exposé des motifs de la délibération de 2018. D'autre part, eu égard à la définition très large des systèmes automatisés d'appel retenue par l'Arcep, elles ont pour effet d'interdire tout démarchage téléphonique présentant les numéros concernés, car il est constant qu'une telle activité repose toujours sur le recours à un système automatisé pour l'émission des appels, quand bien même elle met en relation des personnes physiques (celui qui démarché ne tapant pas manuellement sur un clavier les dix chiffres du numéro de chacun des prospects qu'il cherche à joindre). En somme, les dispositions du e) du 2.3.2 ont pour effet d'interdire la présentation comme identifiant d'appelant de numéros territorialisés dans le cadre d'activités de démarchage téléphonique¹⁰.

Ainsi considérées, elles sont entachées d'incompétence : il n'appartenait pas à l'Arcep, fût-ce sous couvert de l'interdiction d'un procédé et sans recours aux notions de professionnel et de consommateur, de définir des tranches de numéros ne pouvant être présentés comme identifiants d'appelant dans le cadre d'un démarchage commercial tel que défini à l'article L. 221-16 du code de la consommation. En adoptant de telles dispositions, l'Autorité s'est, selon nous, immiscée illégalement dans l'exercice d'une police réservée aux ministres.

2.2. Nous en venons aux dispositions qui imposent l'authentification des numéros d'appel français présentés par des émetteurs situés hors de France à leurs destinataires. Ces dispositions (qui figurent au b) du paragraphe 2.2.2), nous vous le disions, prohibent, en l'absence d'un système d'authentification permettant à l'opérateur de réseau de s'assurer de la conformité de l'usage du numéro, la présentation d'un numéro français par un émetteur situé hors de France.

Ainsi que le soutient la requête – si vous la lisez comme nous avec une certaine bienveillance –, ces dispositions sont désormais contraires à celles, issues de l'article 10 de la loi du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux¹¹, qui figurent au V et au VI de l'article L. 44 du CPCE (dont il vous appartient de tenir compte dans votre office défini par la décision Américains accidentels).

¹⁰ Pas seulement, il est vrai, à l'égard des consommateurs – elles s'appliquent aussi au démarchage entre opérateurs économiques. Mais leur objet principal et leur effet prépondérant résident bien dans l'encadrement de la prospection commerciale auprès des consommateurs.

Soucieux de lutter contre la pratique dite de « spoofing », qui consiste en une usurpation de numéro, le législateur a adopté, au V de l'article L. 44 du CPCE, un régime d'authentification obligatoire des numéros utilisés comme identifiant d'appelant – que les émetteurs soient situés en France ou à l'étranger – similaire à celui qui résulte des dispositions contestées. Toutefois, prenant acte des difficultés techniques de l'établissement d'un dispositif d'authentification pouvant être utilisé par l'ensemble des opérateurs de réseaux de téléphonie, le législateur a reporté l'entrée en vigueur de ces dispositions au 25 juillet 2023. Dans l'intervalle, il a prévu, au VI de l'article L. 44, que, jusqu'au 25 juillet 2023, des numéros issus du plan de numérotation ne pouvaient être présentés comme identifiant d'appel par des émetteurs situés hors du territoire de l'Union.

Par ces dispositions, le législateur a ainsi régi exhaustivement l'obligation d'authentification des numéros présentés comme identifiant d'appel ; il a, en particulier, fait le choix que cette obligation ne s'applique pas immédiatement.

Dans un tel cadre, en dehors des renvois effectués par le législateur à la définition de certaines dérogations, l'Arcep ne peut plus édicter ou maintenir en vigueur des dispositions allant au-delà des exigences posées par le législateur. Tout en reprenant une bonne part de leur substance, la loi du 24 juillet dernier a donc rendu illégales les dispositions du b) de l'article 2.2.2 de l'annexe 1 à la délibération de 2018, car elle a limité dans le temps l'obligation d'authentification des numéros présentés comme identifiant d'appelant. Des dispositions réglementaires ne pouvaient donc, en méconnaissance de cette limitation dans le temps, rendre immédiatement applicables à certains utilisateurs (les émetteurs situés hors de France) l'obligation d'authentification des numéros utilisés comme identifiant d'appelant. Car cela conduit à ce que l'autorité dotée du pouvoir réglementaire ajoute à un régime législatif ayant entendu exhaustivement régir la question.

4. Si vous nous suivez, vous devrez donc annuler le refus d'abroger les dispositions du e) du paragraphe 2.3.2, du b) du paragraphe 2.2.2, du h) du paragraphe 2.3.3 et du h) du paragraphe 2.3.7¹² de l'annexe 1 à la délibération du 24 juillet 2018 modifiée. Vous enjoindrez en conséquence à l'Arcep d'abroger ces dispositions, dans un délai que vous pourrez fixer à deux mois. Et vous pourrez mettre à sa charge une somme de 2 000 euros à verser à chacun des requérants au titre des frais de procédure.

Tel est le sens de nos conclusions.

¹¹ N° 2020-901.

¹² Ces deux dernières par voie de conséquence de l'annulation du e) du paragraphe 2.3.2.