

## **Décision n° 01–951 de l’Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 octobre 2001 se prononçant sur le différend opposant Magic OnLine à France Télécom et Transpac relatif aux conditions techniques et tarifaires des offres de collecte nationale des trafics IP pour la fourniture de services ADSL**

L’Autorité de régulation des télécommunications,

Vu le code des postes et télécommunications, notamment ses articles L. 34–8, L. 36–8 et R.11–1 ;

Vu la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel ;

Vu la décision n° 99–528 de l’Autorité de régulation des télécommunications en date du 18 juin 1999 portant règlement intérieur ;

Vu l’arrêté du 12 mars 1998 autorisant la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public ;

Vu la décision n° 00–813 de l’Autorité de régulation des télécommunications en date du 28 juillet 2000 établissant pour 2001 la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché du service téléphonique fixe ;

Vu la demande de règlement d’un différend enregistrée le 26 avril 2001, présentée par la société Magic OnLine, RCS Paris n° 378 499 073, dont le siège social est situé 45, rue de la Procession, 75015 Paris, représentée par Maître Morgan de Rivery, cabinet SIMEON & ASSOCIES 5, avenue Percier 75008 Paris ;

Le différend porte sur une demande de fixation des conditions raisonnables et non discriminatoires de fourniture de services ADSL par France Télécom de sorte que Magic OnLine puisse fournir un accès ADSL à ses propres clients. Magic OnLine demande que ces conditions lui permettent de commercialiser ses propres offres ADSL au niveau national et dans des conditions de marché équitables.

Magic OnLine demande à l’Autorité de déterminer des conditions tarifaires non discriminatoires, raisonnables et objectives, pour l’application du contrat Free SP ou tout autre contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type.

Magic OnLine demande également à ce que la migration de son parc actuel d’abonnés Netissimo vers l’offre IP/ADSL puisse être effectuée dans les conditions suivantes :

- absence de contraintes de temps quant aux dates de migrations,
- possibilité de migrer le client sans coupure de service,
- possibilité de migrer indifféremment les clients Netissimo 1 et Netissimo 2.
- Substitution d’une vente imposée du modem au client par un transfert du contrat de location du client final à Magic OnLine.

Magic OnLine estime que sa capacité à proposer des services d'accès et de fourniture d'hébergement est aujourd'hui limitée, voire empêchée, dans la mesure où les conditions économiques de l'offre de collecte nationale Free SP de Transpac ne lui permettraient pas d'opérer à des conditions normales de marché. Selon Magic OnLine, l'offre Free SP ne lui permet pas de proposer aujourd'hui une offre concurrentielle par rapport aux ISP du groupe France Télécom, soit Wanadoo et Oléane.

Magic OnLine entend offrir principalement des solutions Internet pour les entreprises, centrées sur la fourniture d'accès et la fourniture d'hébergement Internet. Cependant, pour amortir ses installations, Magic OnLine demande à être en mesure de proposer des offres " résidentiels " à des prix compétitifs.

Magic OnLine fournit à sa clientèle des accès ADSL via l'offre Turbo IP de France Télécom depuis novembre 1999 et via l'offre Free SP de Transpac depuis septembre 2000.

Magic OnLine, dans l'incapacité de mettre Transpac en concurrence, s'estime être vue contrainte de conclure un contrat d'offre Free SP avec Transpac le 15 mai 2000.

Magic OnLine considère que les offres tarifaires des trois projets d'avenants au contrat Free SP envoyés par Transpac, les 30 octobre 2000, 22 novembre 2000 et 23 janvier 2001 ne sont pas satisfaisantes.

Par lettres en dates des 21 février et 5 mars 2001, Magic OnLine a demandé à France Télécom et Transpac de lui soumettre une nouvelle offre de collecte nationale dans un délai de 15 jours afin de lui permettre de poursuivre son activité dans des conditions équitables.

Par lettre en date du 3 avril 2001, Magic OnLine a demandé à France Télécom de lui soumettre une offre de collecte nationale sur la base des coûts de l'offre ADSL Connect ATM issus de la décision sur le règlement de différend Liberty Surf Télécom /France Télécom.

Magic OnLine estime qu'une offre collecte nationale raisonnable devrait se situer sur la base des prix de ventes suivants :

- Accès ADSL : 210 F HT par accès
- Collecte de trafic IP nationale : 4321 F HT / Mbits

Cette offre devrait tenir compte des installations du groupe France Télécom déjà en place pour Magic OnLine afin d'optimiser les coûts et les délais d'installations.

Constatant l'échec des négociations avec France Télécom, qui n'a pas présenté d'offre satisfaisante dans le délai imparti, Magic OnLine demande à l'Autorité de bien vouloir trancher le différend qui l'oppose à France Télécom et Transpac dans les conditions mentionnées ci-dessus.

Vu la lettre du chef du service juridique de l'Autorité en date du 11 mai 2001 communiquant aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et le nom des rapporteurs ;

Vu les observations en défense enregistrées le 1<sup>er</sup> juin 2001 présentées par la société France Télécom, RCS Paris n° 380 129 866, dont le siège social est situé 6, place d'Alleray, 75505 Paris cedex 15, représentée par Monsieur Marc Fossier, Directeur des relations extérieures :

France Télécom présente un historique de l'affaire et des négociations. Selon France Télécom, suite à une expérimentation de l'offre IP/ADSL, France Télécom a proposé à Magic OnLine un contrat de collecte régionale Turbo IP établi dans les conditions de l'offre homologuée pour les plaques de Paris et des Hauts de Seine. Magic OnLine a souhaité disposer d'une offre de collecte nationale avec une connectivité à l'Internet.

France Télécom a donc orienté Magic OnLine vers l'offre Free SP de Transpac qui semblait correspondre à ses besoins du moment et à sa cible de clientèle.

France Télécom précise que Magic OnLine n'indique pas dans sa relation des faits qu'elle aurait eu, dès l'origine du contrat Free SP, des difficultés financières pour régler ses factures Turbo IP en dépit de l'échéancier de paiements qui lui a été accordé par France Télécom.

France Télécom déclare que les relations entre France Télécom et sa filiale Transpac sont claires et transparentes, ayant une personnalité juridique distincte l'une de l'autre. France Télécom est un opérateur au titre des articles L.33-1 et L.34-1 du code des postes et des télécommunications et Transpac est un fournisseur de services au titre de l'article L.34-2 du code des postes et des télécommunications. Transpac achète à France Télécom diverses prestations de services au même titre que d'autres fournisseurs de services. Les relations entre Transpac et France Télécom sont contractualisées et font l'objet de conventions.

France Télécom considère que la théorie de l'apparence entre France Télécom et Transpac, soutenue par Magic OnLine, n'est pas recevable. Magic OnLine a conclu un contrat avec Transpac et doit s'adresser à elle seule pour l'exécution de ce contrat.

Concernant la mise en cause de France Télécom pour son offre homologuée Turbo IP, France Télécom estime que l'Autorité doit se déclarer incompétente pour apprécier cette offre et les tarifs associés au regard de l'article L.36-8 du code des postes et télécommunications. Selon France Télécom, l'Autorité ne pourrait pas déroger à la procédure d'homologation par le biais d'une procédure de règlement de différend.

France Télécom précise que la demande de Magic OnLine d'une offre de collecte nationale sur la base des nouveaux tarifs de l'offre ADSL Connect ATM (ACA) n'est pas recevable. Les tarifs établis par l'Autorité au titre de l'offre ACA ne peuvent s'appliquer pour Turbo IP. En effet, l'offre ACA n'est pas de même nature que l'offre Turbo IP. L'offre ACA est constituée à la fois de la vente en gros d'accès, et d'un service de collecte en mode ATM des DSLAM de France Télécom et non une collecte en mode IP des plaques ADSL de France Télécom.

Pour ces motifs, France Télécom demande à l'Autorité de se déclarer incompétente et de rejeter la saisine de Magic OnLine sur le fondement de l'article L.36-8 du code des postes et télécommunications.

Vu les observations en défense enregistrées le 1<sup>er</sup> juin 2001 présentées par la société Transpac, RCS n°312 665 466, dont le siège social est situé B13-33, avenue du Maine 75755 Paris Cedex 15 :

Transpac rappelle qu'elle fournit à sa clientèle ISP des offres de collecte de trafic Internet en tant que fournisseur de services de télécommunications. A cet effet, Transpac achète auprès de France Télécom et d'autres fournisseurs différentes composantes en vue de construire pour ses clients une offre intégrée de collecte IP.

Transpac estime que Magic OnLine tente de créer une confusion entre France Télécom et Transpac pour légitimer sa saisine de l'Autorité. Transpac souligne que les divers projets contractuels identifient tous sans aucune ambiguïté, la société Transpac comme cocontractante. Magic OnLine invoque la théorie de l'apparence pour soutenir que Transpac apparaîtrait comme un opérateur L.33-1. Cette argumentation s'appuie sur une théorie de droit civil totalement inapplicable en matière réglementaire, sachant que Transpac n'est pas un exploitant de réseau ouvert au public. Transpac est un fournisseur de services de Télécommunications et relève de l'article L.34-2. Elle ne relève donc pas des dispositions de la loi de réglementation des télécommunications régissant les obligations des exploitants de réseaux en matière d'interconnexion ou d'accès.

Transpac indique que Magic OnLine dispose du service Free SP depuis septembre 2000 sans que Magic OnLine ait satisfait à aucune de ses obligations de paiement, en dépit des efforts commerciaux très significatifs faits par Transpac pour compenser certains problèmes initiaux de qualité de service. Selon Transpac, Magic OnLine chercherait donc à faire régler par l'Autorité un litige de nature purement commerciale.

En conséquence, Transpac demande que l'Autorité rejette la demande de règlement en ce qu'elle est dirigée contre elle.

Vu les observations en réplique de la société Magic OnLine enregistrées le 18 juin 2001 :

Magic OnLine conclut aux mêmes fins que sa saisine en date du 26 avril 2001 par les mêmes moyens que précédemment. Magic OnLine estime infondés les moyens soulevés que France Télécom et Transpac dans leurs observations en défense.

En outre, elle rappelle qu'il était prévu que l'offre Turbo IP soit abandonnée une fois l'offre Free SP mise en service et au terme d'un délai raisonnable de recouvrement nécessaire pour le basculement des clients existants. En raison de nombreux problèmes de qualité de service liés à l'incapacité de Transpac à assurer le bon fonctionnement de l'offre Free SP, Magic OnLine a dû maintenir parallèlement les deux modes de collecte de trafic Free SP et Turbo IP.

Concernant l'échéancier de paiement des factures Turbo IP prétendument accordé par France Télécom, Magic OnLine reconnaît qu'elle a connu effectivement des difficultés de paiement fin 1999, qui ont eu pour cause principale une perte de chiffres d'affaires consécutive à la non-reconduction d'abonnements de nombreux particuliers qui ont opté pour les formules d'accès gratuit à Internet apparues en mai 1999, obligeant dès lors Magic OnLine à repositionner son activité sur le marché des entreprises.

Magic OnLine souligne que France Télécom n'a jamais accordé d'échéancier de paiement de sa propre initiative, mais suite à l'assignation en référé du 25 mai devant le tribunal de Commerce de Paris qui a fixé, décision du 6 juin 2000, l'échéancier.

Concernant le non-paiement des factures Free SP, Magic OnLine précise qu'il est dû essentiellement à trois causes suivantes :

- les nombreux problèmes de fonctionnement et de qualité de service qu'elle a subis ;
- L'obligations de maintenir deux modes de collecte de trafic ;
- Le caractère excessif du prix de Free SP.

Magic OnLine soutient qu'il existe une ambiguïté des relations entre France Télécom et Transpac délibérément organisée, ce qui justifie l'application de la théorie de l'apparence.

Magic OnLine souligne que France Télécom a manifesté une volonté évidente de présenter France Télécom et Transpac comme un tout indissociable depuis le début de la négociation sur l'offre de collecte Free SP.

Magic OnLine considère que la signature du contrat par Transpac tend à accréditer l'idée que celle-ci est un opérateur alors que cette société ne peut raisonnablement être considérée comme la responsable autonome de la mise en œuvre du contrat Free SP. La valeur ajoutée de Transpac est négligeable, celle-ci ayant pour seule mission de rapatrier en un point le trafic collecté par France Télécom sur les différentes plaques.

Dans ces conditions, Magic OnLine estime que le différend sur les conditions de vente de Free SP doit être soumis à l'ART nonobstant le fait que le contrat soit signé par Transpac.

Magic OnLine rappelle qu'elle n'a jamais cessé de demander une offre de collecte nationale à France Télécom, lui permettant de proposer une offre compétitive compte tenu des offres de détail existantes sur le marché, notamment celles de France Télécom. France Télécom a toujours refusé d'offrir à Magic OnLine des conditions d'accès de même type que celles offertes à sa filiale.

Concernant le défaut de pertinence des objections relatives à l'offre Turbo IP, Magic OnLine estime infondé le moyen soulevé par France Télécom, tiré de l'incompétence de l'Autorité au regard de l'article L.36-8 du code des Postes et Télécommunications. En effet, l'argumentation de France Télécom n'est pas pertinente dans la mesure où Magic OnLine a soumis à l'Autorité une demande de règlement de différend relatif à la conclusion d'un contrat de collecte nationale entre Magic OnLine, France Télécom et Transpac de type Free SP et non pas Turbo IP qui n'est pas adaptée aux besoins de Magic OnLine. L'objection de France Télécom tenant au caractère homologué de l'offre Turbo IP n'a pas vocation à s'appliquer au présent différend.

France Télécom a indiqué dans ses observations en défense qu'elle envisage de faire évoluer l'offre turbo IP vers une offre de collecte nationale. Magic OnLine précise qu'elle a été informée de cette nouvelle offre par courrier de France Télécom en date du 16 mars 2001. La formulation très floue et imprécise utilisée par France Télécom ne permettait pas à Magic OnLine d'espérer obtenir une solution rapide et certaine au différend.

Magic OnLine demande donc de rejeter les observations en défense de France Télécom et Transpac et de constater :

- le bien fondé de la demande de Magic OnLine présentée dans sa saisine du 26 avril 2001
- la recevabilité de sa saisine au regard des conditions de l'article L.36-8 du Code Postes et Télécommunications
- le caractère déraisonnable, non objectif et discriminatoire des conditions tarifaires fixées par France Télécom et Transpac
- en conséquence, de trancher le différend qui l'oppose à France Télécom et Transpac, en déterminant des conditions tarifaires non discriminatoires, raisonnables et objectives, pour l'application du contrat Free SP ou tout autre contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type.

Vu les nouvelles observations en défense de la société France Télécom enregistrées le 2 juillet 2001 :

France Télécom conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire par les mêmes moyens que précédemment.

Compte tenu de la séparation qui existe entre France Télécom et sa filiale Transpac et de la réglementation en vigueur, France Télécom estime que la demande de Magic OnLine ne peut être comprise que comme suit :

- demande à l'Autorité de fixer les conditions tarifaires de l'offre Free SP de Transpac ;
- demande à France Télécom d'une offre de collecte nationale.

En outre, France Télécom estime qu'il n'y a aucun " *refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications* " au sens de l'article L.36-8 du code des postes et

télécommunications, justifiant que l'Autorité soit saisie d'un différend par Magic OnLine. France Télécom rappelle qu'elle a informé la société Magic OnLine dès mars 2001 qu'elle allait soumettre à la procédure d'homologation les tarifs d'une offre de collecte nationale. A aucun moment Magic OnLine n'a engagé de discussion avec elle sur les conditions techniques ou financières de cette proposition d'offre de collecte nationale. La totalité des affirmations de Magic OnLine portent sur l'offre Free SP de Transpac. En conséquence, France Télécom estime que dans ces conditions, il n'existe pas entre Magic OnLine et elle de différend justifiant la saisine de l'Autorité.

France Télécom rappelle que conformément à l'article 2 de son cahier des charges, elle est expressément autorisée à fournir des services de télécommunications via ses filiales. Conformément à l'Article L.34-2 du code des Postes et des Télécommunications, Transpac peut tout à fait légitimement fournir son service Free SP aux fournisseurs d'accès, comme Magic OnLine. Il n'y a donc au cas d'espèce aucune fraude à l'application des dispositions du code des postes et télécommunications.

France Télécom souhaite souligner le caractère contradictoire de la position défendue par Magic OnLine. Magic OnLine affirme dans son mémoire en réplique d'une part que France Télécom apparaît offrir le service Free SP et d'autre part que la signature du contrat par Transpac tend à accréditer que celle-ci est un opérateur.

Vu les nouvelles observations en défense de la société Transpac enregistrées le 2 juillet 2001 ;

Transpac conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire par les mêmes moyens que précédemment.

Cependant, elle entend rectifier certains points des observations en réplique de Magic OnLine. Tout d'abord Transpac précise qu'elle a tenu compte des difficultés techniques liées à la mise en place de l'offre Free SP en accordant d'une part un dégrèvement de 61 800 F en exécution du non-respect de la garantie de temps de rétablissement au cours du premier bimestre 2001 et d'autre part en ne facturant pas l'utilisation du service entre mi-septembre et fin du premier bimestre 2001.

Transpac juge donc l'attitude de Magic OnLine de particulière mauvaise foi et maintient que c'est de façon infondée et dilatoire que cette dernière cherche à faire trancher par l'Autorité un litige de nature purement commercial.

Concernant l'application de la théorie de l'apparence, Transpac reprend son argumentation et considère que les éléments avancés par Magic OnLine ne démontrent aucunement que Magic OnLine pouvait penser disposer d'une offre émanant de la société France Télécom, alors même que la discussion des termes de l'offre et la conclusion du contrat ont eu lieu avec Transpac. Transpac n'est pas qu'un simple représentant mandaté par France Télécom. Elle achète à France Télécom les composants de l'offre pour offrir un service intégré de collecte nationale de trafic IP. Transpac offre donc, par cette intégration, une valeur ajoutée incontestable.

Transpac souligne que le litige qui oppose Magic OnLine à Transpac concernant Free SP ne porte pas sur les conditions d'ordre technique et financier d'une convention d'accès à un réseau de télécommunications mais uniquement sur les conditions de fourniture de Free SP, à savoir un service de télécommunications autre que le service téléphonique au sens de l'article L.34-2 du code des postes et télécommunications. Transpac ne peut donc être soumise aux obligations prévues à l'article L.36-8 du code.

Vu la décision n° 01-697 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 25 juillet 2001 prorogeant le délai dans lequel l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant Magic OnLine à France Télécom et Transpac ;

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 27 juillet 2001 adressant un questionnaire aux parties et fixant au 3 septembre 2001 la date de clôture de remise des réponses ;

Vu les réponses au questionnaire de France Télécom, Transpac et de Magic OnLine enregistrées le 3 septembre 2001 :

Magic OnLine soulève les difficultés techniques et économiques liés à la migration de l'offre Free SP vers l'offre de collecte IP/ADSL. Elle estime que cette migration doit être transparente aux yeux du client. Magic OnLine précise les opérations nécessaires à la migration dans les deux cas envisageables : migration globale et migration compte à compte des clients.

Magic OnLine confirme qu'à la date du 30 avril 2001 tous ses clients avaient été basculés sur l'offre Free SP. La migration de l'offre Turbo IP vers l'offre Free SP a été réalisé par un basculement compte à compte et a occasionné des contraintes techniques et économiques importantes.

Magic OnLine précise qu'elle estime devoir faire porter le différend sur une période commençant à l'ouverture du service Free SP soit septembre 2000 et allant jusqu'à l'obtention d'une solution satisfaisante pour elle.

Concernant la migration des clients Netissimo vers l'offre IP/ADSL, Magic OnLine indique que France Télécom a décalé la date limite de migration au 26 octobre 2001, avec un arrêt des prises de commande au 28 septembre 2001 et que France Télécom conditionne la migration à l'acceptation par le client final, du principe d'acquisition du modem nécessaire au fonctionnement de IP/ADSL. Or Magic OnLine souhaite voir transférer par France Télécom les locations modems des contrats migrés vers le contrat IP/ADSL.

France Télécom précise que l'offre Collecte IP/ADSL est commercialement disponible depuis le premier août 2001. La migration technique des clients Turbo IP vers Collecte IP/ADSL est transparente pour les accès Netissimo et IP/ADSL. La migration de L'offre Free SP vers Collecte IP/ADSL incombe à Magic OnLine.

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 11 septembre 2001 convoquant les parties à une audience devant le collège le 28 septembre 2001 ;

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 14 septembre 2001 adressant un questionnaire complémentaire aux parties et fixant la date du 21 septembre 2001 la date de clôture de remise des réponses ;

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 20 septembre 2001 nommant un nouveau rapporteur ;

Vu la demande de Transpac enregistrée le 21 septembre 2001 tendant à ce que l'audience devant le collège ne soit pas publique, en application des dispositions de l'article 14 du règlement intérieur ;

Vu les réponses de Magic On Line, France Télécom et Transpac au questionnaire du rapporteur enregistrées le 21 septembre 2001 .

Vu la demande de France Télécom enregistrée le 25 septembre 2001 tendant à ce que l'audience devant le collège ne soit pas publique, en application des dispositions de l'article 14 du règlement intérieur ; interrogée sur ce point par le Président de l'Autorité à l'ouverture de l'audience, la société Magic OnLine a indiqué qu'elle pouvait souscrire à la demande de France Télécom ;

Après avoir entendu, le 28 septembre 2001, lors de l'audience devant le collège :

– le rapport de M. Laurent Laganier, rapporteur, présentant les moyens et les conclusions des parties,

– les observations de Maître Eric Morgan de Rivery, cabinet Siméon & associés et de M. Philippe Barouk et de Edouard Correia de la société Magic On Line,

– les observations de M. Jean–Daniel Lallemand pour la société France Télécom

– les observations de M. Jean–Louis Gauroy pour la société Transpac

En présence de MM. Jean Marimbert, directeur général, Philippe Distler, François Lions, Antoine Maucorps, Mmes Ingrid Malfait, Elisabeth Rolin, M. Eric Vève, Mle Christine Galliard, agents de l'Autorité,

– de MM. Philippe Barouk, Edouard Correia, Mme Sophie Mazouz pour la société Magic OnLine et de Maître Eric Morgan de Rivery, cabinet Siméon & Associés,

– de MM Jean–Daniel Lallemand, Philippe Arnoud et Mme Claire Estryn, pour la société France Télécom,

- de M. Jean–Louis Gauroy et Mme Nathalie Creff, pour la société Transpac.

Le collège en ayant délibéré le 5 octobre 2001, hors la présence du rapporteur, du rapporteur adjoint et des agents de l'Autorité ;

Adopte la présente décision :

Magic OnLine, en octobre 1999, a souscrit à l'offre de collecte régionale Turbo IP de France Télécom afin de fournir à ses clients des services d'accès ADSL, services dont la commercialisation a débuté en décembre 1999 ;

A la suite de cette offre, Magic OnLine a souhaité bénéficier d'une offre de collecte nationale, lui permettant de commercialiser ses services sur l'ensemble du territoire sans avoir à se raccorder au réseau de France Télécom dans chacune des plaques ADSL. En réponse à la demande formulée par Magic OnLine, France Télécom a orienté cette dernière vers l'offre Free SP fournie par Transpac, filiale de France Télécom. Cette offre a été souscrite par Magic OnLine le 15 mai 2000, considérant qu'elle ne disposait pas de solution alternative répondant à ses besoins ;

Par la suite, Magic OnLine a demandé à Transpac d'intégrer une connectivité Internet à l'offre Free SP, prestation qui a été fournie sans qu'un accord contractuel ait été trouvé entre les parties : plusieurs projets d'avenants ont été adressés à Magic OnLine les 30 octobre 2000, 22 novembre 2000 et 23 janvier 2001, au cours de discussions qui n'ont pas formellement abouti ;

Magic OnLine a fait valoir au cours de cette période qu'elle n'était pas en mesure de fournir à ses clients, sur la base des conditions tarifaires de l'offre Free SP, des offres ADSL compétitives par rapport à celles fournies par France Télécom et ses filiales dans des conditions économiques viables. Ceci l'a conduite à demander à France Télécom une nouvelle offre de collecte nationale par plusieurs courriers en date des 21 février, 5 mars et 3 avril 2001. France Télécom n'ayant pas répondu à ces demandes, Magic OnLine a saisi l'Autorité d'une demande de règlement de différents portant sur :

- la détermination de conditions non discriminatoires pour l'application du contrat free SP ou de tout autre contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type ;
- les conditions de migration de l'offre Netissimo vers l'offre IP/ADSL ;
- lors de l'audience, la prise en charge par France Télécom des coûts de migration de Free SP vers IP/ADSL.

Il convient de relever enfin, dans cette chronologie des faits, que France Télécom fournit depuis le 1er août 2001 une offre de collecte nationale dénommée Collecte IP/ADSL, laquelle a été homologuée par décision ministérielle le 20 juillet 2001 à la suite d'un avis favorable de l'Autorité n° 01-548 en date du 19 juin 2001. Cette offre paraît répondre, dans ses principales caractéristiques, aux demandes successives de Magic OnLine à France Télécom ; si des commandes ont été adressées en ce sens à France Télécom Magic OnLine, il apparaît cependant qu'à ce jour ces commandes n'ont pas été honorées, compte tenu du niveau du cautionnement bancaire préalable exigé par France Télécom.

Il ressort également des faits qu'en raison de difficultés importantes survenues quant à la qualité de service fournie par Transpac dans le cadre de l'offre Free SP, Magic OnLine a dû maintenir concomitamment, durant la période de septembre 2000 à fin avril 2001, à la fois les raccordements qu'elle avait précédemment souscrits dans le cadre de Turbo IP, et le nouveau raccordement Free SP. Ces difficultés techniques ne sont pas contestées par Transpac, laquelle a d'ailleurs accordé de ce chef un dégrèvement à Magic OnLine au début de l'année 2001.

Cette coexistence a engendré des frais financiers importants pour Magic OnLine, contrairement à l'économie qu'elle escomptait en souscrivant à une offre de collecte nationale ; il apparaît en outre qu'au cours de cette période, Magic OnLine a subi des plaintes multiples émanant de ses clients pour des raisons liées à la mauvaise qualité de service.

Ces frais expliquent pour partie, selon Magic OnLine, les difficultés de paiement importantes auxquelles elle a dû faire face au cours de cette période, lesquelles ont donné lieu à un litige de nature commerciale entre Transpac et Magic OnLine.

En outre, plusieurs considérations ressortent de l'examen des pratiques de France Télécom et de Transpac dans la présente affaire.

En particulier, l'Autorité relève que France Télécom, à la suite de la demande qui lui a été adressée par Magic OnLine, a renvoyé cette dernière vers l'offre Free SP fournie par sa filiale Transpac, alors même qu'au cours de la même période, France Télécom avait conclu avec sa filiale France Télécom Interactive une offre sur mesure de collecte nationale dont les caractéristiques correspondent à celles souhaitées par Magic OnLine. Cette pratique, sur laquelle l'Autorité a déjà eu l'occasion de s'exprimer, notamment dans le cadre de son avis n° 01-548 en date du 19 juin 2001, et qui paraît constitutive d'un comportement discriminatoire de la part de France Télécom, a causé à Magic OnLine un préjudice commercial dont l'étendue pourrait être cernée par comparaison des conditions financières accordées par France Télécom à sa filiale France Télécom Interactive et des conditions financières de l'offre Free SP.

Par ailleurs, l'évolution des différentes prestations Turbo IP, Free SP et Collecte IP/ADSL souscrites par Magic OnLine engendre pour cette dernière des coûts successifs de migration qui paraissent en partie indus dès lors qu'ils trouvent sa source dans le comportement de France Télécom.

A la lumière des faits rappelés ci-dessus, l'Autorité considère que le comportement de France Télécom, au cas d'espèce, est éminemment critiquable, sans préjudice des qualifications juridiques qui pourraient le cas échéant lui être données au titre du code de commerce, et notamment des articles traitants des abus de position dominante et des pratiques discriminatoires.

Les principales demandes de Magic OnLine formulées auprès de l'autorité étant rappelées ci-après :

Magic OnLine demande à l'Autorité de trancher le différend qui l'oppose à France Télécom et à Transpac, en déterminant les conditions tarifaires non discriminatoires, raisonnables et objectives, pour l'application du contrat Free SP, ou tout autre contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type.

Magic OnLine demande également à l'Autorité de trancher le différend qui l'oppose à France Télécom s'agissant des conditions dans lesquelles peut s'effectuer la migration de son parc actuel d'abonnés Netissimo vers la nouvelle offre IP/ADSL.

Magic OnLine a en outre indiqué, lors de l'audience devant le collège, le 28 septembre 2001, qu'elle souhaite que les coûts de la migration de l'offre Free SP vers l'offre Collecte IP/ADSL soient pris en charge par France Télécom.

**Sur les conclusions de la Société Magic OnLine tendant à ce que l'Autorité tranche le différend qui l'oppose à France Télécom et à Transpac, en déterminant des conditions tarifaires non discriminatoires, raisonnables et objectives, pour l'application du contrat Free SP ou tout autre contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type**

**Sur la compétence de l'Autorité pour trancher le différend qui oppose Magic OnLine à Transpac sur l'application du contrat Free SP**

Aux termes de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications, " En cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusions ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunication peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties ".

La demande de Magic OnLine, fournisseur d'accès à Internet, ne porte pas sur les conditions d'ordre technique et financier d'une convention d'accès à un réseau de télécommunications, mais concerne les conditions, notamment financières, dans lesquelles Transpac lui fournit l'offre Free SP. Or, Transpac est un fournisseur au public de services de télécommunications autres que le service téléphonique, au sens des dispositions de l'article L. 34-2 du Code des postes et télécommunications.

Par suite, les conclusions de Magic OnLine qui sont dirigées contre Transpac doivent être rejetées en ce qu'un litige entre deux fournisseurs au public de télécommunications autres que le service téléphonique, n'est pas au nombre de ceux dont il appartient à l'Autorité de connaître, dans le cadre des règlements de différends.

**Sur la recevabilité de la demande présentée par Magic OnLine tendant à ce que l'Autorité tranche le différend qui l'oppose à France Télécom pour l'application du contrat Free SP**

L'Autorité relève qu'elle n'a pas été saisie d'une demande de règlement de différent contre France Télécom en décembre 1999, lorsque celle-ci a renvoyé Magic OnLine vers Transpac, alors même qu'elle fournissait une telle offre à sa filiale Wanadoo.

S'agissant de la demande présentée par Magic OnLine contre France Télécom dans le cadre du présent règlement de différent, il ressort des pièces du dossier, et notamment de la convention d'offre Free SP, signée le 15 mai 2000, que c'est Transpac, et non France Télécom, qui fournit le service Free SP.

La circonstance que France Télécom ait présenté l'offre Free SP à Magic OnLine, et que Transpac utilise la marque France Télécom, ne justifie pas en soi, et comme le soutient la société demanderesse, l'application de la théorie de l'apparence au cas d'espèce, compte tenu notamment des caractéristiques de Transpac et de sa valeur ajoutée dans l'offre proposée ; au surplus, il n'est pas établi que France Télécom ait cherché à entretenir une confusion sur l'identité du fournisseur du service Free SP

Dès lors, les conclusions de Magic OnLine doivent être rejetées comme irrecevables en ce qu'elles ne peuvent mettre en cause France Télécom, s'agissant de l'application du contrat Free SP.

**Sur la recevabilité de la demande présentée par Magic OnLine tendant à ce que l’Autorité détermine des conditions tarifaires non discriminatoires, raisonnables et objectives, pour l’application d’un contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type que l’offre Free SP**

Magic OnLine demande à l’Autorité de déterminer des conditions tarifaires non discriminatoires, raisonnables et objectives, pour l’application du contrat Free SP et, à défaut, de autre tout contrat visant à permettre une offre de collecte nationale de même type que l’offre Free SP.

Magic OnLine, estimant qu’aucun des projets successifs d’avenant au contrat Free SP, adressés par Transpac, ne contenait une offre tarifaire satisfaisante, a demandé à France Télécom de lui soumettre une offre de collecte nationale afin de poursuivre son activité dans des conditions tarifaires équitables. France Télécom n’a pas immédiatement fait droit à cette demande mais a présenté, par la suite, et après que Magic OnLine ait saisi l’Autorité de sa demande de règlement de différend, une offre de collecte nationale, dénommée Collecte IP/ADSL, à l’ensemble des fournisseurs d’accès à Internet, qui a été homologuée le 20 juillet 2001. Or, Magic OnLine ne justifie pas d’un désaccord formel avec France Télécom sur la convention IP/ADSL qu’elle a signée le 13 août 2001.

Il s’ensuit que cette demande de Magic OnLine ne répond pas aux conditions de recevabilité posées par les dispositions précitées de l’article L. 36–8 du Code des postes et télécommunications, et doit donc être rejetée.

**Sur les conclusions de la Société Magic OnLine, présentées à l’audience du 28 septembre 2001, devant le collège, tendant à ce que France Télécom prenne en charge les coûts de migration de l’offre Free SP vers l’offre Collecte IP/ADSL**

Si aucune disposition du Code des postes et télécommunications, ni même du règlement intérieur, ne fait obstacle à ce que les parties puissent présenter des demandes additionnelles au cours de la procédure, il faut cependant que celles–ci présentent un lien suffisant avec la demande initiale, qu’elles soient formulées par des conclusions écrites déposées au plus tard dans les jours qui précèdent l’audience devant le collège, afin de permettre le respect du principe du contradictoire, et qu’elles remplissent les conditions de recevabilité énoncées à l’article L. 36–8 du code des postes et télécommunications.

En l’espèce, si la demande de migration de l’offre Free SP vers l’offre Collecte IP/ADSL présente un lien suffisant avec la demande initiale de Magic OnLine, elle n’a toutefois été formulée, pour la première fois, qu’à l’audience devant le collège, le 28 septembre 2001. Au surplus, Magic OnLine, en présentant oralement cette demande, n’a nullement invoqué un échec des négociations ou un désaccord avec France Télécom, sur ce point.

Par suite, cette demande doit être regardée comme irrecevable.

**Sur les conclusions de la Société Magic OnLine tendant à ce que l’Autorité tranche le différend qui l’oppose à France Télécom s’agissant des conditions dans lesquelles peut s’effectuer la migration de son parc d’abonnés vers la nouvelle offre IP/ASDSL**

**Sur la recevabilité de cette demande**

Il ressort des pièces du dossier que par un courrier en date du 21 février 2001, France Télécom a informé Magic OnLine des conditions dans lesquelles pouvait s’effectuer la migration de ses clients Netissimo vers la nouvelle offre IP/ADSL. Par un courrier du 5 mars 2001, Magic OnLine a indiqué à France Télécom qu’elle souhaitait voir supprimer certaines restrictions imposées au titre de cette migration, et en particulier, la limitation de celle–ci aux clients Netissimo 1, la contrainte de temps quant aux délais de migration et l’obligation faite aux clients final d’acheter le modem nécessaire au fonctionnement de IP/ADSL. En réponse à ces demandes, et à la suite d’une réunion le 18 avril 2001 entre Magic OnLine et France Télécom, cette

dernière a adressé à la société demanderesse une proposition d'avenant au contrat IP/ADSL, par un courrier du 6 juin 2001. Cette proposition d'avenant, si elle fait droit à l'une des demandes de Magic OnLine en permettant de faire migrer tant les offres Netissimo 1 que les offres Netissimo 2, a cependant maintenu en l'état deux des contraintes opérationnelles dénoncées par la société demanderesse : France Télécom a en effet décalé la date limite de migration au 26 octobre 2001, et a laissé subsister, par ailleurs, le principe d'acquisition du modem nécessaire au fonctionnement de IP/ADSL.

Il s'ensuit que cet échange de correspondances entre les parties doit être regardé comme un échec des négociations commerciales sur la conclusion d'un avenant à la convention d'accès au réseau en vigueur entre les parties, au sens des dispositions de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications.

### **Sur le caractère raisonnable de cette demande**

Concernant l'absence de contrainte de temps quant aux dates de migration, France Télécom a précisé que son offre de migration s'étendait jusqu'au 26 octobre 2001, et que les dernières demandes de migration seraient acceptées jusqu'au 28 septembre 2001.

La demande de Magic OnLine de voir supprimée cette contrainte de date apparaît justifiée. France Télécom n'avance en effet pas de raison technique ou commerciale justifiant que les modalités proposées à Magic OnLine jusqu'au 26 septembre ne puissent être prolongées jusqu'à échéance normale des contrats Netissimo 1 et 2 des clients finaux.

Concernant le transfert du contrat de location du client final à Magic OnLine, France Télécom a précisé que l'offre IP/ADSL ne comprenait pas de location de modem, et impose donc un rachat du modem par le client final, afin de bénéficier des conditions de migration proposées.

France Télécom ne peut être astreinte à proroger son contrat de location avec le client final, ce qui serait contraire à la logique de l'offre IP/ADSL, tant en termes de démarche commerciale qu'en matière de responsabilité de maintenance du modem.

Le rachat du modem est cependant de nature à freiner la migration des clients de l'offre Netissimo vers une l'offre IP/ADSL.

Afin de limiter ce frein à la migration des clients, la demande Magic OnLine de pouvoir se substituer au client pour le rachat du modem, afin de pouvoir lui louer elle-même ce modem ensuite, paraît raisonnable.

En effet, France Télécom n'a pas opposé d'arguments tendant à démontrer une impossibilité technique ou l'existence d'un éventuel surcoût qui serait engendré pour elle par un tel rachat par Magic OnLine.

Une telle option de rachat par substitution devra donc être proposée par France Télécom à Magic OnLine, dans des conditions techniques et tarifaires semblables à celles dont bénéficie le client final dans l'offre actuelle de migration IP/ADSL ; une possibilité d'étalement des paiements apparaîtrait équitable au regard des faits exposés ci-dessus.

### **Décide :**

**Article 1** – La société France Télécom doit faire droit à la demande de rachat du modem des clients Netissimo 1 et 2 par Magic OnLine, dans des conditions techniques et tarifaires identiques aux conditions proposées aux clients finaux dans le cadre de la migration Netissimo vers IP/ADSL qui étaient en vigueur jusqu'au 26 septembre 2001.

**Article 2** – La société France Télécom doit supprimer la contrainte de délai de migration des clients Netissimo 1 et 2. Elle doit permettre la migration des clients Netissimo de Magic OnLine vers l'offre IP/ADSL jusqu'à échéance contractuelle de leurs actuels contrats Netissimo 1 ou 2 dans des conditions identiques à celles proposées à Magic OnLine jusqu'au 26 septembre 2001.

**Article 3** – Le surplus des demandes présentées par Magic OnLine est rejeté.

**Article 4** – Les parties mettront toute convention conclues entres elles en conformité avec la présente décision dans un délai de quinze jours à compter de sa notification.

**Article 5** – Le chef du service juridique est chargé de notifier aux sociétés Magic OnLine, France Télécom et Transpac la présente décision, qui sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 5 octobre 2001.

Pour le Président,  
Le membre du collège présidant la séance  
Michel Feneyrol