

Décision n° 06-0510
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 18 mai 2006
se prononçant sur un différend opposant les sociétés Telegate France et Orange France

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

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 directive 2002/22/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative au service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques ;

Vu l'arrêt du 25 novembre 2004 de la Cour des Justices des Communautés Européennes dans l'affaire C 109/03 KPN Telecom BV v/OPTA-

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 33-4, L. 34, L. 36-8, R. 10-7, R. 11-1 ;

Vu l'autorisation de la société Telegate France en date du 15 juillet 2004 à établir le service téléphonique et autres services que téléphonique ;

Vu l'arrêté du 17 août 2000 autorisant la société France Télécom Mobiles SA à établir un réseau radioélectrique ouvert au public en vue de l'exploitation d'un service numérique paneuropéen GSM F1 fonctionnant dans les bandes des 900 MHz et des 1 800 MHz ;

Vu la décision n° 2003-907 du 24 juillet 2003 établissant pour l'année 2004 les listes des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché des télécommunications ;

Vu la décision de l'Autorité n° 06-0044 en date du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur ;

Vu la demande de règlement d'un différend enregistrée à l'Autorité le 24 janvier 2006, présentée par la société Telegate France, RCS de Paris 453 465 379, dont le siège social est situé 38, rue de Bassano - 75008 Paris, représentée par Maître Martine Georges-Naïm, Cabinet Bersay & associés - 31, avenue Hoche - 75008 Paris ;

Le différend est relatif à la cession de la liste des abonnés de la société Orange France.

Telegate France SA demande à l'Autorité :

- de dire que seuls les coûts spécifiques de livraison de liste d'Orange France à Telegate France doivent être pris en compte pour fixer le prix de la liste d'abonnés d'Orange France ; que le périmètre des coûts à retenir pour appliquer le principe d'orientation vers les coûts du prix de cession de la liste d'abonnés d'Orange France doit exclure les coûts de collecte et de mise à jour des données, quel que soit le mode de collecte des données ; à titre subsidiaire, de constater que les prix d'Orange France ne sont pas justifiés par les coûts éventuels de la mise en œuvre de l'opt-in, alors qu'Orange France disposait déjà d'une liste de ses abonnés et qu'Orange France les avait mis en mesure d'exercer leurs droits ; qu'en tout état de cause Telegate France n'a pas à supporter la charge de démarches qui ont pour seul effet de porter atteinte à l'exercice du droit des abonnés à figurer dans un annuaire et à la perception de la qualité des services de renseignements en général et de ceux de Telegate France en particulier,
- de fixer le prix de la liste d'abonnés d'Orange France sur la base des seuls coûts spécifiques à la livraison de cette liste à Telegate France au prix maximum de 2.000 € par livraison de la liste initiale et de 50 € pour la livraison d'une mise à jour,
- de dire que la structure de tarification doit être indépendante du nombre d'utilisateurs des services de renseignements, et donc du nombre de requêtes ou d'appels aux services de renseignements Telegate France,
- de constater que les modalités contractuelles associées à la structure de tarification devront être revues en conséquence ; que les mécanismes associés à la tarification à la requête proposée par Orange France, relatives au paiement sur la base de prévisions, au comptage et au contrôle des requêtes ou des appels devront être supprimés ; que les nouvelles modalités devront exclure toute intervention d'Orange France dans les activités de Telegate France,
- de dire que Telegate France peut donner accès à sa base, comprenant les données relatives aux abonnés d'Orange France, à toute autre entreprise fournissant des services de renseignements en Europe, et notamment aux sociétés du groupe Telegate,
- de dire que les conditions techniques et financières ainsi déterminées par l'Autorité seront applicables à compter de la première transmission de la liste d'Orange France à Telegate France et qu'un contrat entre Telegate France et Orange France conforme à ces conditions devra être conclu dans un délai de deux semaines suivant la décision de l'Autorité,
- de prendre acte que les principes appliqués pour déterminer les conditions techniques et financières de la communication de la liste d'abonnés d'Orange France, conformes à la jurisprudence de la CJCE, répondent aux besoins justifiés et raisonnables de Telegate France et que rien ne justifie que d'autres opérateurs retiennent des principes différents.

1. Contexte du différend

Telegate France indique que le présent litige s'inscrit dans le contexte de la fourniture par les sociétés Telegate et Le 118 000 de services de renseignements téléphoniques sur le nouveau format de numérotation de type 118XYZ dédié par l'Autorité.

1.1. La mise en place de l'annuaire universel et le lancement des services de renseignements

- Le droit des abonnés de figurer gratuitement dans un annuaire existe depuis dix ans

Telegate France (ci-après Telegate) souligne que le droit pour les utilisateurs de figurer dans un annuaire date de 1995 et a été étendu aux abonnés de réseaux mobiles dès 1998 par la directive 98/10/CE faisant obligation d'assurer que « les abonnés aient le droit de figurer dans les annuaires ». Il résulte de la transposition de ces textes, effectuée en France en

plusieurs étapes, que le droit « pour toute personne d'être mentionnée sur les listes d'abonnés ou d'utilisateurs publiés » doit être mis en œuvre par tout opérateur fixe ou mobile, en France au moins depuis l'ordonnance du 25 juillet 2001.

Telegate indique que c'est au moment de la souscription des abonnements que les opérateurs doivent proposer une offre d'insertion dans un annuaire afin que les abonnés puissent exprimer des restrictions ou refus à figurer dans un annuaire. Telegate souligne que cette obligation pèse sur tous les opérateurs qui ont décidé d'éditer ou non un annuaire et qu'un délai de six mois a été laissé pour que l'infime minorité des abonnés qui n'avait pas déjà bénéficié de la part de leur opérateur d'une offre d'inscription dans un annuaire à la date de publication du décret fixant les modalités d'établissement des listes, soit le 6 août 2003, puisse refuser d'y être inscrit, leur silence valant accord pour y figurer.

Telegate précise que les listes d'abonnés existent de fait dès qu'un opérateur fournit des services téléphoniques et doivent être, en droit, obligatoirement tenues en application des directives européennes depuis 1996, et selon leur transposition tardive en droit français au moins depuis le 6 février 2004.

- En vue de la fourniture de ses services de renseignements, ouverte à la concurrence depuis 1990, Telegate doit demander, et est en droit d'obtenir, les listes des abonnés aux services téléphoniques

Telegate rappelle que l'obligation pour les opérateurs de transmettre aux fournisseurs de services de renseignements téléphoniques des informations relatives à leurs abonnés a été transposée en France dès 2001 par l'article L.33-4 du code des postes et des télécommunications, non modifié sur ce point par l'article L.34 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) dans sa rédaction issue de la loi du 9 juillet 2004. Or, Telegate indique que certains opérateurs ont prétendu que la disponibilité des listes était subordonnée à la publication du décret "annuaire universel" intervenue en 2005. Telegate souligne que ce décret a été pris pour l'application du mécanisme d'opt-in mis en place à la demande des opérateurs mobiles et que c'est par tolérance que l'Autorité a pu considérer que leurs obligations étaient subordonnées à la publication du décret n°2005-606 en leur laissant ainsi un délai de quatre mois pour mettre en place ce dispositif.

Telegate indique, que dès le 29 janvier 2005, l'Autorité a imposé comme condition d'attribution et règle d'utilisation des numéros du format 118XYZ l'obligation d'assurer un service universel de renseignements. Telegate souligne qu'elle s'est engagée à assurer un tel service de renseignements au sens de l'article R.10-7 du CPCE et qu'elle est prête à le satisfaire et dans l'obligation de se procurer les listes correspondantes auprès des opérateurs.

Telegate estime donc que les opérateurs ont eu le temps nécessaire pour préparer les conditions techniques et financières de mise à disposition de leurs listes d'abonnés pour répondre aux demandes qui leur seraient présentées en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements.

- Le calendrier d'ouverture à la concurrence des services de renseignements, et partant de la nécessité d'assurer celui de la disponibilité des listes d'abonnés aux conditions légales, est connu de longue date

Telegate rappelle que l'on sait depuis un an que les utilisateurs pourront, dès le 2 novembre 2005, consulter des services de renseignements concurrents sur le marché et obtenir des informations sur l'ensemble des abonnés aux différents réseaux. Telegate indique que les fournisseurs souhaitant obtenir des services de qualité devront établir des bases exhaustives et avoir préalablement obtenu communication, aux conditions techniques et financières prévues par la loi, des listes de tous les opérateurs de services téléphoniques. Telegate rappelle aussi que ces fournisseurs devront pouvoir satisfaire à leur obligation d'assurer un service universel de renseignements. Telegate note que les utilisateurs seront sensibles à la qualité de service, d'autant que la fermeture des anciens numéros sera effective dès le 3 avril 2006.

- L'ouverture commerciale des services de renseignements au 2 novembre 2005 a été un révélateur du non-respect par les opérateurs de leurs obligations

Telegate estime que les opérateurs n'ont pas respecté leurs obligations à double titre :

- l'état des lieux sur la mise en place de l'annuaire universel a mis en lumière des lacunes, retards ou insuffisances dans le processus de cession des listes d'abonnés par les différents opérateurs de réseaux fixes et mobiles,
- les contraintes de calendrier ont conduit les fournisseurs de services de renseignements à donner rapidement aux utilisateurs de leurs services l'accès aux informations concernant le plus grand nombre d'abonnés, à accepter les conditions techniques et tarifaires proposées, parfois tardivement par les opérateurs, sans avoir le temps de les négocier.

Telegate indique que sur le premier point, l'Autorité a constaté un retard dans la mise en œuvre du dispositif en annonçant des actions visant à imposer aux opérateurs le respect de leurs obligations. Telegate précise que sur le second point, il est apparu que l'Autorité n'avait encore décidé d'intervenir.

1.2. Les relations entre Telegate et les opérateurs de services téléphoniques

Telegate souligne qu'elle a transmis à l'Autorité un état des lieux de la mise à disposition des listes d'abonnés par les différents opérateurs en vue d'une réunion prévue le 30 novembre 2005. Telegate précise que cet état faisait apparaître que les délais de réaction des opérateurs, notamment mobiles, ne permettaient pas de disposer d'une base exhaustive d'abonnés permettant d'assurer l'universalité des services de renseignements, ni de bénéficier de conditions techniques et financières acceptables et des conditions contractuelles associées.

Telegate indique que compte tenu de l'importance de la base de données de France Télécom et de la durée des tests techniques nécessaires à l'ouverture de son service, Telegate a accepté, pour des raisons de délais, de signer un contrat avec France Télécom. Telegate précise que d'autres opérateurs lui ont fait des propositions qui n'intégraient pas la nécessité de disposer de bases de données de plusieurs opérateurs, ni les évolutions juridiques intervenues.

1.3. Le différend entre Telegate et Orange France

- Les négociations

Telegate souligne qu'à la suite de sa demande, Orange France (ci après Orange) lui a transmis le 29 septembre 2005 un projet de contrat comportant les conditions techniques et tarifaires. Telegate indique qu'une réunion s'est tenue le 18 novembre 2005 avec Orange qui a fait l'objet d'un compte rendu dont le texte fait encore l'objet de réserves au moment de la saisine.

Telegate considère que la structure de tarification proposée par Orange ne peut pas être liée à l'utilisation des services de renseignements et donc au nombre d'appels à son service. Telegate note que les restrictions posées par Orange interdisant d'utiliser les données pour fournir des services de renseignements en Europe ne sont pas justifiées.

Telegate indique que le 4 janvier 2006, Orange lui a transmis un second projet de contrat comportant des modifications qui ne répondaient pas à ses demandes, notamment sur le niveau et la structure tarifaire et les conditions d'utilisation de la liste d'abonnés. Telegate a donc demandé le 11 janvier 2006 à Orange si elle maintenait sa position sur ces points en lui indiquant qu'en l'absence d'évolution, Telegate ne pourrait que constater l'existence d'un différend entre les deux parties sur les conditions techniques et tarifaires de la fourniture de la liste d'abonnés. Telegate souligne que le 16 janvier 2006, Orange a répondu qu'elle maintenait ses positions.

- Les discussions multilatérales

Telegate indique que parallèlement à ces échanges, elle a fait part de sa position de principe sur la tarification des listes d'abonnés lors de deux réunions à l'Autorité les 10 et 30 novembre 2005, position qui était d'ailleurs partagée par plusieurs autres fournisseurs de services de renseignements ou éditeurs d'annuaires. Telegate souligne que l'Autorité a indiqué qu'elle procéderait à un examen de la jurisprudence sur les lignes directrices si elle était saisie de la question dans le cadre d'un règlement de différend.

- Le périmètre du différend avec Orange est circonscrit

Telegate rappelle que le tarif proposé par Orange n'est pas orienté vers les coûts et fait peser des charges excessives sur Telegate. Telegate considère que la structure de tarification n'est pas conforme à la réglementation car cette structure doit être dissociée du nombre d'utilisateurs et du nombre d'appels au service de renseignements.

Telegate souligne que les restrictions de la liste d'Orange font obstacle à la libre fourniture de service de renseignements par le groupe Telegate dans l'Union européenne et au libre accès par les utilisateurs des pays membres de l'Union à l'annuaire universel mis en place en France.

2. Sur la recevabilité des demandes de Telegate

2.1. Le différend est relatif à la cession des listes d'abonnés

Telegate souligne que le litige qui l'oppose à Orange est relatif aux conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés et relève de la compétence de l'Autorité conformément à l'article L. 34 du CPCE.

- Statuts et droits de Telegate

Telegate estime qu'elle est en droit de présenter à Orange une demande afin d'obtenir la communication de la liste de tous ses abonnés ou utilisateurs à des conditions techniques et financières conformes à la réglementation européenne et française, et notamment à un tarif orienté vers les coûts d'Orange.

- Statuts et obligations d'Orange

Telegate considère qu'Orange doit respecter les règles définies à l'article L. 33-1 I h) du CPCE à savoir de faire droit aux demandes présentées par Telegate en vue de fournir ses services universel de renseignements et de lui communiquer la liste de ses abonnés à un tarif orienté vers les coûts.

2.2. Sur l'échec des négociations

Telegate souligne qu'il ressort des comptes rendus et propositions transmises par Orange que ses demandes n'ont pas été satisfaites. Telegate demande à l'Autorité de constater l'échec des négociations et déclarer recevables ses demandes.

3. Sur la compétence de l'Autorité pour déterminer les conditions techniques et financières de cession des listes d'abonnés

En application du 2°) du paragraphe II de l'article L.36-8 du CPCE : « *En cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de régulation des télécommunications peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre, ainsi que celles du chapitre III du titre II, notamment ceux portant sur (...) 2°) Les conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L.34 ; ...* », Telegate considère que l'Autorité est compétente pour fixer les conditions techniques et financières de la communication des listes d'abonnés.

4. Sur la fixation des conditions techniques et financières

4.1. Sur le cadre juridique applicable à la cession des listes d'abonnés

Telegate rappelle que le cadre juridique national fixé à l'article L. 34 du CPCE doit être appliqué par les autorités nationales dans le respect du droit communautaire.

- Le cadre national impose le principe d'orientation vers les coûts du prix de cession des abonnés annuaires d'Orange

Telegate souligne que l'obligation d'orientation vers les coûts est prévue aux articles L. 34 et R. 10-6 du CPCE.

- L'application du principe d'orientation vers les coûts au cas de la mise à disposition des données à des entreprises concurrentielles sur le marché de fourniture d'annuaires a été précisé par la CJCE en 2005

Telegate souligne que conformément à l'arrêt de la CJCE du 25 novembre 2004 (Affaire C109/03 ; KPN Telecom BV v/OPTA) :

- les coûts à prendre en compte ne peuvent porter que sur les coûts de fourniture du service, dont ne font pas partie les coûts de collecte et de maintenance de la base de données ;
- une structure de tarification liée à l'utilisation du service de renseignements ne peut être considérée comme orientée vers les coûts.

Selon Telegate, l'analyse de l'avocat général éclaire particulièrement ces deux points.

En premier lieu, la tenue d'une liste d'abonnés, comportant à la fois des informations devant figurer dans l'annuaire universel et celles devant être exclues, doit d'abord et avant tout être regardée comme une activité liée à la fourniture de services téléphoniques « et non comme une activité séparée nécessitant des coûts supplémentaires destinés à permettre l'édition d'annuaires universels »¹, et ce parce qu'en fine, il importe aux fournisseurs de services téléphoniques que leurs abonnés soient dans un annuaire pour promouvoir leurs propres services.

Telegate déclare que l'Autorité de régulation allemande a eu l'occasion d'appliquer la jurisprudence de la Cour de Justice. Selon Telegate, l'autorité de régulation allemande estime que la décision de la CJCE exclut que l'on fasse supporter au bénéficiaire des données les coûts d'obtention des données, dans la mesure où ils doivent être alloués exclusivement à la fourniture du service téléphonique.

En deuxième lieu, la structure de tarification à l'usage n'est pas pertinente au regard des conclusions de l'avocat général dans l'affaire OPTA/KPN : « *La proposition de KPN de lier le prix des informations pertinentes au nombre d'utilisateurs finals des annuaires téléphoniques ne peut pas être analysée comme orientée vers les coûts au sens de l'article 6, paragraphe 3 de la directive. Les coûts de collecte et de mise à disposition desdites informations sont liés au nombre d'abonnés à la téléphonie vocale, non au nombre d'annuaires téléphoniques universels ou d'utilisateurs de ces annuaires* »².

- Les textes nationaux ne s'opposent pas à une application en France conforme aux principes posés par la CJCE

D'autre part, Telegate rappelle que l'article R 10-6 du CPCE dispose que : « *Les tarifs de cette communication [des listes d'abonnés], qui reflètent le coût du service rendu, sont établis par chaque opérateur selon les principes suivants : ...* ». Selon Telegate, il faudrait en déduire que le service rendu dont les coûts sont à prendre en considération est celui de la « *communication des listes* ».

Telegate considère que l'interprétation de l'ARCEP dans le différend Iliad (décision n°03-1038 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 23 septembre 2003)

¹ Conclusions de l'avocat général, point 48.

² Conclusions de l'avocat général, point 50.

« que les coûts à prendre en compte sont les coûts incrémentaux correspondants à l'activité » ou dans les lignes directrices est devenue incompatible avec une application pleine et uniforme du droit européen. Telegate mentionne d'ailleurs que l'Autorité a indiqué, en novembre 2005 qu'« à ce stade, [elle n'avait] pas tranché sur la compatibilité et la cohérence des lignes directrices avec l'arrêt de la CJCE »³.

Telegate estime que l'Autorité peut s'écarter des lignes directrices pour les raisons suivantes :

- l'Autorité ne peut se considérer comme liée par une norme non contraignante ;
- l'Autorité est tenue à un examen particulier de chaque différend qui lui est soumis ;
- l'Autorité doit se prononcer en fonction des éléments de droit et de fait dont elle a connaissance au moment où elle se prononce. Selon Telegate, elle ne peut ignorer que les orientations énoncées dans les lignes directrices conduiraient, en droit, à appliquer des principes incompatibles avec ceux fixés par la CJCE ;
- l'Autorité est tenue de prendre en compte l'interprétation donnée à une norme communautaire par la CJCE.

4.2. Les conditions proposées par Orange ne sont pas conformes à la réglementation et font peser des charges excessives sur Telegate

- Sur le niveau tarifaire

Telegate estime que le niveau du tarif proposé par Orange est inacceptable car le périmètre retenu ne peut servir de base au calcul des tarifs d'Orange (conformément à une décision de l'Autorité allemande, seuls les coûts spécifiques pour transmettre la liste à Telegate peuvent être inclus dans le périmètre des coûts pertinents selon la jurisprudence de la CJCE) et ne justifie pas un tel niveau tarifaire.

Telegate note que le tarif appliqué par Orange est de 0,0577 € par requête, soit 0,1154 € par appel ce qui est 20 fois supérieur à celui établi par France Télécom pour les données relatives aux abonnés de son service téléphonique fixe.

Telegate ajoute que le système de l'opt-in n'est pas de nature à modifier cette analyse car les règles posées par la Cour de Justice ne sont pas liées au mode de collecte des données. Selon Telegate, le coût correspondant à l'opt-in est lié à la collecte des données, et n'est donc pas un coût pertinent pour la transmission de la liste d'abonnés à Telegate.

Telegate ajoute que les abonnés mobiles bénéficient en pratique depuis longtemps déjà d'une offre d'insertion dans les listes d'abonnés. L'obligation d'établir un annuaire universel existait bien avant que ne soit introduit, en France, le dispositif spécifique d'opt-in. Selon Telegate, les abonnés devaient donc être et ont été de fait mis en situation d'exercer leurs droits lors de la souscription des abonnements.

³ Compte rendu de la réunion du groupe de travail « cessions des listes d'abonnés » du 30 novembre 2005, P.J. n°10

Selon Telegate, dans certains pays européens comme l'Allemagne ou l'Espagne, le régime d'opt-in a été mis en place, et l'interprétation de Telegate a été retenue pour la détermination du périmètre des coûts à prendre en compte.

Telegate ajoute qu'il serait inéquitable de lui faire supporter les coûts des méthodes d'Orange, qui ont vidé les listes d'abonnés de leur substance.

- La structure de tarification

Telegate demande à l'Autorité de constater que la structure de tarification à la requête n'est pas conforme au principe d'orientation vers les coûts, que les mécanismes d'établissement de prévisions, de comptage et d'audit sont sans objet dans une structure tarifaire basée sur le coût de la transmission technique des données et doivent être supprimés.

Telegate demande à l'Autorité de fixer le tarif de la communication des listes d'abonnés d'Orange sur la base des seuls coûts spécifiques à la livraison de cette liste aux prix maximum de 2.000 € par livraison de la liste initiale, ce qui couvre les coûts de mise en œuvre d'un programme informatique initial, et à 50 € pour la livraison d'une mise à jour, correspondant au coût d'exploitation d'un programme HTP pour une mise à jour automatique de la base.

5. Les demandes de Telegate relatives aux conditions financières sont justifiées

5.1. Au regard des obligations légales opposables à Orange

Telegate renvoie à ses précédentes observations.

5.2. Au regard des benchmarks et des besoins de Telegate

Telegate souligne que l'état des lieux pratiqués dans les principaux européens fait apparaître que les coûts retenus pour établir les tarifs sont les seuls coûts de livraison en Autriche, en Allemagne, aux Pays-Bas, au Danemark, en Norvège, en Suède, en Belgique, en Espagne et en Italie.

5.3. Au regard des besoins de Telegate

Telegate estime qu'une augmentation substantielle du poids de la base d'Orange conduirait Telegate à supporter des coûts disproportionnés pour l'obtention de données nécessaires à son activité. Telegate estime ainsi à 43 M€ par an le prix payé par l'ensemble des fournisseurs si l'on prend pour hypothèse raisonnable un taux d'inscription des abonnés Orange de 50%.

Telegate considère que la structure de tarification basée sur la requête l'expose à ne pas prévoir ses propres coûts. Telegate demande à ce que la structure tarifaire soit basée sur l'acte de livraison et que la facture correspondante soit établie lorsque la prestation correspondante a été effectuée par Orange.

Telegate estime que la structure de tarification à la requête, mise en place par France Télécom dans un environnement quasi monopolistique, reposait implicitement sur le postulat, aujourd'hui caduc, que la base d'un seul opérateur devait être consultée par le fournisseur de service pour fournir le renseignement qui lui est demandé sur un abonné.

Telegate indique qu'Orange a mis en place un système de comptage permanent et à son initiative, un système d'audit étendu, alors qu'Orange est concurrent de Telegate sur le marché des annuaires et des services de renseignements.

6. S'agissant de la demande relative à l'utilisation de sa base pour la fourniture de services de renseignements en Europe.

Telegate souligne qu'elle demande que sa propre base, comprenant les données transmises par Orange, puisse être consultée par toute autre entreprise fournissant des services de renseignements en Europe, notamment par les sociétés du groupe Telegate. Telegate estime que la consultation de sa base par d'autres éditeurs d'annuaires ou fournisseurs de services consiste à fournir aussi un service de renseignements ou d'annuaire.

6.1. La demande de Telegate est justifiée au regard de la réglementation nationale et communautaire

Telegate rappelle que les textes communautaires n'exigent pas que la cession des listes soit effectuée directement à l'éditeur du service de renseignements. Ainsi l'article L. 34 du CPCE précise que les opérateurs sont tenus de communiquer leur liste « *sur toute demande présentée [...] en vue de fournir un service universel de renseignements* ». Selon Telegate, il est ainsi évident que le 118 000 doit pouvoir consulter la base de Telegate, qui inclura des données sur les abonnés d'Orange. Ensuite, Telegate indique que rien n'autorise à limiter aux seuls utilisateurs situés en France l'accès aux informations contenues dans l'annuaire universel. Enfin, selon Telegate, rien ne permet de restreindre aux fournisseurs de renseignements en France la possibilité d'obtenir communication des listes d'abonnés auprès des opérateurs. Cette possibilité doit en particulier être ouverte aux éditeurs d'annuaires, qui doivent bénéficier des dispositions de l'article L. 34, dans une interprétation large ainsi que le suggère l'article 25.2 de la directive 2002/22/CE. Telegate précise qu'en tout état de cause ses filiales doivent être considérées comme fournisseurs d'un service universel de renseignements.

6.2. La demande de Telegate est justifiée au regard de ses besoins et de ceux du groupe Telegate

Telegate montre par la suite en quoi sa demande est justifiée au regard des besoins de son activité et de celle du groupe Telegate. La possibilité d'accéder à la base de Telegate conditionne ainsi la fourniture par le groupe Telegate de services de renseignements internationaux, puisque sans cette possibilité, la fourniture des renseignements français serait d'un coût disproportionné, chaque filiale étant obligée d'acquérir la base d'Orange, comme les bases des autres opérateurs.

6.3. La demande de Telegate est justifiée au regard des besoins des utilisateurs européens

Telegate considère que la restriction que lui impose Orange fait obstacle à ce que les utilisateurs européens des services de Telegate aient accès à l'annuaire universel des abonnés aux services téléphoniques de réseaux français.

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 31 janvier 2006 adressée aux parties leur transmettant le calendrier de dépôt des mémoires et portant désignation des rapporteurs ;

Vu les observations en défense enregistrées à l'Autorité le 28 février 2006, présentées par la société Orange France, RCS de Nanterre B 428 706 097, dont le siège social est situé 41-45, boulevard Romain Rolland - 92120 Montrouge, représentée par M. Didier Quillot, Président directeur général ;

A titre principal, Orange France (ci-après Orange) entend démontrer que les observations de Telegate France (ci-après Telegate) sont irrecevables au regard des articles L. 36-8 et L. 34, puisque dans l'hypothèse où ces demandes seraient considérées comme recevables, les conditions pratiquées par Orange sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires et que la demande d'accès à la liste des abonnés ou utilisateurs d'Orange par tout tiers est totalement déraisonnable et illégitime.

A titre liminaire, Orange entend démontrer que Telegate (ci-après Telegate) procède dans ses écritures à une présentation fallacieuse et erronée des faits.

1. Sur le droit à la protection des données personnelles

Orange rappelle que la transmission aux éditeurs de service universel de la liste des abonnés et utilisateurs s'applique dans la limite du respect des droits des personnes en matière de protection des données à caractère personnel et de la vie privée qui s'impose aux opérateurs. Tant l'article L 34 du code des postes et communications électroniques que la directive relative au service universel 2002/22 précisent que la publication des listes et l'obligation de fourniture à charge des opérateurs s'appliquent « sous réserve des exigences de la législation en matière de protection des données à caractère personnel ».

Selon Orange, Telegate remet en cause les dispositions relatives au respect des données personnelles, ce qu'elle ne saurait faire dans le cadre de la procédure de règlement de différend prévue à l'article L 36-8.

2. Sur le processus d'établissement de la liste des abonnés ou utilisateurs et l'historique de la réglementation

Orange souligne que lors de la réunion du 18 novembre avec Telegate, Orange a affirmé qu'en aucun cas 100 % de ses clients ne figuraient dans une liste destinée à paraître. Orange rappelle que jusqu'en 2003, les abonnés pouvaient faire paraître dans les annuaires de France Télécom leur numéro mobile mais n'étaient pas intégrés dans une liste établie par Orange. Orange souligne qu'elle ne disposait alors pas dans son système d'information d'un outil de gestion de listes de clients à des fins de services d'annuaires ou de renseignements.

Orange indique qu'aucune liste des abonnés ou utilisateurs de ses offres contenant les souhaits de parution et les demandes d'opposition et répondant aux exigences d'information préalable sur les finalités de constitution d'une telle liste n'a existé avant septembre 2005. Orange rappelle que les textes réglementaires permettant d'encadrer et de rendre effective la collecte par les opérateurs mobiles des données annuaires n'ont conduit à la mise en œuvre, en pratique, des obligations fixées par le CPCE qu'à l'automne 2005.

Contrairement aux affirmations de Telegate, Orange souligne que depuis 1996 et jusqu'à l'ordonnance du 25 juillet 2001, l'obligation à la charge des opérateurs n'était pas la fourniture de leurs données aux éditeurs d'annuaires ou aux fournisseurs de services de renseignements mais à un organisme devant gérer la liste des opérateurs, lequel n'a jamais été mis en place. Orange rappelle que l'ordonnance du 25 juillet 2001 a supprimé l'existence d'un tel organisme en mettant cette obligation à la charge des opérateurs. Orange considère qu'il ne peut donc lui être reproché de ne pas avoir mis en œuvre une collecte de données personnelles sans attendre la parution du décret prévu par l'ordonnance précitée. Orange souligne que, dès la publication du décret le 6 août 2003, elle a mis en œuvre les moyens nécessaires pour se conformer à ses obligations.

Orange précise qu'elle doit assurer la mise à disposition d'une liste d'abonnés et d'utilisateurs auxquels elle a affecté un numéro aux éditeurs d'annuaires universels et de services de renseignements universels, ainsi qu'une information précise et loyale de la finalité de la collecte qu'elle réalise et des droits dont disposent les clients afin de garantir la protection de leurs données personnelles et le respect de leur vie privée. Orange indique que c'est dans ce cadre qu'elle a participé aux travaux menés par la CNIL et l'Autorité, ce qui l'a conduite à mettre en œuvre des processus d'information et de collecte de données auprès de ses clients et de cession de listes aux éditeurs.

Partie I - A titre principal, Orange souligne que les demandes de Telegate sont irrecevables au regard des dispositions des article L. 34 et L. 36-8 du CPCE

I. La demande de Telegate est une demande de régulation

Orange rappelle qu'au titre de l'article L. 36-8 du CPCE, les décisions prises par l'Autorité ne peuvent pas par nature avoir d'effet à l'égard d'autres opérateurs que ceux qui sont parties au litige en raison de l'effet relatif de ces décisions.

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 96-378 a lui-même reconnu que la procédure d'arbitrage était instituée à dessein de trancher des litiges portant sur des conventions de droit privé qui ne sauraient donc avoir de portée juridique pour l'ensemble des opérateurs.

La demande de Telegate de prendre acte que « rien ne justifie que d'autres opérateurs retiennent des principes différents [de ceux qui seraient retenus par l'ARCEP suite à sa saisine]⁴ » est irrecevable.

II. Sur l'échec des négociations

Orange estime que Telegate n'a pas eu la volonté de négocier de bonne foi le contrat proposé par Orange aux éditeurs d'annuaires ou aux fournisseurs de services de

⁴ Saisine de l'ARCEP par Telegate France – page 37/37.

renseignements téléphoniques mais que celle-ci s'inscrivait dès le départ dans une phase contentieuse.

Selon Telegate, il ressort d'un précédent arbitrage devant l'Autorité, de même que des lignes directrices du 16 décembre 2004 comme des travaux que cette dernière a menés postérieurement, que les modalités de calcul ne peuvent manifestement pas conduire à la fixation d'un tarif ne couvrant que le support des données transmises.

Orange indique que le 10 mars 2005, Telegate lui a demandé de lui transmettre les conditions techniques et tarifaires de cession de sa liste d'abonnés et d'utilisateurs souhaitant paraître dans les services d'annuaires et de renseignements universels. Orange souligne qu'elle a répondu à cette demande le 25 avril 2005 en indiquant à Telegate qu'elle n'était pas en mesure de lui communiquer ces conditions en raison du contexte réglementaire évolutif. Orange précise qu'elle a proposé à Telegate de prendre connaissance des conditions de l'expérimentation technique menée avec des éditeurs d'annuaires et de services de renseignements afin de tester le système d'élaboration et de transmission de sa liste d'abonnés et d'utilisateurs en cours de développement, proposition à laquelle Telegate n'a pas répondu.

Orange indique que, le 6 juillet 2005, une réunion s'est tenue entre les parties concernant les conditions d'accès et d'ouverture des numéros 118XYZ sur son réseau au cours de laquelle une présentation de l'état d'avancement de l'offre annuaire a été effectuée et au cours de laquelle Telegate a été initiée à participer à l'expérimentation en cours.

Orange précise qu'elle a transmis le 29 septembre 2005 à Telegate un projet de contrat de mise à disposition de la liste d'abonnés et d'utilisateurs souhaitant paraître dans les annuaires et les services de renseignements universels auquel Telegate a formulé ses remarques le 2 novembre 2005. Orange indique qu'une réunion s'est tenue entre les parties le 18 novembre qui a fait l'objet d'un compte rendu sur lequel Telegate a transmis ses remarques.

Orange conclut de son argumentation que la demande de Telegate est irrecevable, faute d'avoir été précédée par un échec des négociations.

III. La demande d'accès à la liste des abonnés par tout fournisseur de services de renseignements est irrecevable

Orange considère que cette demande est irrecevable au regard des dispositions des articles L. 34 et L. 36-8 du CPCE puisqu'elle n'a pas pour objet la fourniture de services de renseignements universels et ne porte pas sur des conditions techniques et tarifaires de fourniture de la liste.

Orange constate que la demande de Telegate est motivée par son souhait de donner accès à la liste des abonnés et des utilisateurs des offres d'Orange à tout tiers en Europe quel que soit le service de renseignements fourni et estime que l'Autorité n'est pas compétente pour statuer sur cette demande dans le cadre de l'article L. 36-8 du CPCE. Orange demande à l'Autorité de constater l'irrecevabilité de la demande de Telegate.

Partie II – Orange soutient à titre subsidiaire, que les demandes de Telegate sont infondées et injustifiées.

A titre liminaire, Orange demande à l'Autorité de constater que ses conditions tarifaires respectent les dispositions du CPCE et les travaux menés sous l'égide de l'Autorité.

Orange rappelle que la méthode de tarification à l'usage effectif a été définie par l'Autorité et validée dans ses lignes directrices du 16 décembre 2004. Orange souligne que c'est dans cet esprit qu'elle a mis en place une tarification à l'usage effectif en appliquant les coefficients de volume définis par l'Autorité. Orange indique qu'elle applique le tarif à la requête (5,77 c€ à la date de signature du contrat), sur les requêtes effectuées sur la base de ses numéros présents dans la base agrégée de chaque fournisseur.

Orange s'oppose à la méthode retenue par Telegate dans sa saisine consistant à montrer un prix des données fixe dans le temps. Orange observe que son contrat n'indique pas que le tarif de la requête est fixe et définitif pour les années à venir, d'autant qu'il a été établi en fonction des coûts supportés par Orange et du nombre prévisionnel des requêtes. Orange indique qu'en fin de période contractuelle, une régularisation est effectuée tenant compte du constaté sur les requêtes globales sur la base de l'éditeur, sur la taille moyenne de la base d'Orange afin de recalculer le nombre de requêtes effectuées sur les données Orange et sur l'évolution des coûts supportés.

Orange indique alors que si elle avait un nombre moyen de 530 000 numéros dans sa base et que Telegate avait 25% de parts de marché, elle ne facturerait que 167 964 € à Telegate et non 8 366 500 € comme l'évaluerait Télégate selon la méthode de calcul présentée dans sa saisine.

S'agissant des modalités de contrôles inhérentes au mécanisme de tarification à la requête, Orange indique qu'elle a fait droit aux demandes de Telegate en allégeant les contrôles sur l'utilisation des données d'Orange en supprimant la notion de permanence de contrôle.

I.A. Les coûts fixant la rémunération de l'opérateur mobile cessionnaire des listes sont conformes aux textes en vigueur

I.A.1. Sur la nature des coûts pouvant être pris en compte

Orange rappelle que l'article R. 10-6 du CPCE précise les conditions de rémunération des opérateurs qui communiquent ces listes d'abonnés ou d'utilisateurs au titre de l'article L. 34 du CPCE. Orange constate que l'argumentation développée par Telegate indiquant que seuls les coûts résultant du transfert du support matériel de la liste devraient être pris en compte dans le prix de cession des listes d'abonnés ou d'utilisateurs est erronée pour les raisons suivantes :

- la notion de « fourniture » [de listes d'abonnés] de l'article R. 10-6 ne saurait être interprétée comme un synonyme de « communication » [de listes d'abonnés] au sens matériel du terme. La notion de « fourniture » [des listes] est selon Orange une notion reprise dans les textes français et communautaires qui ne saurait être interprétée de façon restrictive en excluant les activités amont nécessaires, notamment celle de collecte des données ;

- le terme « notamment » qui figure dans l'article R 10-6 démontre selon Orange que la liste des postes de coûts mentionnée ne saurait être exhaustive.
- les coûts pouvant être pris en compte pour la fixation du tarif de communication des listes sont « ceux qui sont causés, directement ou indirectement par la fourniture des listes d'abonnés ». Or, selon Orange, Telegate fait complètement abstraction dans sa démonstration de la notion de coûts indirects.
- Si la notion de « fourniture » était synonyme de « communication » au sens matériel du terme, Orange voit mal pourquoi auraient été apportées dans l'article R 10-6 les précisions quant à la distinction entre les « coûts spécifiques », qui doivent être retenus, et les « coûts liés à d'autres activités de l'opérateur » qui sont écartés.

I.A.2. Sur l'établissement de la liste d'abonnés ou d'utilisateurs

Orange souligne que les décrets du 1^{er} août 2003 et 27 mai 2005 pris en application de l'article L 34 du CPCE précisent les activités que doit mettre en œuvre l'opérateur pour établir la liste d'abonnés. Orange indique que les activités liées à la constitution de cette liste sont spécifiques et impliquent des traitements informatiques propres et un format de données défini par l'Autorité. Orange note que si les conditions de collecte ne relèvent pas de l'Autorité, elle créent à la charge des opérateurs des obligations qui sont source de coûts et s'ajoutent à celles d'établissement de la liste. Par exemple, il est nécessaire de vérifier l'exactitude des données notamment lorsqu'il s'agit des données sensibles que sont les professions réglementées.

I.A.3. Sur les modalités de collecte des données

Orange indique que l'établissement de la liste impose aux opérateurs de procéder à une information et une collecte précise pour réaliser la liste destinée aux fournisseurs de services de renseignements et d'annuaires universels. Orange rappelle que toute la procédure d'information et de collecte est rappelée aux articles L. 34 et R. 10-1 du CPCE.

Ainsi, conformément aux dispositions de l'article R. 10-1, à défaut de consentement préalable, les abonnés ne sont pas mentionnés sur les listes d'abonnés ou d'utilisateurs. Le recueil du consentement des abonnés ou utilisateurs doit donc être spécifiquement mis en œuvre par l'opérateur.

Selon Orange, les activités d'information sont également causées par les besoins d'une réalisation d'une liste aux seules fins d'éditions de services d'annuaires et de fourniture de services de renseignements.

I.B. Sur les conditions financières

Orange estime que conformément à la jurisprudence, aux dispositions réglementaires et aux lignes directrices relatives aux conditions financières de cession, les coûts qu'elle a retenus sont les coûts incrémentaux spécifiques pour pouvoir remplir son obligation d'informer, de collecter et de fournir les données telles que définies dans le décret du 27 mai 2005.

En effet, selon les lignes directrices de l'ARCEP du 16 décembre 2004 : « *Les coûts pertinents correspondent donc aux coûts qui ne seraient pas encourus par les opérateurs en*

l'absence d'obligation de fournir des listes d'abonnés conformes aux dispositions du code des postes et des communications électroniques (CPCE) ». Selon Orange, c'est d'ailleurs sur le fondement de la décision qu'elle a rendue le 23 septembre à l'occasion du règlement de différend opposant les sociétés Iliad et France Télécom⁵ qu'elle procède à cette analyse.

Selon Orange, ces lignes directrices ne font que confirmer la cohérence des approches retenues par l'ARCEP et le Conseil de la Concurrence. Orange déclare que l'Autorité a identifié les postes de coûts pouvant être pris en compte par l'opérateur dès lors qu'ils correspondent à des prestations que l'opérateur n'aurait pas mises en œuvre pour lui-même. Orange a ainsi considéré trois catégories de coûts :

- les coûts de constitution de la base annuaire ;
- les coûts de mise à jour de la liste ;
- les coûts de gestion commerciale vis-à-vis des éditeurs.

II. Orange soutient que les conditions financières demandées par Telegate sont déraisonnables et inéquitables

Orange demande à l'Autorité de rejeter les demandes de Telegate car elles sont déraisonnables et inéquitables.

II.A. Le tarif demandé par Telegate est sans rapport avec les coûts du service rendu par Orange

Orange estime que la demande de Telegate remettrait en cause le principe du coût incrémental et les dispositions réglementaires résultant des textes communautaires et renvoie à son argumentation développée précédemment.

II.B. Le principe de tarification à la requête a été retenu par l'Autorité

Orange rappelle que l'Autorité a privilégié la tarification à l'usage effectif et donc un prix à la requête afin d'assurer sur les marchés finals du renseignements des conditions équivalentes pour les différents acteurs.

II.C. Les conditions proposées par Orange sont compatibles avec la décision C- 109/03 KPN Telecom BV v OPTA

Orange considère que le tarif qu'elle propose est conforme à la décision susvisée. Orange souligne que le tarif proposé et les modalités de tarification ne sont pas en désaccord avec cette décision visant à interpréter l'article 6-3 de la directive ONP relative à la fourniture d'un réseau public et au service universel.

Selon Orange, la décision de la CJCE est fondée sur la disponibilité des données au titre des prestations de téléphonie rendues par l'opérateur, comme l'indique la CJCE : « est indissolublement liée au service de téléphonie et n'exige aucun effort particulier de la part du prestataire du service universel. »

⁵ Décision ARCEP n°03-1038

II.D. Sur la remise en cause du principe de sécurité juridique et de confiance légitime

Orange rappelle que le régulateur s'est impliqué dans la mise en place de l'annuaire universel et c'est dans ce contexte qu'elle a développé des procédures et des architectures techniques compatibles aux travaux menés par l'Autorité en mettant en place des mécanismes permettant de justifier des postes de coûts. Orange estime que si l'Autorité faisait droit aux demandes Telegate, elle remettrait en cause l'ensemble des travaux et recommandations effectuées.

Par suite, Orange demande à l'Autorité de rejeter les demandes de Telegate relatives aux conditions financières ainsi que les conditions contractuelles en matière d'accès à la liste d'abonnés par tout tiers.

III. Sur la demande d'accès à la liste des abonnés par tout fournisseur de services de renseignements en Europe

Orange considère que la demande de Telegate d'accès à la liste par tout fournisseur de services de renseignements en Europe est illégitime et que les conditions d'accès sont déraisonnables.

III.A. La demande de Telegate est contraire aux dispositions légales et réglementaires

Orange rappelle que les dispositions de l'article R. 10-4 du CPCE interdisent l'usage de la liste communiquée par Orange à d'autres fins que celles visées à l'alinéa 4 de l'article L. 34 du CPCE.

III.B. Les conditions revendiquées sont infondées juridiquement et déraisonnables

Orange précise qu'elle n'a opposé aucun refus de contracter avec une société dûment mandatée par un éditeur ou un fournisseur de service de renseignements répondant aux conditions de l'article L. 34.

III.B.1. Le droit pour Orange d'interdire la vente de la liste de ses abonnés ou utilisateurs

Orange souligne que l'article R. 10-4-II alinéa 2 du CPCE interdit aux opérateurs la revente des données. Orange note que la demande de Telegate consiste à concéder des droits d'usage à des tiers sur tout ou partie des données composant la liste établie par Orange qui ne dispose d'aucune obligation en la matière.

Orange souligne qu'elle bénéficie d'un droit d'interdire la réutilisation des données contenues dans la liste qui serait transmise à Telegate.

III.B.2. Les conditions financières revendiquées par Telegate sont déraisonnables

Orange considère que si l'Autorité devait déclarer recevable la demande de Telegate quant à la vente de données à des tiers, il serait contestable que les conditions de communication de celles-ci soient celles prévues aux articles L. 34 et R. 10-6 du CPCE. Orange souligne que l'orientation vers les coûts des tarifs de cession est dérogoratoire au principe de liberté

tarifaire en vigueur en droit français et que l'encadrement tarifaire auquel est soumis Orange en matière de cession de liste ne peut être interprété de façon extensive. Orange demande à l'Autorité de rejeter la demande de Telegate qui déraisonnable et infondée juridiquement.

Conclusion

En conclusion de tout ce qui précède, Orange demande à l'Autorité de rejeter l'ensemble des demandes de Telegate et de dire et décider :

- à titre principal, que ces demandes sont irrecevables au regard des dispositions des articles L. 34 et L. 36-8 du CPCE,
- à titre subsidiaire, que ces demandes sont infondées, injustifiées et inéquitable.

Vu la lettre de la société Telegate enregistrée le 8 mars 2006 souhaitant un délai pour produire ses observations en réplique ;

Vu le courrier du chef du service juridique de l'Autorité en date du 9 mars 2006 adressé aux parties leur transmettant le questionnaire des rapporteurs et fixant au 23 mars 2006 la clôture des réponses ;

Vu les observations en réplique enregistrées le 14 mars 2006 présentées par la société Telegate France ; dans ces observations, Telegate France fait valoir l'argumentation suivante :

Introduction

1. Les observations d'Orange France (ci-après Orange) ne répondent pas à la question de Telegate France (ci-après Telegate) qui est de savoir si les coûts reconnus pertinents par la réglementation européenne supportés pour la livraison de la liste d'abonnées à Telegate justifient le tarif établi par Orange.

Telegate estime que le calendrier présenté par Orange pour expliquer qu'elle ne disposait pas d'une liste d'abonnés avant 2005 est incohérent avec ses obligations. Telegate souligne qu'Orange avait l'obligation d'établir une liste d'abonnés conformément à son cahier des charges depuis le 17 août 2000 et qu'elle devait s'y conformer avant l'ordonnance du 25 juillet 2001. Telegate relève que la société mère d'Orange, à savoir France Télécom avait eu l'occasion de faire figurer dans son annuaire les abonnés d'Orange dès cette époque.

2. Les éléments intervenus depuis la date de la saisine ne font que souligner le bien fondé de la demande de Telegate

Telegate rappelle que dans son 11^{ème} rapport sur la mise en œuvre de la réglementation européenne des communications électroniques, la Commission européenne souligne l'indisponibilité d'un annuaire universel en France et le coût élevé auquel doivent faire face les fournisseurs de services pour acquérir les données. Telegate souligne que la Commission rappelle les changements introduits par la CJCE dans la tarification des listes d'abonnés en Europe, notamment en Allemagne. Telegate indique que la Commission relève, en examinant le système mis en œuvre en Grèce, que la dualité d'un système d'opt-in et d'un système d'opt-out pouvait introduire des distorsions concurrentielles.

Selon Telegate, les diverses études effectuées tendent à démontrer que les inscriptions dans les annuaires ne dépendent pas du système retenu mais du comportement des opérateurs, notamment en Scandinavie. Telegate précise qu'en France un récent sondage démontre que si 51 % des abonnés mobiles sont favorables à la création d'un annuaire mobile, seulement 1 % des numéros sont actuellement disponibles dans l'annuaire.

1. Sur la recevabilité de la demande de Telegate

1.1. Le différend concerne un litige entre un opérateur et un éditeur

Telegate souligne que sa demande est bien recevable car elle concerne des conditions techniques et financières de cession de la liste d'abonnés par un opérateur particulier à un fournisseur de services de renseignements particuliers. Telegate estime que les principes sur lesquels l'Autorité fondera sa décision devront donner une visibilité à l'ensemble des acteurs sur les règles applicables qui serviront de référentiel de négociation pour les fournisseurs de renseignements avec l'ensemble des opérateurs. C'est pourquoi, Telegate souhaite qu'à l'occasion de la présente procédure, l'Autorité indique, dans la motivation de sa décision, les principes sur la base desquels les opérateurs doivent déterminer les conditions techniques et tarifaires de cession de liste.

1.2. Sur l'échec des négociations

Telegate conclut aux mêmes fins que sa saisine par les mêmes moyens. Telegate estime qu'Orange France ne peut remettre en cause la bonne foi de Telegate au cours des négociations et que ce critère n'est pas exigé pour qu'une partie puisse saisir l'Autorité.

Selon Telegate, c'est elle qui n'aurait jamais été en posture de négociation, car la fourniture de services de renseignements téléphoniques est structurée de telle manière que les opérateurs sont eux en position de force dans les négociations.

S'agissant d'un accord avec SFR, Telegate indique que la conclusion d'un tel accord lui permet de disposer d'une liste de volumétrie comprenant plus de 400 000 inscriptions alors que celle d'Orange en comprend moins de 20 000. Telegate estime qu'Orange ne peut prétendre que Telegate met en cause la "qualité" de sa base alors qu'elle déplore sa faible volumétrie.

Telegate estime qu'Orange ne peut affirmer que l'Autorité est incompétente pour traiter du présent litige.

2. Sur la liste des abonnés d'Orange France et les données y figurant

2.1. Sur l'obligation pour Orange France d'établir une liste d'abonnés

Telegate estime que l'obligation d'Orange d'établir une liste d'abonnés figure explicitement dans l'Arrêté du 17 août 2000 autorisant France Télécom Mobiles SA, à laquelle a succédé Orange France, à exploiter un service numérique paneuropéen GSM F1. Telegate ajoute que cette obligation a été reprise dans l'arrêté du 18 juillet 2001 qui autorise Orange à fournir le service téléphonique sur un réseau UMTS, lui aussi antérieur à l'ordonnance du 25 juillet 2001.

Aussi, Telegate est surprise par les propos tenus par Orange, selon lesquels elle aurait, à partir de la parution du décret au journal officiel le 6 août 2003 : « mis en œuvre les moyens nécessaires pour assurer le respect de ses obligations réglementaires » alors qu'aucune liste n'a existé avant septembre 2005.

Telegate estime donc qu'Orange ne peut se prévaloir de l'évolution des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

Telegate estime qu'au vu du calendrier présenté par Orange, de deux choses l'une :

- ou bien il existe une liste complète mais Orange le nie pour pouvoir faire supporter aux fournisseurs de renseignements téléphoniques le coût de constitution d'une nouvelle liste ;
- ou bien il n'existe pas de liste et Orange n'a pas respecté ses obligations concernant la constitution de listes d'abonnés, découlant aussi bien du droit communautaire que du droit national. L'Autorité ne pourra alors que constater qu'Orange est en infraction avec ses obligations.

2.2. Le raisonnement d'Orange consiste en réalité à prétendre que le système d'opt-in mis en place, qui supporte le recueil du consentement des abonnés pour figurer dans un annuaire, a une incidence sur son parc d'abonnés antérieur.

Telegate estime que, puisque seuls les abonnés ne s'y étant pas opposé figuraient sur la liste devant exister en 2005, l'intervention du décret du 27 mai 2005 ne peut avoir d'incidence que sur les abonnements au service d'Orange postérieurs et que Orange ne peut prétendre lui donner un effet rétroactif.

2.3. Orange France tente d'accréditer l'idée que sans l'existence des fournisseurs de services de renseignements, elle ne recueillerait pas les données pertinentes transmises à Telegate

Telegate souligne que même si les fournisseurs de services de renseignements ne lui achetaient pas sa liste, Orange serait néanmoins tenue de l'établir, et de l'établir conformément aux dispositions relatives à la protection des données personnelles, qu'elle soit ou non elle-même un fournisseur de services de renseignements ou d'annuaire. Telegate en déduit qu'Orange supporterait des coûts identiques sans pouvoir même percevoir les revenus provenant de la livraison de la liste aux éditeurs de services.

2.3.1. Pour soutenir que ses tarifs seraient compatibles avec les principes réglementaires, Orange renverse le raisonnement de la Cour de Justice

Telegate développe le raisonnement qui, à son sens, a été suivi par la CJCE et qui contredit les observations d'Orange, à savoir :

- L'ensemble des données dites « pertinentes » au sens de la directive n°2002/22/CE doivent être transmises à Telegate en application de son article 25.2 à un prix orienté vers les coûts (c'est à dire, selon l'arrêt KPN pour le prix de la livraison technique).

- Conformément aux conclusions de l'avocat général, à l'arrêt de la CJCE, et à l'article R. 10-3 du CPCE, les informations doivent comporter les données minimales dont les utilisateurs d'annuaires téléphoniques ont besoin pour identifier les abonnés des numéros qu'ils recherchent.
- Toutes les données dites « pertinentes » au sens de la CJCE doivent être considérées comme liées à l'activité de fourniture de services téléphoniques et transmises au prix fixé selon les principes de l'arrêt KPN pour le prix de leur livraison technique.
- Seules les données supplémentaires au-delà du périmètre des données pertinentes, devant être transmises aux fournisseurs de services de renseignements, peuvent être tarifées à un coût incrémental.

En conclusion, Telegate estime que les données « pertinentes » au sens communautaire ou « permettant d'identifier les abonnés et d'éviter la confusion entre les personnes » au sens de l'article R.10-3 ou encore « obligatoires » selon la terminologie des lignes directrices de l'ARCEP doivent être transmises à un tarif orienté vers les coûts tel que précisé par la CJCE. Telegate estime que la question n'est pas de savoir si une donnée (comme l'adresse électronique) est ou non utile à Orange. Telegate se demande même si la liste des informations pertinentes fixée en France n'est pas trop restrictive.

2.3.2. Ceci est d'autant plus surprenant que les données qu'Orange prétend recueillir spécifiquement pour leur transmission à Telegate, tels que la profession et l'adresse électronique, sont collectées au moment de la souscription des abonnements au service mobile d'Orange et sont manifestement utilisées par Orange pour ses propres activités.

Telegate souligne que dans le contrat conclu entre Orange et les abonnés à son service téléphonique, Orange peut utiliser le courrier électronique pour communiquer avec ses clients.

Selon Telegate, la collecte de l'adresse email de l'abonné n'est donc pas exclusivement effectuée pour la transmission de la liste aux éditeurs mais faite dans l'intérêt d'Orange pour commercialiser ses services et mener des opérations marketing.

Orange précise même : « Eu égard au droit à paraître dans la liste établie par Orange France destinée à être publiée dans les annuaires et services de renseignements (...), des données personnelles peuvent également être utilisées et/ou communiquées par Orange France à des tiers qui lui en font la demande aux fins d'inscription et de parution dans les annuaires et services de renseignements ». Ceci tend à démontrer que la collecte des données d'abonnés n'est pas effectuée dans l'unique but de réaliser la liste destinée aux fournisseurs de services de renseignements.

2.3.3. L'introduction du système de l'opt-in n'a pas modifié le périmètre des données pertinentes

Telegate rappelle que le décret du 27 mai 2005 n'a pas modifié les données pertinentes devant figurer sur la liste que les opérateurs doivent établir mais seulement le mode de recueil du consentement des abonnés. Telegate indique que la base de données n'a pas à être

modifiée car même dans le cadre d'un dispositif d'opt-out, les restrictions ou oppositions des utilisateurs doivent être mentionnées pour chaque inscription.

3. Orange ne justifie ni les coûts, ni les tarifs de cession de sa liste d'abonnés

3.1. Le périmètre des coûts décrit par Orange n'est pas pertinent

Telegate observe qu'Orange fait figurer dans ses observations des coûts dont pratiquement aucun ne peut être pris en considération car ils concernent des coûts de collecte et de mise à jour qui doivent être écartés pour les motifs juridiques largement développés par Telegate.

3.1.1. Sans admettre la pertinence des coûts cités par Orange, Telegate souhaite faire les commentaires suivants

Telegate souhaite apporter les observations suivantes :

- Coûts de constitution

Telegate estime que la mise en œuvre des obligations d'Orange relatives à la protection des données personnelles de ses abonnés n'engage pas de coût correspondant à la livraison de la liste d'abonnés à Telegate.

- Coûts de vérification

Telegate considère que la vérification des données qu'Orange prétend effectuer et dont elle entend faire supporter le coût à Telegate laisse perplexe étant donné qu'elle décline toute responsabilité quant à l'exactitude des données.

3.1.2. Dans la longue énumération d'Orange, les seuls postes de coûts dont Telegate admet la pertinence, moyennant une rectification de leur périmètre, sont les trois postes suivants :

- Les coûts de l'informatique, dans la limite du « coût de création des fichiers livrés aux fournisseurs de services de renseignements »

Telegate indique que doivent être exclus de ce périmètre les coûts de développement correspondant à l'évolution des outils informatique du service client, des points de vente et des services associés à la relation client dans la mesure où ils concernent non pas les fournisseurs de services de renseignements clients d'Orange pour l'achat des listes d'abonnés, mais les clients auxquels Orange est tenue de proposer une inscription dans un annuaire.

- Les coûts de gestion commerciale, dans la limite des seuls coûts liés à la gestion du contrat avec Telegate

Telegate précise qu'elle n'admet pas les coûts liés à la facturation qui résultent du système de tarification à la requête, non conforme au droit et impliquant des tâches inutiles de régularisation. S'agissant des coûts "équipe projet", Telegate considère qu'il appartient à Orange de supporter le coût de la régulation.

- Les frais de livraison

Telegate indique qu'elle admet que les frais de livraison soient pris en compte.

3.2. Orange ne produit aucune évaluation de ces coûts

Telegate souligne qu'Orange est soumise à une obligation d'orientation vers les coûts pour la tarification de ses listes d'abonnées. Elle est donc tenue de justifier ses coûts, ce qu'elle ne fait pas.

3.3. Sur la tarification à l'usage

Telegate souligne que ces lignes directrices, en 2004, ne faisaient référence à une tarification à l'usage qu'à titre de recommandation. Telegate ajoute que ces recommandations, en 2004, furent élaborés en référence à un précédent particulier tranché en 2003, avant l'intervention de la décision de la CJCE.

Selon Telegate, une telle tarification avait paru appropriée dans les cas d'opérateurs disposant d'un nombre significatif d'abonnés, ce qui ne peut être transposé au cas d'espèce car le nombre d'abonnés d'Orange n'a aucun rapport avec le nombre d'inscrits dans la liste d'Orange.

Telegate ajoute que les objectifs que poursuivait l'Autorité en recommandant une tarification à l'usage ne peuvent être atteints en l'espèce puisque :

- la mise en place de cette tarification à l'usage conduit en l'occurrence à faire supporter à Telegate des coûts disproportionnés ;
- le fait de ne pas retenir une tarification à l'usage n'introduit pas de distorsion de concurrence si le périmètre de coûts préconisé par Telegate est retenu.

Telegate note qu'Orange tente de justifier son niveau tarifaire en indiquant que Telegate ne paierait que 167 964 € à Orange. Telegate souhaite apporter deux remarques :

- Ce montant ne signifie pas que ce prix reflète les coûts de livraison de la liste à Telegate. En réalité, le calcul présenté par Orange, si l'on retient le nombre de requêtes total que l'on peut attendre du marché, sur la base des chiffres proposés par l'ARCEP (1 972 000 000 requêtes, sans même prendre en compte le nombre de CD Roms publiés) aboutit à un montant de 2,275 millions d'euros. Telegate estime qu'Orange doit justifier ce montant par ses coûts et présenter le montant des coûts pertinents qui peuvent justifier qu'elle ait à les recouvrer sur l'ensemble de l'industrie.
- À supposer que ce tarif ne soit pas fixe et définitif, Orange n'explique pas comment il sera révisé.

4. Les comparaisons européennes confirment le caractère inéquitable des tarifs d'Orange

Telegate donne les prix de cession de listes imposés aux deux principaux opérateurs mobiles autrichiens et conclut que contrairement à ce qu'affirme Orange, les tarifs de livraison de la liste d'abonnés d'un opérateur mobile doivent être fixés selon les mêmes principes que ceux fixés par la CJCE pour l'opérateur KPN.

5. La restriction opposée par Orange pour fournir des services de renseignements en Europe est d'autant plus étonnante que France Télécom a accepté de la lever.

5.1. Contrairement à ce que prétend Orange, Telegate ne demande pas la possibilité de « céder » la liste d'Orange « à tout tiers ».

Telegate souligne que contrairement à ce qu'affirme Orange, Telegate ne demande pas la possibilité de céder la liste d'Orange à des tiers mais de permettre d'accéder par la requête, à la base agrégée de Telegate. Telegate précise que la consultation de sa base d'abonnés ne servira qu'à la fourniture d'un service de renseignements. Telegate estime qu'au regard de ces dispositions, Orange pourrait céder sa liste dans un cadre contractuel.

5.2. Le refus d'Orange est, potentiellement, discriminatoire

Telegate considère qu'elle est en droit d'obtenir un accès à la liste d'Orange dans des conditions non discriminatoires alors que cette dernière a transmis les données relatives à ses abonnés dans un annuaire destiné à France Télécom dès 2003. Telegate note également que Pages Jaunes assure un service d'accès à la requête en se procurant les listes auprès d'opérateurs et en particulier de France Télécom. Telegate estime que sauf à ce qu'Orange atteste formellement que les données concernant ses abonnés ne sont pas accessibles par le service à la requête de Pages Jaunes, force serait de constater que la restriction imposée par Orange à Telegate est discriminatoire.

5.3. Cette restriction a été levée par France Télécom, ce qui atteste du caractère déraisonnable et injustifié de son maintien par Orange

La demande du groupe Telegate de permettre à ses filiales de consulter sa base pour pouvoir fournir des services de renseignements sur les abonnés de France Télécom a été acceptée par cette dernière. Telegate estime que le fait que sa demande ait été comprise et satisfaite par France Télécom confirme le caractère raisonnable de cette demande et le caractère injustifié du refus persistant d'Orange à lever cette condition.

Vu les réponses des parties enregistrées le 23 mars 2006 au questionnaire des rapporteurs ;

Vu les nouvelles observations en défense enregistrées le 28 mars 2006 présentées par la société Orange France ;

A titre liminaire, Orange souligne qu'elle maintient l'intégralité de son argumentation développée dans ses premières observations en défense mais souhaite apporter des précisions ou contester certaines affirmations de la société saisissante.

I. La demande de Telegate est irrecevable au regard des dispositions des articles L. 34 et L. 36-8 du CPCE

Orange renvoie à ses précédentes observations.

I.2. Sur le détournement de la procédure de règlement de différend

Orange estime que Telegate fait état d'une différence entre la motivation de la décision et le dispositif de la décision elle-même. Cette distinction ne saurait, en pratique être retenue afin de poser des "principes" applicables à l'ensemble du secteur dans le cadre d'une décision dont la finalité est la détermination des conditions techniques et financières entre deux opérateurs.

Orange constate que la présente procédure constitue un moyen de contester et de détourner les lignes directrices établies par l'Autorité le 16 décembre 2004.

Orange souligne que les demandes de Telegate relatives au non respect par Orange de ses obligations réglementaires sont sans lien avec la procédure de règlement de différend et ne peuvent être invoquées pour une révision des tarifs d'Orange.

I.3. La manœuvre purement opportuniste de Telegate en l'espèce

Orange rappelle qu'elle a pris en compte les demandes des fournisseurs de services de renseignements avec lesquels elle a été amenée à négocier en apportant des modifications à son contrat qui a été amendé, allégeant ainsi les obligations de contrôle.

I.4. Sur la demande relative à l'accès à la liste d'Orange par des tiers

Orange renvoie à ses précédentes observations et souligne que les arguments de Telegate sont infondés au regard des dispositions des articles L. 34 et L. 36-8 du CPCE.

Alors que la demande initiale consistait à revendiquer l'accès à la liste d'Orange par tout tiers, elle semblait dans le mémoire en réplique le limiter à un accès par les filiales de Telegate en Europe. Or, Orange rappelle que les demandes s'apprécient à la date de la saisine et souligne que dès lors qu'une demande est formulée dans des termes nouveaux, elle n'a pu en pratique, faire l'objet de discussions entre les parties et même d'un échec des négociations. Orange demande donc à l'Autorité de rejeter les nouvelles demandes de Telegate dès lors qu'aucun échec de négociations n'a été constaté.

Telegate ajoute que toute société ayant recédé à des tiers une liste acquise pour un usage donné est en contravention avec le CPCE dès lors que le service ne serait pas universel.

II. Le respect par Orange des dispositions législatives et réglementaires en vigueur

II.1. La conformité aux dispositions légales

Orange renvoie à ses précédentes observations en rappelant qu'une liste constituée avant la loi du 9 juillet 2004 et le décret du 27 mai 2005 serait contraire aux dispositions du droit positif en vigueur le 24 janvier 2006, c'est à dire au moment de la saisine. Orange estime que Telegate ne peut soutenir que les évolutions du cadre législatif n'ont pas d'effet juridique sur la constitution de la liste des clients destinée à être publiée pour ce qui concerne les abonnés des opérateurs mobiles soumis à un régime d'opt-in. Orange rappelle qu'aucune procédure n'a été mise en œuvre à son encontre pour non respect de ses obligations en matière de constitution de listes d'abonnés.

Concernant la référence faite par Telegate au cahier des charges, Orange souligne son caractère inapplicable du fait que l'entité devant préciser les modalités de la transmission n'avait pas été créée.

Orange déclare que Telegate ne peut soutenir qu'une liste d'abonnés tenue par Orange aurait pu être constituée dès 2000 et qu'aucune corrélation n'existe entre la constitution des listes et leur transmission aux éditeurs. Orange rappelle que la constitution des listes est soumise à un cadre précis s'agissant en particulier des droits des abonnés et utilisateurs et du niveau d'information à leur fournir. Orange précise qu'elle a toujours respecté les droits des abonnés et des utilisateurs d'être mentionnés ou non sur les listes publiées ainsi que le principe de la liberté de publication des listes des éditeurs.

Orange rappelle que les demandes de la partie saisissante sont appréciées dans le cadre d'une procédure de règlement de différend au regard des obligations qui sont à la charge de l'opérateur et qui lui sont opposables à la date de la décision. Orange souligne qu'avant septembre 2005 elle ne disposait pas d'une liste comportant des données relatives aux abonnés ou utilisateurs souhaitant paraître dans ladite liste et ayant avoir été mis en mesure d'exprimer les choix de parution et de protection prévus par le droit positif pouvant être transmise aux éditeurs d'annuaire et fournisseurs de services de renseignements.

Orange précise avoir été dans l'obligation de constituer une nouvelle liste spécifique l'ayant amenée à faire supporter le coût aux fournisseurs de services de renseignements de façon légitime.

2. La teneur de la liste communiquée par Orange est cohérente avec les comparaisons européennes

Orange souligne que contrairement aux affirmations de Telegate, les taux d'inscription de 90 % dans les pays scandinaves ne s'inscrivent pas dans un mécanisme d'opt-in. Orange indique que le benchmark qu'elle a fait réaliser par l'Arcome démontre que les inscriptions de numéros de mobiles se font en opt-out. Orange précise également que dans les pays où il n'y a pas un système d'opt-in, les bases annuaires ne contiennent que peu d'abonnés mobiles.

III. Sur le caractère injustifié et inéquitable des conditions revendiquées par Telegate

1. Sur les coûts pouvant être répercutés à Telegate

Orange renvoie à ses précédentes observations et précise que s'il lui incombe d'établir une liste destinée aux fournisseurs de services de renseignements, il ne lui appartient pas de supporter le coût de la régulation, contrairement à ce qu'affirme Telegate dans son mémoire en réplique.

Quant à la phrase de la CJCE : « le fait de lier les prix des informations pertinentes au nombre d'utilisateurs finaux ne peut pas être analysé comme orienté vers les coûts dans la mesure où les coûts de collecte et de mise à jour sont liés au nombre d'abonnés à la téléphonie vocale », elle ne signifie pas que la tarification à l'usage est à proscrire, mais simplement que les coûts de l'opérateur à supporter par les éditeurs dépendent du nombre d'abonnés de l'opérateur ; la facturation à l'usage permet uniquement de donner une clé de répartition permettant de répercuter ces coûts liés au nombre d'abonnés entre les différents fournisseurs de service.

2. Sur la soi-disant utilisation de certaines données par Orange pour ses propres activités

Orange rappelle qu'une collecte de données personnelles n'est valable que pour autant que le client ait été informé clairement et préalablement des finalités de celle-ci. Orange indique que même dans le cas où elle aurait recueilli certaines données, elle ne pourrait en disposer librement dès lors qu'elle doit respecter les finalités pour lesquelles les clients les ont communiquées. Orange constate que les données citées par Telegate n'ont pas été collectées pour des finalités d'annuaires et services de renseignements.

Orange indique qu'elle collecte et traite les données fournies par l'abonné dans le respect des dispositions légales et réglementaires applicables à la mise en place de l'annuaire universel, mais aussi de façon générale en matière de collecte résultant de la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978. Orange précise que la disposition des conditions générales relatives à la transmission de données à des tiers vise uniquement à informer les clients que leurs données peuvent être communiquées à certains tiers autorisés pour les besoins du contrat d'abonnement mais ne signifie pas qu'Orange vend des données nominatives à des tiers. Orange indique qu'elle ne commercialise pas de fichiers comportant des données nominatives relatives à ses clients en dehors de la cession des listes aux éditeurs ou fournisseurs de services de renseignements.

S'agissant de l'adresse e-mail, Orange précise que cette adresse fournie par l'abonné en vue de sa parution dans les services d'annuaire et de renseignements n'est pas exploitée pour d'autres activités.

Orange note que conformément à l'article R. 10-4° du CPCE, l'article 18.2 des conditions générales a pour but d'informer ses abonnés par SMS ou courriels relevant de la situation contractuelle entre l'opérateur et l'abonné.

S'agissant de l'article 18.6 des conditions générales d'abonnement, Orange estime que cette disposition prévoit que les données annuaires issues des listes d'abonnés ou d'utilisateurs peuvent être avec l'accord exprès des intéressés utilisées à des fins de prospections commerciales. Orange note qu'en l'absence d'opt-in, les données annuaires transmises par les abonnés ne peuvent être utilisées à des fins de prospection commerciale à l'exception des opérations concernant la fourniture du service téléphonique au public et relevant de la relation contractuelle entre l'opérateur et l'abonné.

Orange observe que Telegate méconnaît la réglementation protectrice des droits des personnes en occultant le fait que les choix exprimés par les clients dans le cadre de la collecte annuaire ne sont pas assimilables à ceux fait dans le cadre de sa relation avec l'opérateur au titre de son service téléphonique.

3. Les conditions de mise à disposition de la liste à des tiers

Orange renvoie à ses précédentes observations.

Orange déclare que Telegate se défend de vouloir céder à des tiers la liste Annuaire qu'Orange lui transmettrait. En effet, pour Telegate, « il ne s'agit pas de céder la liste d'Orange mais de permettre d'accéder par la requête, à la base agrégée de Telegate ».

Orange souligne que quelles que soient les modalités d'accès à sa liste, Telegate ne peut contester que les données issues de cette liste seront directement ou indirectement, partiellement ou totalement, transmises à d'autres entités que Telegate France. Orange considère que ce type d'accès aux données serait qualifié de cession de base ou de fichier, en particulier par la CNIL.

Orange rappelle qu'en matière de fichier, la mise à disposition de données par le titulaire d'un fichier peut être présentée sous différents termes, mais qu'ils font tous référence à la mise à disposition de données à des tiers. Orange estime que Telegate ne peut prétendre qu'elle ne revend pas les données issues de la liste annuaire d'Orange à des tiers, et cela quel que soit le mode de transmission. Orange précise que Pages Jaunes a arrêté la commercialisation de sa prestation d'accès à la requête et que contrairement aux affirmations de Telegate, Orange n'a pas signé de contrat de cession de listes avec Pages Jaunes.

En conclusion, Orange France confirme en tous points sa demande formulée dans ses premières observations et demande que l'ARCEP rejette l'ensemble des demandes de Telegate France et de dire et décider :

- à titre principal, que l'intégralité des demandes de Telegate sont irrecevables au regard des dispositions des articles L34 et L36-8 du CPCE ;
- à titre subsidiaire, que ces demandes sont infondées, injustifiées et inéquitable.

Vu le courrier de la société Telegate France enregistré le 3 avril 2006 transmettant les traductions de la décision de l'Agence Fédérale des réseaux du 17 août 2005 et de l'arrêt de la Cour de Cologne du 31 août 2005 ;

Vu la lettre du chef du service juridique de l'Autorité en date du 19 avril 2006 convoquant les parties à une audience devant le collège le 2 mai 2006 ;

Vu le courrier de la société Telegate France SAS enregistré le 25 avril 2006 ne s'opposant pas à ce que l'audience du 2 mai 2006 soit publique ;

Vu le courrier de la société Orange France enregistré le 26 avril 2006 souhaitant que l'audience du 2 mai 2006 ne soit pas publique ;

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 28 avril 2006 adressée aux parties portant désignation de M. Loïc Taillanter en qualité de rapporteur adjoint ;

Après avoir entendu le 2 mai 2006, lors de l'audience devant le collège (composé de M. Paul Champsaur, président, de Mmes Gabrielle Gauthey, Joëlle Toledano, et de MM. Edouard Bridoux, Nicolas Curien, Michel Feneyrol)

- le rapport de MM. Loïc Taillanter et Nicolas Boulanger, rapporteurs adjoints présentant les conclusions et les moyens des parties ;
- les observations de MM. Charles Tonlorenzi, Dirk Amstberg, pour la société Telegate France SAS et de Maître Martine Georges-Naïm, avocat, pour le Cabinet Bersay & associés ;
- les observations de MM. Patrick Roussel, Laurent Mathias, Mme Marie-Madeleine Montaut, pour la société Orange France.

En présence de :

- M. Franz Fodere, pour la société Telegate France SAS et Maître Edith Horak, Cabinet Bersay & associés ;
- M. Jean-Jacques Hospital, Mme Florence Muh-Wallerand, pour la société Orange France ;
- M. Philippe Distler, directeur général, M. François Lions, directeur général adjoint, Mmes Isabelle Kabla-Langlois, Joëlle Adda, Christine Galliard, M. François Varloot,

Sur la publicité de l'Audience

L'article 15 du règlement intérieur dispose que *"l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe le collège de l'Autorité en délibère"*. Telegate France SAS a indiqué par courrier enregistré le 24 avril 2006 qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'audience soit publique. Orange France a indiqué par courrier enregistré le 26 avril 2006 qu'elle souhaitait que l'audience ne soit pas publique. Interrogée sur ce point par le Président avant l'ouverture des débats de l'audience, Telegate France a indiqué qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'audience ne soit pas publique si Orange France le désirait. Ainsi, l'audience n'a pas été publique.

Le collège (MM. Edouard Bridoux, Nicolas Curien, Michel Feneyrol, et Mmes Gabrielle Gauthey, Joëlle Toledano) en ayant délibéré le 18 mai 2006, hors la présence du rapporteur, des rapporteurs adjoints et des agents de l'Autorité ;

Adopte la présente décision fondée sur les faits et les moyens exposés ci-après.

I- Sur la recevabilité de la saisine

I.1. Sur l'exception d'incompétence tirée de ce que la saisine de Telegate France SAS constituerait en réalité une demande de régulation et n'entrerait pas dans le champ d'application de l'article L. 36-8 du CPCE

Aux termes des dispositions de l'article L. 36-8 II du CPCE, l'Autorité peut être saisie d'un différend par une partie *« en cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de régulation des communications électroniques peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre, ainsi que celles du chapitre III du titre II, notamment ceux portant sur : :*

(...) 2) Les conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L. 34 ».

Il résulte donc du II de l'article L. 36-8 du CPCE que l'Autorité est compétente pour régler les différends portant sur les conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L. 34 du CPCE. Celui-ci prévoit explicitement que :

« Sur toute demande présentée en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements, même limitée à une zone géographique déterminée, les

opérateurs sont tenus de communiquer, dans des conditions non discriminatoires et à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs auxquels ils ont affecté (...) un ou plusieurs numéros du plan national de numérotation téléphonique prévu à l'article L. 44.

Les litiges relatifs aux conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'alinéa précédent peuvent être soumis à l'Autorité de régulation des communications électroniques conformément à l'article L. 36-8 du CPCE ».

Il résulte également de cette disposition législative que les litiges relatifs aux conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L. 34 relèvent de la compétence de l'ARCEP.

Par suite, les conclusions présentées par Telegate France SAS, dans le cadre de son activité de fourniture de services de renseignements téléphoniques, tendant à ce qu'Orange France, lui communique à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs auxquels Orange a affecté directement ou par l'intermédiaire d'un distributeur, un ou plusieurs numéros du plan national de numérotation téléphonique prévu à l'article L. 44, étant bien relatives aux conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L. 34 du CPCE doivent être regardées comme entrant dans le champ d'application du II de l'article L. 36-8 du CPCE.

Il s'ensuit que l'Autorité a été compétemment saisie, sur le fondement des dispositions précitées du II de l'article L. 36-8, du différend entre Telegate France SAS et Orange France.

Les compétences conférées par le législateur à l'Autorité aux fins de réguler le marché des communications électroniques ne sauraient avoir pour effet d'interdire à un opérateur de demander à l'Autorité de régler un différend, dès lors que sa saisine respecte les conditions édictées par les dispositions susrappelées de l'article L. 36-8.

Il résulte de tout ce qui précède que la fin de non recevoir opposée par Orange à la saisine susvisée de Telegate France SA tirée de l'incompétence de l'ARCEP car la saisine constituerait en fait une demande de régulation doit être écartée.

I.2 Sur la fin de non recevoir opposée par la société Orange et tirée de l'absence d'échec des négociations commerciales.

Dans ses observations en défense, Orange France soutient que la requête de Telegate est irrecevable, faute d'échec des négociations et qu'il ne saurait y avoir échec des négociations dès lors que l'une des parties n'a jamais été dans une posture de négociation. Elle indique que Telegate France a eu pour seul et unique objectif de se constituer un dossier en vue de déposer une demande de règlement de différend et d'obtenir une décision à caractère normatif. La société Orange France indique également que Telegate France SA n'a pas été dans une démarche loyale de négociation.

Aux termes du II de l'article L. 36-8 du CPCE, « *En cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de régulation des communications électroniques peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre, ainsi que celles du chapitre III du titre II, notamment ceux portant sur :*

(...) 2) *Les conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L. 34* ».

Il ressort des pièces versées au dossier de procédure que la société Telegate France SA a pris contact, le 10 mars 2005, avec Orange France en vue d'engager des négociations commerciales visant à la conclusion d'un contrat de mise à disposition d'une base de données aux fins de services d'annuaires en ligne ou de renseignements téléphoniques universels.

Ainsi, le 29 septembre 2005, Orange France a transmis à la société Telegate un projet de contrat. Celui-ci indique notamment que le tarif appliqué par Orange France, de 0,0577 euros par requête, a été établi en fonction des coûts supportés par Orange et du nombre prévisionnel de requêtes, selon la méthode recommandée par l'ARCEP.

Par un courrier du 2 novembre 2005, la société Telegate transmet à la société Orange les réserves substantielles qu'appelle le projet de contrat et ses commentaires spécifiques sur plusieurs dispositions particulières.

En premier lieu, elle indique que les dispositions du contrat relatif à la tarification, et celles indissociables, prévoyant les mécanismes de comptage et de contrôle des requêtes pour les besoins de la tarification de la mise à disposition des données ne sont pas conformes aux principes fixés par la Cour des Justices des Communautés Européennes et ne sont donc pas acceptables. Elle ajoute que le tarif appliqué par Orange est de 0,0577 euros par requête, soit pratiquement vingt fois supérieur au prix proposé par France Télécom pour les données relatives aux abonnés à son service téléphonique fixe.

Elle demande à la société Orange de lui fournir une justification précise sur les coûts retenus pour calculer un tel niveau tarifaire.

En second lieu, elle indique également que le périmètre des données transmises, comme l'éventail des services que peut fournir Telegate ne peut faire l'objet de restrictions contractuelles.

Enfin, elle demande à pouvoir utiliser les données annuaires de la société Orange pour éditer ses propres annuaires et fournir ses propres services de renseignements ainsi que des annuaires ou services d'éditeurs ou de fournisseurs tiers.

Une réunion sur ce projet de contrat a été organisée le 18 novembre 2005 entre Telegate et Orange France.

Lors de cette réunion, Telegate indique à la société Orange que ses tarifs ne répondent pas au principe d'orientation vers les coûts, dont les modalités d'application à la fourniture des listes d'abonnés ont été précisées par la CJCE. Elle demande à nouveau une justification détaillée des coûts invoqués par Orange pour justifier de ses prix.

En outre, Telegate estime également que la structure de tarification proposée par Orange ne peut pas être liée à l'utilisation du service de renseignements et donc au nombre d'appels à son service.

Enfin, toujours lors de cette même réunion, Telegate estime que les restrictions posées par Orange interdisant notamment aux sociétés du groupe Telegate de requêter la base de Telegate France, et donc d'utiliser, les données pour fournir des services de renseignements en Europe ne sont pas justifiées.

Par un courrier électronique en date du 4 janvier 2006, Orange France transmet, d'une part, le compte-rendu de la réunion du 18 novembre 2005 validé par ses soins et, d'autre part, un second projet de contrat, comportant des modifications quant à la durée du contrat, aux conditions de résiliation et de cession ainsi qu'à la confidentialité des informations.

Dans un courrier électronique en date du 11 janvier 2006, Telegate indique qu'elle regrette que les questions relatives au contrôle des requêtes et à l'utilisation des données qu'Orange devait étudier n'ont pas donné lieu à une nouvelle proposition de sa part.

En outre, dans ce même courrier, Telegate constate que, dans son état actuel, la proposition d'Orange ne répond pas à ses demandes essentielles concernant le niveau tarifaire, la structure tarifaire (tarification à l'usage basée sur un nombre de requête aux services) et les modalités associées ainsi que la possibilité d'utiliser les données pour fournir des services de renseignements dans l'ensemble des pays de l'Union Européenne.

Par suite, Telegate indique qu'elle ne peut pas accepter en l'état les conditions concernant la cession de la liste d'abonnés, celles-ci étant incompatibles avec la réglementation et la jurisprudence européenne et française.

Elle demande à Orange de lui indiquer si sa position a évolué et si elle envisage de modifier sa proposition sur ces questions. En l'absence d'évolution de la part d'Orange avant le 16 janvier 2006, Telegate indique qu'elle ne pourrait que constater l'existence d'un désaccord sur les conditions de cession de la liste d'abonnés d'Orange et saisirait, le cas échéant, les autorités compétentes.

Par un courrier électronique en date du 16 janvier 2006, Orange France confirme que sa position n'a pas évolué sur ces questions.

Il s'ensuit que ces échanges de correspondances ainsi que la réunion du 18 novembre 2005 entre les parties traduisent un désaccord sur les conditions de cession de la liste d'abonnés d'Orange France au sens des dispositions de l'article L. 36-8 II du CPCE.

Il résulte de ce qui précède que la fin de non recevoir opposée par la société Orange et tirée de l'absence d'échec des négociations commerciales doit être écartée.

I.3 Sur la fin de non-recevoir opposée par Orange à la demande de Telegate France SA tendant à ce que l'Autorité dise que Telegate peut donner accès à sa base, comprenant les données relatives aux abonnés d'Orange, à toute autre entreprise fournissant des services de renseignements en Europe et notamment aux sociétés du groupe Telegate.

Dans sa saisine, Telegate France SA demande à ce que sa propre base agrégée et enrichie, comprenant les données transmises par Orange, puisse être consultée par toute autre entreprise fournissant des services de renseignements en Europe, et notamment par les sociétés du groupe Telegate.

Dans ses observations en défense, Orange France estime que la demande de Telegate France SA est irrecevable au regard des dispositions des articles L. 34 et L. 36-8 du CPCE. En effet, Orange soutient que la demande n'a pas pour objet la fourniture de services de renseignements universels, et ne porte en toute hypothèse pas sur les conditions techniques ou financières de fourniture de la liste visée à l'article L. 34 du code des postes et des communications électroniques.

Il convient de noter qu'en application des articles L. 34 et L. 36-8 II du CPCE déjà susmentionnés, l'Autorité est compétente pour régler tout différend concernant les conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés, dans la mesure où ces demandes portent uniquement sur la fourniture d'un service universel de renseignements ou l'édition d'un annuaire universel.

Il ressort des termes mêmes de la saisine de Telegate France SA que celle-ci souhaite donner accès à sa base, comprenant les données relatives aux abonnés d'Orange France, à toute autre entreprise fournissant des services de renseignement en Europe, et notamment aux sociétés du groupe Telegate. Telegate France SA souhaite que la consultation par requête de sa base soit possible pour toutes les entreprises qui fournissent des services de renseignement dans les autres Etats membres de l'Union Européenne, quel que soit le service de renseignement fourni.

Or, il n'appartient pas à l'Autorité, sur le fondement des compétences qui lui ont été dévolues par les dispositions de l'article L. 36-8 II du CPCE, de se prononcer sur une demande dont l'objet apparaît étranger, en l'absence d'éléments probants de la requérante, aux conditions techniques et financières de la fourniture d'un service universel de renseignements ou d'édition d'un annuaire universel.

Il résulte de tout ce qui précède que la demande susvisée de la société Telegate France SA, dans le cadre du présent règlement de différend, est irrecevable.

II- Sur le périmètre des coûts

II-1 : Sur les conclusions principales de Telegate tendant à ce que seuls les coûts spécifiques de livraison de la liste d'Orange France à Telegate France soient pris en compte pour fixer le prix de la liste d'abonnés d'Orange France :

Il ressort des pièces du dossier que Telegate France SA demande que seuls les coûts spécifiques de livraison de la liste d'Orange à Telegate France soient pris en compte pour fixer le prix de la liste d'abonnés d'Orange, et que le périmètre des coûts à retenir pour appliquer le principe d'orientation vers les coûts du prix de cession de la liste d'abonnés d'Orange exclue les coûts de collecte et de mise à jour des données, quel que soit le mode de collecte des données. Elle invoque, à l'appui de cette demande, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'affaire KPN Telecom BV v/ OPTA (affaire C 109/03 du 25 novembre 2004).

L'Autorité note que les dispositions du code des postes et des communications électroniques précisent les coûts à prendre en compte pour la tarification des listes d'abonnés. En effet, l'article L 34 du code des postes et des communications électroniques dispose que : « *sur toute demande en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements, même limitée à une zone géographique déterminée, les*

opérateurs sont tenus de communiquer, dans des conditions non discriminatoires et à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs auxquels ils ont affecté, directement ou par l'intermédiaire d'un distributeur, un ou plusieurs numéros du plan national de numérotation téléphonique prévu à l'article L 44 ».

En application de cette disposition, il s'ensuit que la société Orange France doit communiquer sa liste d'abonnés à la société Telegate France SA à « *un tarif reflétant le coût du service rendu* ».

Dans ces conditions, l'examen de la demande de Telegate France SA requiert d'examiner le périmètre de coûts qui doivent être pris en compte par le tarif pour que celui-ci reflète effectivement « *le coût du service rendu* ».

Un tel examen doit notamment prendre en considération les principes posés, dans un cadre en partie similaire, par l'arrêt récent de la CJCE qu'invoque la requérante (affaire C 109/03 ; KPN Telecom BV v/OPTA). Cet arrêt fait suite à la saisine de la CJCE sur une question relative au prix d'accès aux données qui doivent être communiquées à un fournisseur de services de renseignements et d'annuaires sur la base de l'article 6.3 de la directive 98/10, et tout particulièrement pose la question de savoir si, sur la base de la directive, les coûts de collecte, de maintenance et de fourniture des données doivent être pris en compte dans le tarif de cession des données (affaire C 109/03 ; KPN Telecom BV v/OPTA)⁶.

C'est notamment en se fondant sur le point 40 de l'arrêt susmentionné de la CJCE que la société Telegate France SA cherche à démontrer que les coûts à prendre en compte doivent exclure les coûts de collecte et de maintenance de la base de données. On peut citer, à cet égard, le point 40 de l'arrêt : « *Il en résulte que, lors de la mise à disposition de ces données à des entreprises concurrentielles sur le marché de fourniture d'annuaires, seuls les coûts supplémentaires liés à cette mise à disposition peuvent être facturés par le prestataire de service universel, à l'exclusion des coûts relatifs à l'obtention des données* ».

Le raisonnement développé par la société Telegate France SA revient à considérer que toutes les données transmises par Orange appartiennent à la catégorie des données pour lesquelles seuls les coûts spécifiques de la livraison peuvent être pris en compte dans la tarification de cession. Il en est ainsi, selon Telegate France SA, des données d'annuaire électronique et de profession, données dont la collecte et la cession au titre de l'annuaire universel sont prévues par le cadre réglementaire français sans être exigées par les dispositions de la Directive « Service Universel ».

Comme point de départ de son analyse, l'Autorité constate que le dispositif de l'arrêt susvisé de la CJCE prend position sur la tarification de la cession des données d'annuaire en traitant séparément le cas des « *données telles que le nom et l'adresse des personnes ainsi que le numéro de téléphone qui leur a été attribué* » et celui des « *données additionnelles qu'un tel prestataire [de service universel] n'est pas obligé de mettre à disposition des tiers* ».

Dans le cas des « *données telles que le nom et l'adresse des personnes ainsi que le numéro qui leur a été attribué* », seuls les coûts de livraison matérielle peuvent être retenus. Il convient de relever que ces trois types de données sont précisément ceux considérés, dans le

⁶ Arrêt du 25 novembre 2004, Rec 2004, p. I-11273, Journal officiel du 22 janvier 2005 page 4.

corps de l'arrêt, comme constituant les données minimales obligatoires au sens des dispositions de la directive « Service Universel ». En revanche, dans le cas des « *données additionnelles qu'un tel prestataire [de service universel] n'est pas obligé de mettre à disposition des tiers* », l'arrêt considère que la prise en compte des coûts de collecte dans la tarification de leur cession n'est pas exclue.

L'Autorité constate que la règle à appliquer dans le cas des données qui ne font pas partie des données minimales obligatoires au sens de la directive « Service Universel », mais sont obligatoires, ou recommandées, par un Etat membre n'est pas explicitement décrite. De telles données existent cependant, et l'arrêt lui-même, dans son premier point, en défend le principe en énonçant « *qu'il est loisible aux Etats membres de prévoir que d'autres données seront mises à la disposition des utilisateurs, dès lors que, au regard des conditions nationales spécifiques, elles semblent nécessaires à l'identification des abonnés* ».

Ainsi, il résulte de cette motivation que plusieurs points de vue peuvent être développés au sujet de la tarification de ces données.

Il est possible de considérer que l'expression « *n'est pas obligé de mettre à disposition des tiers* » fait référence à l'obligation requise explicitement par la directive, et ne concerne donc que les données minimales au sens de la directive. Au demeurant, le corps de l'arrêt peut inviter à une telle interprétation, dans son point 41 qui dispose que « (...) *si ce dernier décide de mettre de telles données à la disposition de tiers, sans y être obligé par la directive, aucune disposition de celle-ci ne s'oppose alors à ce que de tels coûts supplémentaires soient facturés aux tiers* ». Selon une telle interprétation, les données considérées comme obligatoires dans un Etat membre sans faire partie des données obligatoires minimales au sens de la directive « Service Universel » feraient partie de la catégorie des « *données additionnelles qu'un tel prestataire [de service universel] n'est pas obligé de mettre à disposition des tiers [au sens de la liste minimale établie par la Directive et comprenant le nom, l'adresse et le numéro de téléphone]* ». Dans ces conditions, leur prix de cession pourrait intégrer des coûts de collecte.

On peut à l'inverse considérer que les « *données additionnelles qu'un tel prestataire [de service universel] n'est pas obligé de mettre à disposition des tiers* » visent exclusivement, dans chaque Etat membre, les données non obligatoires au sens de la réglementation de cet Etat. Même dans ce cas cependant, la règle à appliquer dans le cas des données qui ne font pas partie des données minimales obligatoires au sens de la directive « Service Universel », mais sont obligatoires, ou recommandées, par un Etat membre ne découle pas de manière immédiate du dispositif et des motifs de l'arrêt.

En effet, et contrairement à ce que suggère la société Telegate France SA dans sa démonstration, rien n'indique que ces données relèvent nécessairement de la première catégorie de données mentionnées par l'arrêt, à savoir les « *données telles que le nom et l'adresse des personnes ainsi que le numéro de téléphone qui leur a été attribué* ». Au contraire, on peut aisément soutenir qu'elles n'en relèvent pas, ou à tout le moins n'en relèvent pas de manière systématique. Plus précisément, les seules données obligatoires dans un Etat membre, qui, en dehors du nom, de l'adresse et du numéro de téléphone, appartiennent nécessairement à la catégorie de données pour lesquelles les coûts de collecte ne sauraient être tarifés sont les données dont la collecte est indissolublement liée au service de téléphonie et n'exige aucun effort particulier de collecte de la part de l'opérateur.

En effet, il résulte de la combinaison des points 38 et 40 de l'arrêt que lors de la mise à disposition des « *données de base relatives aux abonnés, à savoir les nom, adresse et numéro de téléphone de ces derniers* », [dont l'obtention] **est indissolublement liée au service de téléphonie et n'exige aucun effort particulier de la part du prestataire du service universel**, « *seuls les coûts supplémentaires liés à cette mise à disposition peuvent être facturés par le prestataire de service universel, à l'exclusion des coûts relatifs à l'obtention des données* ».

En revanche, pour les autres données rendues obligatoires par un Etat membre, aucun élément issu de l'arrêt, ni dans les motifs, ni dans le dispositif, n'implique qu'elles relèvent nécessairement de la catégorie des « *données telles que le nom et l'adresse des personnes ainsi que le numéro de téléphone qui leur a été attribué* ». En conséquence, l'arrêt laisse une certaine liberté d'appréciation aux Etats membres quant à la détermination des coûts mis à la charge des opérateurs pour ces autres données.

A ce titre, il convient de noter l'éclairage apporté par l'avocat général sur la méthode à adopter pour déterminer les coûts à prendre en compte d'une manière générale. L'avocat général va jusqu'à soutenir que les coûts incombant aux éditeurs sont les « *coûts supplémentaires spécifiques pour pouvoir remplir son [de l'opérateur] obligation de rassembler et de fournir les informations pertinentes relatives à ses abonnés aux éditeurs d'annuaires téléphoniques complets et qu'il n'aurait normalement pas dû supporter [...] dans le cadre de la gestion de ses propres abonnés* » (point 51 conclusions avocat général). Même s'il ne reprend pas à son compte cette conception tranchée, qui autorise systématiquement la répercussion par un opérateur des coûts de collecte de **données pertinentes obligatoires** (le cas échéant uniquement au sens de l'Etat membre, le point est imprécis) dans la tarification pratiquée auprès des éditeurs si ces coûts ne relèvent pas de « la gestion de ses propres abonnés », la Cour de Justice des Communautés Européennes ne prend aucunement la position contraire selon laquelle de tels coûts supplémentaires devraient être systématiquement supportés par les opérateurs.

Un autre argument vient à l'appui de la thèse selon laquelle l'arrêt de la CJCE précité n'entrave pas la liberté des Etats membres de préciser dans quelle mesure les coûts de collecte des données obligatoires additionnelles, par rapport aux données minimales obligatoires au titre de la Directive « Service Universel », prévues par sa réglementation peuvent être répercutés aux éditeurs ou aux fournisseurs de service de renseignement. En effet, la liberté conférée aux Etats d'établir une liste de données obligatoires supplémentaires, qui engendre nécessairement des coûts de collecte supplémentaires chez les opérateurs, apparaît peu compatible avec une interdiction complète de prévoir que tout ou partie de ces coûts puissent être répercutés sur les éditeurs ou fournisseurs de services de renseignement.

Au demeurant, il serait surprenant que la CJCE laisse les Etats membres ajouter des données obligatoires, notamment dans le but de garantir ou de maintenir un certain niveau de qualité des services d'annuaire et de renseignement, et les contraigne dans le même temps à les faire supporter exclusivement par les opérateurs. Les Etats membres n'auraient alors d'autre choix que :

- Renoncer à rendre certaines données obligatoires ;
- Rendre certaines données obligatoires et faire supporter le coût de leur collecte aux seuls opérateurs.

Une contrainte aussi forte pourrait être contraire aux arbitrages les plus judicieux entre qualité minimale des services d'annuaire et de renseignement et charges respectives devant être supportées par les différents acteurs économiques.

La démonstration qui précède, visant à établir que l'arrêt de la CJCE précité n'interdit pas systématiquement la prise en compte des coûts de collecte pour les données « obligatoires dans la réglementation d'un Etat membre, sans faire partie des données minimales obligatoires au sens de la Directive « Service Universel » s'applique notamment à l'information relative à la profession des abonnés d'Orange, lorsque ceux-ci décident de mentionner cette information à leur opérateur à des fins de parution dans l'annuaire ou les services de renseignement.

L'Autorité considère que rien ne vient s'opposer à la répercussion du coût de collecte de cette information aux éditeurs et services de renseignement, sous réserve de certains critères d'efficacité et de reflet correct du service rendu tel que prévu par les dispositions du code des postes et des communications électroniques.

Enfin, dans ses écritures, la société Telegate France SA fait valoir que certaines données sont collectées par Orange France auprès de ses abonnés pour son propre compte, et notamment à des fins de marketing direct et ne devraient donc pas faire l'objet d'une facturation à l'éditeur.

Si l'argumentation susmentionnée de Telegate aurait pu conduire à exclure les coûts relatifs à la collecte de données auprès de ses abonnés pour sa gestion propre, et s'il peut même être considéré comme équitable que d'autres coûts, parmi lesquels par exemple le coût de « collecte » du souhait d'un abonné non inscrit de ne pas figurer dans l'annuaire, ou encore une part des coûts indirects de collecte liés à la possibilité offerte à tous les abonnés de s'inscrire, alors même que seule une part éventuellement marginale d'entre eux figurent dans la liste cédée, ne soient pas pris en compte dans le tarif facturé à l'éditeur, il n'en reste pas moins que, eu égard à la formulation des conclusions de Telegate, il résulte de tout ce qui précède que la demande de Telegate tendant à « *dire que seuls les coûts spécifiques de la liste d'Orange à Telegate doivent être pris en compte pour fixer le prix de la liste d'abonnés Orange ; que le périmètre des coûts à retenir pour appliquer le principe d'orientation vers les coûts du prix de cession de la liste d'abonnés d'Orange doit exclure les coûts de collecte et de mise à jour des données, quel que soit le mode de collecte des données* » doit être rejetée.

II-2 : Sur les conclusions subsidiaires de Telegate

Subsidiairement, dans le cadre de la présente demande de règlement de différend, Telegate France SA demande également à l'Autorité à titre subsidiaire « *de constater que les prix d'Orange ne sont pas justifiés par les coûts éventuels de la mise en œuvre de l'opt-in, alors qu'Orange disposait déjà d'une liste de ses abonnés et qu'Orange les avait mis en mesure d'exercer leurs droits ; qu'en tout état de cause Telegate n'a pas à supporter la charge de démarches qui ont pour seul effet de porter atteinte à l'exercice du droit des abonnés à figurer dans un annuaire et à la perception de la qualité des services de renseignements en général et de ceux de Telegate en particulier.* »

Telegate France SA fait valoir dans ses écritures que l'obligation d'établir un annuaire universel existait bien avant que ne soit introduit, en France, le dispositif spécifique « d'opt-in ». En outre, la société Telegate France SA avance que les abonnés mobiles bénéficient en

pratique depuis longtemps déjà d'une offre d'insertion dans les listes d'abonnés. Elle en déduit que les abonnés devaient être et ont été de fait mis en situation d'exercer leurs droits lors de la souscription des abonnements, avant même l'évolution intervenue dans le cadre légal au sujet des modalités d'inscription des abonnés de la téléphonie mobile.

Cette évolution est la suivante : aux termes de l'article L. 34 du CPCE issu de la rédaction de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, « *Le consentement préalable des abonnés à un opérateur de téléphonie mobile est requis pour toute inscription dans les listes d'abonnés ou d'utilisateurs établies par leur opérateur mobile, destinées à être publiées dans les annuaires ou consultables par l'intermédiaire d'un service de renseignements, de données à caractère personnel les concernant* ».

Il résulte de cette nouvelle disposition, introduite dans le code des postes et communications électroniques en 2004, que même si Orange disposait déjà auparavant, avant cette mise en place de « l'opt-in », d'une liste d'abonnés, de nouvelles mesures étaient rendues nécessaires par le nouveau cadre légal. En effet, l'accord tacite d'un abonné de figurer dans les listes d'annuaires constituées en mode « opt-out » n'est pas comparable au consentement préalable requis en mode « opt-in ». Que les abonnés d'Orange aient été mis en mesure d'exercer leurs droits dans un cadre de « l'opt-out » n'était ainsi pas suffisant pour considérer que leur consentement préalable était obtenu, sauf à considérer qu'il n'existe pas de différence entre « opt-in » et « opt-out », ce qui ne saurait être soutenu.

L'Autorité considère par ailleurs que la mise en œuvre par l'opérateur Orange France de procédures visant au recueil de consentement des abonnés, en ce qu'elle répond à la nouvelle obligation intervenue en 2004, ne saurait être qualifiée de démarche ayant « *pour seul effet de porter à atteinte à l'exercice du droit des abonnés* ».

Il résulte de ce qui précède que les différents moyens soulevés par la société Telegate au titre de ses demandes subsidiaires ne sont pas fondées.

Par suite, les demandes subsidiaires de Telegate ne peuvent être que rejetées.

III- Sur la fixation du prix

La demande de Telegate tendant à « *fixer le prix de la liste d'abonnés d'Orange sur la base des seuls coûts spécifiques à la livraison de cette liste à Telegate au prix maximum de 2.000€ par livraison de la liste initiale et de 50 € pour la livraison d'une mise à jour* » est rejetée en tant que les hypothèses d'évaluation du tarif retenues par Telegate sont invalidées dès lors que la demande sur le périmètre de coûts est rejetée.

IV- Sur la demande de Telegate contestant la structure de tarification fondée sur le nombre de requêtes

Il ressort des pièces du dossier que Telegate France SA considère qu'une structure de tarification fondée sur l'usage ne peut respecter le principe d'orientation vers les coûts.

Dans sa contestation de la tarification à l'usage, le requérant fait valoir qu'une tarification à l'usage se traduit nécessairement par une rémunération croissante en fonction de l'usage. Cette croissance ne saurait se justifier alors même que les coûts de cession de la liste sont,

quant à eux, indépendants de l'usage. Il y aurait donc une désadaptation entre les coûts à recouvrer et les tarifs.

Avant d'examiner les arguments développés et la suite qu'il convient de donner à la demande, l'Autorité souhaite revenir sur ce que recouvre la notion d'orientation vers les coûts. Il convient de rappeler que l'orientation vers les coûts consiste en deux critères :

- la masse des revenus doit globalement équilibrer les coûts pertinents retenus, le cas échéant dans une approche de moyen ou long terme ;
- la structure de tarification doit être pertinente au regard des inducteurs de coûts, quand de tels inducteurs peuvent être établis et traduits en unités de facturation.

L'Autorité note que, dans le cas des coûts de livraison matérielle proprement dite, un lien peut être établi entre l'usage de la liste par un éditeur et le coût de pure transmission de la liste : à chaque transmission de la liste, certains coûts sont encourus (envoi matériel d'un CDROM ou coût de connexion à un serveur par exemple). La livraison matérielle proprement dite des listes induit des coûts qui peuvent être traduits en unités de facturation.

En revanche, il ressort de l'instruction qu'il existe d'autres catégories de coûts, tels certains coûts de collecte, qui sont pertinents mais dont le montant apparaît indépendant de l'usage qu'en fait l'éditeur. Si un inducteur de coût peut être mis en évidence, ce serait bien plutôt le nombre d'abonnés de l'opérateur, ou tout au moins le nombre de ceux, parmi ces abonnés, qui décident de s'inscrire.

Certes, dans la mesure où aucun lien ne peut être établi entre d'une part l'usage que fait un éditeur d'annuaire universel de la base de données d'un opérateur et d'autre part une partie des coûts pris en compte lors de la cession (en l'occurrence, au moins certains coûts de collecte), il ne saurait être question de valider un mode de tarification qui ferait peser sur l'éditeur une charge d'autant plus élevée qu'il fait usage de la base, sans que le montant ainsi recouvré ait quelque rapport que ce soit avec les coûts à recouvrer.

En revanche, il n'est pas contraire au principe d'orientation vers les coûts que soit mise en place une tarification qui permette un exact recouvrement des coûts, mais dont les règles de partage entre les différents éditeurs soit en rapport avec l'usage que ces éditeurs font de la base. Une telle tarification peut se justifier, dès lors qu'aucun inducteur de coût ne peut être traduit en unités de facturation à un éditeur. Dit autrement, si aucun critère ne s'impose comme nécessaire pour guider le partage des coûts entre éditeurs (un tel critère s'imposerait si un inducteur de coût pouvait être mis en évidence), l'orientation vers les coûts est bien respectée du moment que les revenus viennent équilibrer les coûts. Diverses structures de tarification sont envisageables, qui permettent un tel équilibre.

Parmi les formes tarifaires envisageables, l'Autorité note que certaines méthodes permettent d'éviter les barrières à l'entrée et de limiter la sensibilité à l'évolution du nombre d'éditeurs au cours du temps.

La répartition de la masse de coûts en fonction de l'usage est une méthode qui a ces caractéristiques, à condition de bien considérer l'usage comme une clé de répartition, et non comme un inducteur de coûts.

Contrairement à ce qu'avance Telegate, la tarification à l'usage telle que commentée ci-dessus ne prétend pas que l'usage est un inducteur de coûts. La méthode évoquée par Orange considère au contraire que la masse globale de coûts est connue et indépendante du nombre de requêtes effectuées par les éditeurs. Le nombre de requêtes ne sert alors qu'à partager cette masse de coûts entre éditeurs. L'existence d'ajustements en fin d'année pour tenir compte des écarts de prévision sur les requêtes n'a de sens que dans ce cadre : ces ajustements sont nécessaires pour s'assurer que la masse de coûts pertinente est à long terme recouvrée malgré les risques de prévision.

Il résulte de ce qui précède que le recours à une tarification à l'usage, qui définit le partage des coûts entre éditeurs, respecte le principe d'orientation vers les coûts, dès lors qu'elle est mise en œuvre afin de recouvrer la masse de coûts pertinente.

Par suite, la demande de Telegate tendant à « *dire que la structure de tarification doit être indépendante du nombre d'utilisateurs des services de renseignements, et donc du nombre de requêtes ou d'appels aux services de renseignements Telegate* » est rejetée.

V- Sur les demandes de Telegate contestant les modalités contractuelles associées à la structure de tarification et aux contrôles des requêtes

Il ressort des pièces du dossier que Telegate demande à l'Autorité de « *constater que les modalités contractuelles associées à la structure de tarification devront être revues en conséquence ; que les mécanismes associés à la tarification à la requête proposée par Orange, relatives au paiement sur la base de prévisions, au comptage et au contrôle des requêtes ou des appels devront être supprimés ; que les nouvelles modalités devront exclure toute intervention d'Orange dans les activités de Telegate* ».

En premier lieu, l'Autorité constate que la première des demandes de la requérante est fondée sur la prémisse que la structure de tarification doit être modifiée .

Or, l'Autorité note que les moyens soulevés par Telegate pour modifier la structure de tarification de la société Orange France ont été rejetés.

En conséquence, cette demande ne peut qu'être rejetée.

En deuxième lieu, dans la mesure où le principe d'une tarification à l'usage est maintenu, l'Autorité considère qu'il est nécessaire que des mécanismes associés à la tarification à la requête soient également maintenus, afin d'assurer une mise en œuvre effective de cette modalité de tarification.

Enfin, il ressort de l'analyse du dossier qu'Orange France a modifié les modalités de contrôle à la suite de discussions intervenues avec Telegate. Orange considère dans ses observations en défense avoir fait droit aux demandes de Telegate en allégeant substantiellement les contrôles sur l'utilisation des données d'Orange et en supprimant la notion de permanence de contrôle. Telegate ne conteste pas ces affirmations d'Orange dans son mémoire en réplique. En conséquence, la demande de Telegate : « *que les nouvelles modalités devront exclure toute intervention d'Orange dans les activités de Telegate* » est donc également rejetée.

Décide :

Article 1^{er} : L'ensemble des demandes présenté par la société Telegate est rejeté.

Article 2 : Le chef du service juridique ou son adjoint est chargé de notifier aux sociétés Telegate et Orange France la présente décision et de veiller à son exécution. Elle sera rendue publique, sous réserve des secrets protégés par la loi, et publiée sur le site Internet de l'Autorité (www.arcep.fr).

Fait à Paris, le 18 mai 2006

Le membre du collège présidant la séance

Michel Feneyrol