

Décision n° 98 – 506 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 24 juin 1998 se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom

L'Autorité de régulation des télécommunications,

Vu le code des postes et télécommunications, notamment ses articles L. 34–8, L. 36–8, R. 11–1, D. 97–4, D. 97–8, D.406–1, D. 406–1–2, D. 406–1–3, D. 406–2, D. 406–2–2 ;

Vu la loi n° 86–1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication ;

Vu la décision n° 97–57 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 26 mars 1997 portant règlement intérieur modifiée par la décision n° 97–234 du 30 juillet 1997 ;

Vu la décision n° 97– 412 du 19 novembre 1997 établissant pour 1998 la liste des opérateurs prévue par le 7° de l'article L. 36–7 du code des postes et télécommunications ;

Vu la demande de règlement d'un différend, enregistrée le 30 mars 1998, présentée par Copper Communications, société de presse à responsabilité limitée, dont le siège social est 3 rue Henri Ribière, à Paris (XIXème), représentée par (...) en application de l'article 14 de ses statuts ;

Vu les observations en défense, enregistrées le 15 mai 1998, présentées par France Télécom, société anonyme dont le siège social est 6, place d'Alleray, à Paris (XVème), représentée par (...) ayant reçu délégation à cet effet de (...) de France Télécom le 4 mai 1998;

Vu les observations en réplique, enregistrées le 4 juin 1998, présentées par Copper Communications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 24 juin 1998, lors d'une réunion du collège composé de M. Jean–Michel Hubert, président, de MM. Yvon le Bars, Dominique Roux et Bernard Zuber, membres de l'Autorité, en présence de M. Pierre–Alain Jeanneney, directeur général, M. Jean–Claude Jeanneret, responsable du service licences et interconnexions, Mme Isabelle Ciupa, service licences et interconnexion, Mme Béatrice Cospérec, service juridique, Mme Sylvie Poussines, service technique, M. Loïc Taillanter, service juridique ;

adopte la présente délibération fondée sur les faits et les motifs exposés ci–après :

I– Sur l'origine du litige

Copper Communications a conclu avec France Télécom deux conventions d'accès au réseau dénommées " contrat Audiotel à la durée ":

– l'une en date du 6 juin 1995, pour fournir un " service de voyance en différé avec boîtes aux lettres confidentielles ", accessible par le numéro 08 36 68xx xx; – l'autre en date du 4 mai 1996, pour fournir un " service de boîtes aux lettres, style mémophone " accessible par le numéro 08 36 68 xx xx;

Le contrat " Audiotel " à la durée, dans son article 5.1, autorise France Télécom à saisir directement le comité de la télématique anonyme, lorsque de la publicité fait apparaître que le service proposé est interdit sur l'accès télématique permettant d'y accéder. France Télécom estime qu'une publicité relevée dans la presse prouverait que le service proposé par Copper Communications était interdit sur l'accès télématique permettant d'y accéder. Ainsi, par courrier, en date du 6 mars 1998, France Télécom a informé Copper Communications qu'elle avait décidé de saisir le comité de la télématique anonyme, afin d'obtenir son avis sur la décision de résiliation du contrat " Audiotel " sur " le service de boîtes aux lettres, style mémophone " .

De plus, par lettre recommandée avec accusé de réception, en date du 12 mars 1998, France Télécom a mis en demeure Copper Communications de cesser la diffusion de son " service de voyance en différé ", au motif qu'il résultait de constatations faites par ses préposés que ce service diffusait des histoires pour adultes, prohibées par les conditions générales du contrat " Audiotel " .

Copper Communications a saisi l'Autorité de régulation des télécommunications, le 30 mars 1998, en invoquant l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, aux fins notamment de voir ordonner à France Télécom de poursuivre l'exécution des conventions d'accès au réseau dites " contrat Audiotel " relatives aux services en cause et de mettre ces conventions en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Par ailleurs, Copper Communications a demandé à l'Autorité de saisir le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications, au motif que France Télécom se serait rendu coupable d'un abus de dépendance économique. Copper Communications a également demandé à l'Autorité de prononcer à l'encontre de France Télécom une sanction pécuniaire en application des dispositions de l'article L. 36-11 de code des postes et télécommunications, au motif qu'elle aurait méconnu ses obligations relatives au respect de la confidentialité et de la neutralité du contenu des messages transmis sur son réseau.

Ces deux dernières demandes, qui relèvent d'un régime juridique différent, n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications et ne sont donc pas examinées dans le cadre de la présente décision.

II- Sur les moyens et conclusions présentés par les parties

A) Les moyens et conclusions présentés par Copper Communications dans sa demande susvisée en date du 30 mars 1998.

Copper Communications fait valoir les arguments suivants:

- Les services accessibles par les numéros 083668xxxx et 083668xxxx doivent être considérés comme des services de télécommunications.
 - elle soutient que la convention d'accès au réseau dénommée contrat " Audiotel ", contrat d'adhésion dont les clauses ne peuvent pas être négociées, comporte dans son article 1 des clauses de nature à restreindre la liberté des communications instituée par l'article L.32-1 du code des postes et télécommunications en excluant certaines activités, au prétexte qu'elles seraient de nature à porter atteinte à l'image du service " Audiotel " .
 - elle estime que la notion d'image du service " Audiotel " qui ne fait l'objet d'aucune définition ni légale ni réglementaire, est parfaitement subjective et dès lors contraire à l'obligation de transparence, d'objectivité et de non discrimination prévue à l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications. Au surplus, l'atteinte à l'image de France Télécom ne doit pas être présumée et ne peut, au cas par cas qu'être appréciée par le juge judiciaire en fonction de faits précisément avérés et d'un éventuel préjudice démontré. Par
- © Autorité de régulation des télécommunications

conséquent, cette condition préalable ne peut qu'être regardée comme illicite.

– elle prétend que France Télécom est soumise par ses statuts et par la loi aux obligations découlant des autorisations délivrées et au droit commun, sans pouvoir déroger par des conventions particulières aux dispositions d'ordre public du code des postes et télécommunications ou soumettre la fourniture d'un service figurant à son catalogue des prix à des conditions commerciales illicites. Elle ajoute que France Télécom soutient que ces clauses résultent " d'une concertation avec les professionnels de la télématique ", sans que soient précisés les critères ayant prévalu pour le choix de ses interlocuteurs. Copper Communications considère qu'elle n'a jamais participé à quelque concertation que ce soit, ni donné mandat à quiconque pour s'engager en son nom. Dans tous les cas, de telles délibérations ne peuvent constituer un droit à déroger aux lois et règlements en vigueur même par le biais de leur intégration dans un contrat d'adhésion.

– Enfin, elle considère que la volonté manifestée de France Télécom de " prononcer la résiliation " des conventions susvisées résulte d'une interdiction de certains types de télécommunications et d'une discrimination selon le contenu des messages au départ et à destination des services, transitant sur le réseau de l'opérateur. Cette discrimination est contraire aux dispositions de l'article L. 33-1 et de l'article D- 98-1 du code des postes et télécommunications, et l'opérateur ne peut donc se prévaloir de ses propres manquements pour résilier une convention. De plus, en utilisant l'expression " prononcer la résiliation ", France Télécom se présente en qualité de juridiction ce que contredit la lecture de ses statuts.

En invoquant ces moyens, Copper Communications demande à l'Autorité de :

– constater que la présente saisine est recevable et bien fondée ;

– constater qu'aux termes de l'article L. 32-1 du code des postes et télécommunications, les activités de télécommunication s'exercent librement ; que les services en cause de Copper Communication ne sont soumis ni à autorisation, ni à déclaration au sens de l'article L. 34-1 de ce même code. Que dès lors, toute référence à une prétendue " interdiction " est sans fondement ;

– ordonner à l'opérateur France Télécom de poursuivre l'exécution des conventions d'accès au réseau dites " contrat Audiotel " relatives aux services en cause et de mettre ces conventions en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment de supprimer les discriminations visées à l'article 1 de ces conventions excluant certaines activités ainsi que la clause par laquelle elle s'autorise à refuser de façon parfaitement discrétionnaire l'accès à des services " audiotel " pendant une durée de 6 mois à 2 ans, la rédaction de ladite clause " France Télécom peut refuser l'ouverture d'un service dont le fournisseur de service a fait l'objet d'un contrat Téléétel ou Audiotel résilié sur avis du Comité de la Télématique anonyme depuis moins de 6 mois ou, en cas de récurrence, depuis moins de deux ans (...) " concrétisant son caractère discriminatoire.

B) Les moyens et conclusions présentés par France Télécom à la demande de Copper Communications en date du 11 mai.

Dans ses observations en défense enregistrées le 11 mai 1998, France Télécom demande à l'Autorité de constater que la saisine présentée par Copper Communications n'est pas recevable. France Télécom invoque deux exceptions d'irrecevabilité.

Première exception d'irrecevabilité : France Télécom soutient que les contrats " Audiotel ", tels que ceux conclus avec Copper Communications sont soumis aux dispositions des articles D. 406-1 et suivants du code des postes et télécommunications. Il s'agit de contrats types soumis pour avis au Conseil supérieur de la télématique (CST).

France Télécom considère qu'aux termes de l'article D. 406-1-2 du code des postes et télécommunications, le Conseil supérieur de la télématique est chargé " de formuler des recommandations de nature déontologique visant notamment à la protection de la jeunesse applicables aux services offerts par les accès télématiques anonymes écrits ou vocaux et à leurs conditions d'accès ". Ces recommandations sont incluses dans les contrats conclus par France Télécom avec les fournisseurs.

France Télécom indique qu'il a été institué auprès du Conseil supérieur de la télématique, un comité de la télématique anonyme (CTA) qui " veille au respect par les parties des recommandations visées à l'article D. 406-1-2 ". Il peut être saisi par l'une ou l'autre des parties en cas de différend relatif au respect de ces recommandations. Il doit par ailleurs être saisi par France Télécom avant toute décision de résiliation ou de suspension d'un contrat passé avec un fournisseur de services télématiques.

En outre, France Télécom précise, qu'en vertu de l'article 9 du contrat " Audiotel ", le contentieux relève exclusivement de la compétence du juge judiciaire. Cet article dispose " *qu'à défaut d'accord amiable entre les parties concernant l'interprétation ou l'exécution du présent contrat, le Tribunal de Grande Instance de Paris est exclusivement compétent pour connaître d'éventuels litiges* ".

Deuxième exception d'irrecevabilité :

France Télécom estime que l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications donne compétence à l'Autorité pour statuer exclusivement sur les litiges relatifs à l'interconnexion, l'échec des négociations commerciales ou le désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès aux réseaux ouverts au public établis en application de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunication et non sur " la violation de contrats en cours d'exécution ".

France Télécom considère qu'aux termes de l'article D. 406-1-2 du code des postes et télécommunications, le CST est chargé " de formuler des recommandations de nature déontologique visant notamment à la protection de la jeunesse applicables aux services offerts par les accès télématiques anonymes écrits ou vocaux et à leurs conditions d'accès ". Ces recommandations sont incluses dans les contrats conclus par France Télécom avec les fournisseurs.

C) La réplique de Copper Communications au mémoire en défense de France Télécom en date du 4 juin.

Dans ses observations en réplique enregistrées le 4 juin 1998, Copper Communications fait valoir les arguments suivants:

– *sur la recevabilité de la saisine :*

Le différend soumis à l'Autorité porte sur des prestations exécutées par France Télécom en qualité d'opérateur de réseau ouvert au public, autorisé en vertu de l'article

L. 33-1 du code des postes et des télécommunications. Il ne saurait donc être prétendu que l'Autorité n'est pas compétente pour en connaître.

Il ne saurait être sérieusement soutenu que la coupure des accès aux services de Copper Communications ne relèverait pas de l'Autorité, dans la mesure où celle-ci est compétente en matière de désaccord sur l'exécution d'une convention d'accès au réseau.

La saisine de l'Autorité constitue la seule voie de recours contre l'application de clauses émanant de recommandations déontologiques abusives.

– sur les articles D. 406–1 et suivants du code des postes et télécommunications :

La participation de France Télécom en qualité de membre délibérant entache de nullité les délibérations de cet organisme, France Télécom étant en position de délibérer sur ses propres propositions de modification du contrat, en contradiction avec les dispositions de l'article 13 du décret 83–1025 du 28 novembre 1983 régissant le fonctionnement des organismes consultatifs.

De plus, aucune disposition de ces articles n'autorise France Télécom à faire constater le contenu des services, à porter des appréciations, à établir des procès verbaux, à les transmettre à des tiers, ni d'une façon générale, à déroger aux dispositions du code des postes et télécommunications auxquelles se réfère la saisine de Copper Communications. En conséquence, il ne saurait être soutenu que les procédures engagées seraient conformes aux dispositions de l'article D. 406–1 et suivants du code des postes et télécommunications.

– sur la juridiction compétente :

Copper Communications soutient que la loi prévoit que l'Autorité contrôle le respect par les opérateurs des obligations qui leur incombent en vertu du code des postes et télécommunications. C'est donc à tort que France Télécom soutient que le présent différend ne relèverait que de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance de Paris. En effet, cette disposition contractuelle ne saurait prévaloir sur les dispositions légales en présence d'un litige relevant des obligations susvisées et sur lesquelles porte précisément la saisine de Copper Communications.

De plus, le juge judiciaire se déclare régulièrement incompétent pour apprécier la légalité des avis rendus par les organismes consultatifs.

III – Sur la recevabilité de la demande présentée par Copper Communications et sur la compétence de l'Autorité pour en connaître

Par les motifs suivants :

Sur les dispositions applicables :

Aux termes de l'article L. 34–8 du code des postes et télécommunications :

" I.– (...)

" II– Les exploitants de réseaux ouverts au public figurant sur la liste établie en application du 7° de l'article L.36–7 (...) doivent, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, assurer un accès à leur réseau aux utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public, ainsi qu'aux services de communication audiovisuelle déclarés en application de l'article 43 de la loi n° 86–1067 du 30 septembre 1986 précitée. Ils doivent également répondre aux demandes justifiées d'accès spécial correspondant à des conditions techniques ou tarifaires non publiées, émanant de ces fournisseurs de service ou des utilisateurs.

" III– Les litiges relatifs aux refus d'interconnexion et aux conditions d'accès peuvent être soumis à l'Autorité de régulation des télécommunications conformément à l'article L. 36–8. "

Aux termes de l'article L. 36–8 du même code :

© Autorité de régulation des télécommunications

" I- En cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunications peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties.

" L'Autorité se prononce, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations. Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès spécial doivent être assurés.

" En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications, l'Autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner les mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux.

" L'Autorité rend publiques ses décisions, sous réserve des secrets protégés par la loi. Elle les notifie aux parties. "

" (...) "

Par ailleurs, aux termes de l'article D. 406-1 du code des postes et télécommunications :

" Il est créé auprès du ministre chargé des télécommunications un conseil consultatif appelé Conseil supérieur de la télématique ".

Aux termes de l'article D. 406-1-2 de ce même code :

" Le Conseil supérieur de la télématique est chargé de formuler des recommandations de nature déontologique, visant notamment à la protection de la jeunesse, applicables aux services offerts par les accès télématiques anonymes écrits ou vocaux et à leurs conditions d'accès ; ces recommandations prennent en particulier la forme de propositions concernant les contrats types souscrits entre l'exploitant public, le fournisseur de service et, éventuellement, le fournisseur de moyens télématiques.

" Le Conseil supérieur de la télématique est saisi pour avis par France Télécom de ces projets de contrats types ainsi que de leurs projets de modification. Il peut être saisi par chacun de ses membres de propositions de modification de ces mêmes contrats. Les avis rendus par le Conseil supérieur de la télématique à cette occasion sont publics (...) ".

En outre aux termes de l'article D. 406-2-2 du code des postes et télécommunications:

" Il est institué auprès du Conseil supérieur de la télématique, un comité consultatif appelé comité de la télématique anonyme ".

Enfin, aux termes de l'article D. 406-2- du code des postes et télécommunications :

" Le comité de la télématique anonyme veille au respect par les parties des recommandations visées à l'article D. 406-1-2 et des clauses non strictement commerciales des contrats conclus entre elles.

" Le comité peut être saisi par l'une ou l'autre des parties au contrat en cas de différend relatif au respect des recommandations de nature déontologique applicables aux services offerts sur les accès télématique anonymes, écrits ou vocaux et à leurs conditions d'accès.

" Il est consulté par l'exploitant public avant toute décision de résiliation ou de suspension d'un contrat passé avec un fournisseur de services télématiques, et éventuellement, un centre serveur, sauf dans le cas où cette

décision est prise à la requête de l'Autorité judiciaire ou dans le cas de non-exécution de clauses strictement commerciales.

" Il peut être consulté par l'exploitant public sur le raccordement d'un service à une catégorie d'accès télématique anonyme. Il peut être saisi, pour avis, par un fournisseur de services auquel il a été refusé le bénéfice d'un accès télématique anonyme, écrit ou vocal, professionnel ou grand public.

" Après en avoir recueilli les observations écrites des parties, le comité de la télématique anonyme émet un avis dans un délai de deux mois à compter de la saisine. En cas d'urgence, ce délai est ramené à 15 jours.

" Lorsqu'il est constaté une violation des recommandations visées à l'article D. 406-1-2, le comité recommande les mesures de nature à y mettre fin, notamment la suspension ou la résiliation du contrat. Ces avis sont motivés et notifiés au fournisseur de service télématique intéressé, à l'exploitant public ainsi qu'au président du Conseil supérieur de la télématique. Ils sont publics, à l'exception de toute mention relative à l'identité du fournisseur de service. "

• *Sur la qualification juridique des conventions Audiotel passées entre France Télécom et Copper Communications et du différend soumis à l'Autorité :*

Il résulte de l'instruction que Copper Communications doit être regardée comme un fournisseur ou un utilisateur de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public, ou de services de communication audiovisuelle déclarés en application de l'article 43 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication susvisée.

France Télécom a été inscrite par la décision n° 97- 412 susvisée du 19 novembre 1997 sur la liste, établie en application des dispositions du 7° de l'article L. 36-7 du code des postes et télécommunications, des opérateurs qui exercent une influence significative sur un marché pertinent du secteur des télécommunications, et à ce titre devant assurer un accès à leur réseau. Ainsi, les contrats Audiotel conclus les 4 mai 1996 et 6 juin 1996 entre Copper Communications et France Télécom doivent être regardés comme constituant notamment des conventions d'accès à un réseau de télécommunications.

Toutefois, le litige qui oppose Copper Communications et France Télécom concernant ces conventions ne porte pas sur les conditions d'ordre technique et financier de leur exécution au sens des dispositions de l'article L. 36-8 précité, mais sur le respect des recommandations de nature déontologique applicables aux services offerts sur les services télématiques, formulées par le Conseil supérieur de la télématique en application de l'article D. 406-1-2 précité, et sur le respect des clauses non strictement commerciales figurant à l'article 1 des conditions générales des contrats " Audiotel à la durée " et à leur annexe 2.

Ainsi, le différend qui oppose Copper Communications à France Télécom, eu égard à son objet, n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 36-8 précité. Par suite, les conclusions sus-rappelées présentées par Copper Communications doivent être rejetées.

Décide:

Article 1– La demande présentée par la société Copper Communications est rejetée comme portée devant une autorité incompétente pour en connaître.

Article 2– Le directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications est chargé de notifier la présente décision à Copper Communications et à France Télécom. La présente décision sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris le 24 juin 1998.

Le président

Jean-Michel Hubert