

Décision n° 98 –703 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 4 septembre 1998 se prononçant sur un différend entre TO COM 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 l'arrêté du 12 mars 1998 autorisant la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public.

Vu la décision n° 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 12 juin 1998, présentée par TO COM, société à responsabilité limitée, dont le siège social est 7, Boulevard Banon à Marseille représentée par son gérant M. Patrick Prieur en application de l'article 14 de ses statuts ;

Vu les observations en défense, enregistrées le 17 juillet 1998, présentées par France Télécom, société anonyme dont le siège social est 6, place d'Alleray, à Paris (XVème), représentée par M. Gérard Moine, directeur des relations extérieures ayant reçu délégation à cet effet de M. Michel Bon, Président de France Télécom le 4 mai 1998 ;

Vu les observations en réplique, enregistrées le 31 juillet 1998, présentées par TO COM ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 4 septembre 1998 , lors d'une réunion du collège composé de M. Jean–Michel Hubert, président, de MM. Roger Chinaud, Yvon le Bars, Bernard Zuber, membres de l'Autorité, en présence de M. Pierre–Alain Jeanneney, directeur général, Mme Béatrice Cospérec, service juridique, 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

la Société TO COM a conclu avec France Télécom quatre conventions d'accès à son réseau dénommées " contrat Audiotel à la durée ":

– l'une en date du 10 février 1995, pour fournir un service " Rien que des mecs ", accessible par le numéro 08 36 67 39 39 ;

– deux autres conventions en date du 27 février 1995, pour fournir un service " 100% mecs ", accessible par le numéro 08 36 67 53 53 et un service " une femme avec une femme ", accessible par le numéro 08 36 67 63 63 ;

– la dernière convention en date du 23 mai 1997, pour fournir un service " Entre hommes exclusivement ", accessible par le numéro 08 36 67 82 82 ;

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 a estimé que des publicités relevées dans la presse prouveraient que les services proposés par TO COM étaient interdits sur l'accès télématique permettant d'y accéder.

Ainsi, par courrier, en date du 26 février 1998, France Télécom a informé TO COM de son intention de saisir pour avis le comité de la télématique anonyme, sur la décision de résiliation des deux contrats " Audiotel " permettant la fourniture des services " 100% mecs " et " Une femme avec une femme ".

Par courrier, en date du 16 mars 1998, France Télécom a de nouveau informé TO COM de son intention de saisir pour avis le comité de la télématique anonyme sur la décision de résiliation du contrat " Audiotel " relatif au service " Entre Hommes exclusivement ".

Enfin, par courrier, en date du 14 avril 1998, France Télécom a informé TO COM de son intention de saisir pour avis le comité de la télématique anonyme sur la décision de résiliation du contrat " Audiotel " relatif au service " Rien que des mecs ".

TO COM a saisi l'Autorité de régulation des télécommunications, le 12 juin 1998, en invoquant l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, aux fins notamment de voir ordonner à France Télécom la poursuite de l'exécution des conventions d'accès au réseau dites " contrat Audiotel " relatives aux services en cause, ou leur recâblage effectif, dans l'attente d'une décision de l'Autorité sur la conformité de la procédure de saisine du comité de la télématique anonyme, au regard de l'autorisation d'exploitation de France Télécom et de mettre ces conventions en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

II– Sur les moyens et conclusions présentés par les parties

A) Les moyens et conclusions présentés par TO COM dans sa demande susvisée en date du 12 juin 1998.

TO COM fait valoir les arguments suivants:

Les services accessibles par les numéros 08 36 67 53 53, 08 36 67 63 63, 08 36 67 39 39, 08 36 67 82 82 doivent être considérés comme des services de télécommunications. En effet, elle estime que les services " Audiotel " utilisent un terminal, le téléphone, dont les fonctionnalités permettent aux utilisateurs de recevoir et d'envoyer des correspondances privées, via les messageries et systèmes de boîtes aux lettres. Il s'agit donc par essence d'accès interactifs. Les accès " Audiotel " doivent donc en premier lieu relever du régime juridique propre au support qu'ils utilisent . En conséquence, il y a bien lieu d'appliquer aux accès " Audiotel " le 7° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications à raison, d'une part de l'exploitation commerciale du transfert direct en temps réel de la voix, que celui-ci soit simultané ou différé par suite de consultation des boîtes à lettres et messageries et, d'autre part à raison de l'usage du réseau commuté entre utilisateurs fixes ou mobiles identifiés.

Elle soutient qu'elle est bien fondée à saisir l'Autorité pour discrimination à son égard de la part de France Télécom, contrevenant ainsi aux principes, obligations et contraintes contenues dans son autorisation d'exploiter à la date des saisines du comité de la télématique anonyme en vue de la résiliation de ses accès.

Elle considère que la procédure de résiliation, ou de suspension, mise en oeuvre par France Télécom repose sur des discriminations. Elle ajoute que France Télécom est légalement tenue de respecter le principe d'égalité de traitement au regard de tous ses fournisseurs en application de l'article 12 de son cahier des charges résultant du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 modifié. En effet, TO COM considère que France Télécom entend suspendre, ou résilier les accès, objet de saisines de la société TO COM, sans autorisation d'un juge, en se fondant uniquement sur sa seule appréciation d'une déloyauté contractuelle, un fait de contenu de publicité, dont elle a demandé avis de confirmation au comité de la télématique anonyme.

Par ailleurs, TO COM constate que l'opérateur France Télécom a opéré des distinctions dans ses saisines du comité de la télématique anonyme concernant les accès " audiotel ", de nature à épargner certains d'entre eux. Il apparaît ainsi que les accès audiotel 08 36 65 n'ont fait l'objet, en 1997, d'aucune saisine en suspension ou résiliation, pour fait de publicité contrairement aux accès 08 36 68 et 08 36 69.

Enfin, TO COM estime que les accès concernés donnent lieu, dans certains cas, à une saisine du comité de la télématique anonyme et à fin de résiliation et dans d'autres cas à une abstention. Certains accès sont épargnés, et même ménagés, alors que leurs accroches publicitaires font état de prestations identiques à celles pour lesquelles France Télécom met en oeuvre la procédure de saisine du comité de la télématique anonyme. TO COM considère

qu'il en résulte donc une partialité évidente et abusive, de nature à constituer une forme de discrimination à son encontre.

En invoquant ces moyens, TO COM demande à l'Autorité de :

- constater que la présente saisine est recevable et bien fondée ;
- constater à l'égard de la société TO COM des faits de discrimination au regard des saisines intervenues en 1997 ;
- constater que France Télécom, en procédant aux saisines pour avis du comité de la télématique anonyme, à l'encontre des accès de la société TO COM, contrevient à son obligation d'égalité de traitement, et d'accès à son réseau, au sens de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications ;
- contraindre France Télécom à mettre ses conventions d'accès télématiques en conformité avec les obligations contenues dans son autorisation d'exploiter;
- ordonner le maintien provisoire des accès de la société TO COM, ou leur recâblage effectif, dans l'attente d'une décision de l'Autorité sur la conformité de la procédure de saisine du comité de la télématique anonyme, au regard de l'autorisation d'exploiter de France Télécom.

B) Les moyens et conclusions présentés par France Télécom à la demande de TO COM en date du 17 juillet 1998

Dans ses observations en défense enregistrées le 17 juillet 1998, France Télécom demande à l'Autorité de constater que la saisine présentée par TO COM 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 TO COM 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 considère que la saisine de l'Autorité par la société TO COM sur le fondement de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications est manifestement irrecevable conformément à la décision n° 98-506 rendue par l'Autorité le 24 juin 1998 se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom.

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 ".

En effet, le litige qui oppose TO COM à France Télécom ne constitue en aucune façon " un refus d'accès (...) à un réseau de télécommunication " susceptible d'être soumis à l'Autorité mais la violation de contrats en cours d'exécution.

C) La réplique de TO COM au mémoire en défense de France Télécom en date du 31 juillet.

Dans ses observations en réplique enregistrées le 31 juillet 1998, TO COM fait valoir les arguments suivants:

– *sur la recevabilité de la saisine :*

TO COM considère que le I de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications attribue expressément compétence à l'Autorité pour " l'exécution d'une convention d'accès à un réseau ". En conséquence, la saisine de TO COM relevant de ce cas d'espèce, est bien recevable.

TO COM estime que sa saisine concerne, simultanément, un refus d'accès et des atteintes graves aux règles des télécommunications, relevant bien de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications.

En effet, TO COM considère que les articles D. 406–1, et suivants de ce même code, réglementent un type de procédure particulière relative aux services télématiques anonymes, catégorie caractérisant les accès en cause de TO COM.

Toutefois, TO COM estime que les articles D. 406–1 et suivants ne règlementent en aucune manière toutes les procédures relatives aux différends des services télématiques. En conséquence, il est particulièrement abusif de restreindre ainsi cette matière à ces seuls articles réglementaires, notamment lorsqu'en application de la loi, l'Autorité autorise l'accès à des réseaux de télécommunications, en cas de refus opposés par les opérateurs.

Enfin, TO COM réitère son argument, resté sans aucune réponse, et selon lequel on ne peut préjuger ni du contenu, ni de la catégorie ou de la nature des messages transportés sur un accès, au regard d'une simple publicité, sauf à agir avec partialité.

TO COM considère donc qu'il y a bien, en l'espèce, refus d'accès, de la part de France Télécom, pour le transport de certaines catégories de messages.

TO COM soutient que la demande d'irrecevabilité de France Télécom fondée sur la décision n° 98–506 rendue par l'Autorité le 24 juin 1998 se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom ne lui est en rien applicable. En effet, l'Autorité s'est déclarée incompétente aux seuls motifs des conditions techniques et financières d'exécution de la convention d'accès de la société Copper Communications appelante. Or, TO COM considère que sa saisine est fondée sur le refus d'accès de certaines catégories de messages, et les atteintes graves aux règles régissant le secteur des communications, en conséquence, l'argument de France Télécom doit être rejeté.

– sur l'absence de réponse aux faits exposés en saisine

TO COM observe que France Télécom n'a fourni aucune réponse aux faits de discriminations contenus dans sa saisine et, notamment passe sous silence les inégalités constatées de traitement entre accès, et de partialité dans la sélection des publicités prétexte à saisines en résiliation.

Or, ce contentieux ne saurait relever de la compétence du juge judiciaire en application de la décision n°96–378 DC du Conseil Constitutionnel du 23 juillet 1997. En effet, ces discriminations sont constitutives de manquements de la part d'un exploitant de réseau aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à son activité. En cas d'infraction, seule l'Autorité dispose d'un pouvoir de sanction relevant de l'article L. 36–11 du code des postes et télécommunications.

L'absence de réponse constitue donc une volonté délibérée de France Télécom :

- d'une part de mettre l'Autorité dans l'impossibilité d'exercer son pouvoir de contrôle en la matière prévu à l'article L. 36–7 du code des postes et télécommunications ;
- d'autre part d'éviter tout débat contradictoire.

En conséquence, TO COM requiert de l'Autorité, en application de son pouvoir de contrôle, qu'il soit enjoint à France Télécom de répondre.

–sur le traitement judiciaire des différends :

TO COM estime que France Télécom a allégué le débouté en référé de l'exposant, afin d'induire en erreur l'Autorité sur la décision qu'elle doit prendre. En effet, l'ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance de Paris en date du 26 juin 1998 a dit qu'il n'y avait lieu à référé. L'instance ayant été introduite par plusieurs

parties demanderes, le juge a dit qu'il n'y avait pas lieu à référé étant donné que le caractère potestatif, motivant la procédure de saisine, relève de la compétence exclusive du juge du fond.

TO COM considère que l'Autorité, ainsi que les parties à la présente saisine, ne peuvent rien conclure, ni tirer aucun parti, des développements judiciaires relatifs aux accès, ayant opposé l'exposant et son contradicteur France Télécom. Il doit donc en être donné acte dans la décision à intervenir.

III – Sur la recevabilité de la demande présentée par TO COM 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 :

" 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 publique 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 (...)".

Ces recommandations prennent la forme de propositions concernant les contrats types souscrits entre l'opérateur et le fournisseur de service. Dans ce cadre, par avis du 12 avril 1995, le Conseil supérieur de la télématique a recommandé à France Télécom de modifier les stipulations des contrats télématiques de telle sorte que le comité de la télématique anonyme puisse être saisi, directement par l'exploitant public et sans mise en demeure préalable du fournisseur concerné, de toute publicité faisant apparaître clairement que le service proposé est interdit soit d'une façon générale, soit sur le palier tarifaire auquel il est offert ou par le numéro permettant d'y accéder. Cette modification a été introduite dans les conditions générales des contrats Audiotel à la durée par l'avenant du 15 mai 1995.

En outre, aux termes de l'article D. 406-2. 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. 406-2-2. 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 TO COM et du différend soumis à l'Autorité :*

Il résulte de l'instruction que TO COM 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 10 février 1995, les 27 février 1995 et le 23 mai 1997 entre TO COM et France Télécom doivent être regardés comme constituant notamment des conventions d'accès à un réseau de télécommunications.

Toutefois, le litige qui oppose TO COM 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, 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, et sur le choix des contrats que France Télécom transmet pour avis au comité de la télématique anonyme, en vue de leur résiliation.

Ainsi, le différend qui oppose TO COM 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 TO COM y compris les demandes de mesures conservatoires doivent être rejetées.

Décide:

Article 1- La demande présentée par la société TO COM 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 TO COM et à France Télécom. La présente décision sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris le 4 septembre 1998

Le président,

Jean-Michel Hubert