

Décision n° 99-2 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 6 janvier 1999 se prononçant sur un différend entre 3A Média 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 9 octobre 1998, présentée par 3A Média, société à responsabilité limitée, dont le siège social est 42, rue de Tilsit représentée par son gérant M. Michel Pellegrin en application de l'article 14 de ses statuts ;

Vu les observations en défense, enregistrées le 13 novembre 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 26 novembre 1998, présentées par 3A Média ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 6 janvier 1999 ;

Adopte la présente délibération fondée sur les faits et les motifs exposés ci-après :

I- Sur l'origine du litige

Le 30 janvier 1998, la société France Télécom a refusé à la société 3A Média une demande de réservation du code d'accès Télétel "36 15 SEX" dont l'objet était le suivant : "BAL, Dialogue, Jeux, Sexologie, Horoscopes, Tarots".

France Télécom a fondé son refus conformément à l'article 4.2 des conditions générales du contrat Télétel d'attribuer ce code à la société 3A Média au motif que le code "36 15 SEX" était de nature à porter atteinte à l'image de France Télécom.

Le comité de la télématique anonyme saisi le 27 février 1998 par la société 3A Média de cette décision a rendu un avis le 8 juillet 1998 estimant que France Télécom était fondée à refuser l'attribution de ce code d'accès au motif que celui-ci "était de nature à porter atteinte à l'image de France Télécom".

3A Média a saisi l'Autorité de régulation des télécommunications le 9 octobre 1998, sur le fondement de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, aux fins de voir dire que France Télécom n'a pas respecté les dispositions du II de l'article L. 34-8 de ce code et demande à l'Autorité d'ordonner à France Télécom la réservation du code d'accès Télétel "36 15 SEX".

II- Sur les moyens et conclusions présentés par les parties

A) Sur les moyens et conclusions présentés par 3A Média dans sa demande susvisée le 9 octobre 1998

La société 3A Média fait valoir les arguments suivants :

Elle estime que cette saisine ne contient aucune demande de nature déontologique relevant de l'article D. 406-1 et suivants du code des postes et télécommunications.

Elle considère que la présente saisine concerne un simple refus d'accès au réseau de France Télécom.

De plus, 3A Média constate que l'opérateur France Télécom a donné accès à son réseau Télétel au code "36 15 SEXTTEL", et "36 15 DIALOGUES SUR XTEL", ainsi qu'il résulte des publicités relevées dans la presse pour un contenu de prestations ou de services similaires semblables et analogues à celui de la société 3A Média.

En conséquence, 3A Média considère qu'elle est en droit de réclamer à l'Autorité de lui faire application de l'égalité de traitement, à l'appui de sa demande d'accès au réseau de l'opérateur France Télécom.

Par ailleurs, la société 3A Média propose de fournir un service de Télétel de type A, avec restriction d'accès selon les modalités prévues à l'article 5.5 des conditions générales du contrat Télétel. Elle souhaite que l'intégralité de son service soit concernée par le recours à l'identification préalable de l'utilisateur de l'accès à son service.

Elle estime que cette préoccupation rejoint celle exprimée par l'Autorité dans son avis n° 98-556 en date du 8 juillet 1998 relative à la création des services "Accès Sélectif Audiotel" et "Accès Sélectif Télématique", afin d'éviter l'accès à tout public.

Sur la base de ces moyens, 3A Média demande à l'Autorité de :

- se prononcer sur les conditions d'accès au réseau de France Télécom conformément aux articles L. 34-8-II et L. 36-8-I du code des postes et télécommunications et ordonner l'accès du code "36 15 SEX" à ce réseau ;
- dire que l'accès du service de la société 3A Média soit concerné par le recours à l'identification préalable de l'utilisateur dès l'accès à son service.

B) Les moyens et conclusions présentés par France Télécom le 13 novembre 1998 en réponse à la demande de 3A Média

Dans ses observations en défense enregistrées le 13 novembre 1998, France Télécom demande à l'Autorité de constater que la saisine présentée par la société 3A Média n'est pas recevable. France Télécom invoque deux exceptions d'irrecevabilité.

Première exception d'irrecevabilité :

France Télécom soutient que les contrats "Télétel", tels que ceux conclus avec 3A Média 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.

France Télécom constate que la saisine de l'Autorité de régulation des télécommunications porte sur un service "Télétel" dont la société 3A Média voudrait qu'il ait pour code "36 15 SEX", ce que France Télécom a été amenée à refuser conformément à l'article 4.2 des conditions générales du contrat "Télétel".

Le comité de la télématique anonyme, saisi par la société 3A Média de cette décision a rendu un avis le 8 juillet 1998, estimant que France Télécom était fondée à refuser l'attribution de ce code au motif "que le code 36 15 SEX était de nature à porter atteinte à l'image de France Télécom".

Le comité de la télématique anonyme a ainsi confirmé ainsi une position qu'il avait déjà eu l'occasion d'affirmer au travers d'autres décisions concernant des refus opposés par France Télécom à des demandes d'attribution du code d'accès "36 15 SEX" présentées par d'autres fournisseurs de services.

De plus, France Télécom constate qu'il a été jugé par une ordonnance de référé rendue le 3 avril 1997 par le tribunal de grande instance de Paris que France Télécom était fondée à refuser d'attribuer un code d'accès en raison de la nature du service envisagé ("messagerie rose") contraire à l'objet du contrat "Télétel".

Deuxième exception d'irrecevabilité :

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, celle-ci considère que l'Autorité ne pourra que rejeter cette demande qui a trait à un différend qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications.

Ainsi, France Télécom demande à l'Autorité de se déclarer incompétente et de considérer comme ne tombant pas dans le champ d'application de l'article L. 36-8 les demandes relatives au refus par France Télécom d'attribuer des codes d'accès contraires aux recommandations de nature déontologique et aux dispositions des contrats "Télétel".

C) Les moyens et conclusions présentés par 3A Média le 26 novembre 1998 en réplique au mémoire en défense de France Télécom

La société 3A Média constate que les observations de France Télécom "illustrent manifestement une maîtrise éprouvée de l'art de la langue de bois".

– *sur l'absence de fondement de l'argument déontologique*

3A Média considère que France Télécom pour faire échec à sa saisine lui oppose un différend déontologique alors que sa demande d'accès lui a été refusée.

En conséquence la nature de la saisine porte bien sur un refus d'accès et non sur un contentieux de nature déontologique, dont les effets ne peuvent s'appliquer en l'absence de tout contrat.

De plus, 3A Média considère que la loi ne retient aucun motif d'atteinte à l'image d'un opérateur de télécommunications pour justifier un refus d'accès à un réseau de télécommunications.

L'article L. 34–8–II du code des postes et télécommunications impose aux opérateurs concernés le respect de trois critères pour assurer l'accès à leur réseau : conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

Par ailleurs, elle soutient qu'elle a fourni à l'appui de sa saisine diverses preuves selon lesquelles elle a lieu de se plaindre de discriminations, au regard du refus d'accès qui lui a été opposé puisque les codes "36 15 SEXTEL, 36 17 SEXOTEL, 36 15 XTEL" ont accédé au réseau de France Télécom et font actuellement l'objet de contrat d'exploitation.

– *Sur l'absence du fondement de la jurisprudence produite*

3A Média estime que les annexes de France Télécom dans ses observations en défense présentent une jurisprudence sélective et sans aucun rapport avec la saisine de 3A Média :

– la jurisprudence produite est sélective en tant qu'elle fait l'impasse par suite "d'amnésie persistante" sur des décisions ayant ordonné des recâblages, la plus récente étant en l'espèce celle du tribunal de grande instance de Paris du 28 janvier 1998 société Arletty 3 contre France Télécom.

– la jurisprudence est sans rapport avec la saisine de 3A Média puisque cette dernière n'a fait l'objet d'aucune résiliation pour son accès "36 15 SEX" et n'a introduit aucune action en justice pour en obtenir le recâblage.

3A Média estime donc que l'argument du contentieux déontologique soumis au juge judiciaire de même que la décision n° 98–506 de l'Autorité qui concerne une convention d'accès ayant fait l'objet d'une résiliation sont inopposables à la saisine de 3A Média.

– Sur la nature du différend soumis à l'Autorité

3A Média estime que son différend avec France Télécom concerne bien un refus d'accès.

Elle constate l'absence de réponse de France Télécom à l'offre technique de consultation proposée par 3A Média dans sa saisine notamment par " l'identification préalable pour accéder au service " (...).

En conclusion, la société 3A Média demande à l'Autorité de se déclarer compétente et de considérer que sa demande d'accès "36 15 SEX" souscrit les conditions techniques et financières du réseau "36 15" de France Télécom, avec restrictions d'accès techniques à tout public pour identification préalable et sélection.

III – Sur la recevabilité de la demande présentée par 3A Média 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.

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 "Télérel" passées entre France Télécom et 3A Média et *du différend soumis à l'Autorité :*

Il résulte de l'instruction que la société 3A Média 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.

L'Autorité constate que France Télécom reproche à 3A Média d'avoir fait une demande de réservation du code d'accès "Télétel" "36 15 SEX" non conforme aux stipulations de l'article 4.2 des conditions générales du contrat "Télétel".

En effet, l'article 4.2 du contrat "Télétel" stipule que " (...) le code de service ne doit pas porter atteinte à l'image de "Télétel" ou de France Télécom".

L'Autorité estime en conséquence que le litige qui oppose 3A Média et France Télécom concernant une demande de réservation du code d'accès "Télétel" "36 15 SEX" ne porte pas sur les conditions d'ordres technique et financier de la conclusion d'une convention d'accès 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, formulés 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 sur les conditions générales du contrat "Télétel."

De plus, dans son arrêt du 15 décembre 1998 *Copper Communications c/France Télécom*, la Cour d'appel de Paris considère que "l'Autorité n'a pas été investie ni du pouvoir d'interprétation des lois et règlements ni de celui de contrôler la légalité d'un règlement dont l'objet a été précisément d'instituer un mécanisme de contrôle du contenu des services "Télétel" et services offerts sur les kiosques télématiques ou téléphoniques".

La Cour en déduit que "l'Autorité n'a dès lors pas vocation à apprécier les clauses insérées dans des contrats en application du régime juridique d'exception prévu pour les services "Audiotel"".

Enfin, l'existence invoquée par 3A Média du mécanisme de sélection d'accès prévu par l'avis n° 98-556 de l'Autorité en date du 8 juillet 1998 relative à la création des services "Accès Sélectif Audiotel" et "Accès Sélectif Télématique" proposée par France Télécom qui permet à l'abonné de restreindre à partir de son poste téléphonique l'accès à certains services, ne saurait se substituer au dispositif de contrôle déontologique instauré par les dispositions précitées ; au surplus, ce mécanisme concerne les relations entre l'abonné et l'opérateur et non celles entre le fournisseur de service et l'opérateur, objet du présent différend.

Ainsi, le différend qui oppose 3A Média 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 demandes formulées dans les conclusions sus rappelées présentées par 3A Média doivent être rejetées.

Décide:

Article 1- La demande présentée par 3A Média 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 3A Média et à France Télécom. La présente décision sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 6 janvier 1999

Le président,

Jean-Michel HUBERT