



Décision n° 02-D-38 du 19 juin 2002
relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires
présentées par la société Liberty Surf

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 19 février 2002 sous les numéros 02/0027/F et 02/0028/M, par laquelle la société Liberty Surf a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques du groupe France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'avis n° 02-306 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu la décision de secret des affaires n° 02-DSA-14 du 19 avril 2002 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Liberty Surf, France Télécom, Wanadoo Interactive, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 22 mai 2002 ;

Considérant que les sociétés France Télécom et Wanadoo Interactive contestent la recevabilité des éléments produits par la société Liberty Surf, par courrier daté du 16 mai 2002, enregistré au bureau de la procédure le 17 mai, pour l'examen desquels elles n'ont disposé que d'un jour ouvré, ce qui constitue un délai insuffisant pour élaborer leurs arguments en réponse ; que ces éléments sont donc retirés du dossier pour l'examen de la présente demande ;

I. - Sur la saisine au fond

Considérant que Liberty Surf, fournisseur d'accès à Internet, fait valoir, en premier lieu, que, compte tenu

des tarifs de l'offre IP/ADSL proposée par France Télécom aux fournisseurs d'accès désirant commercialiser des services d'accès à Internet par l'ADSL, les fournisseurs d'accès concurrents de Wanadoo, filiale de France Télécom, ne peuvent s'aligner sur les tarifs de détail des services d'accès à l'Internet haut débit commercialisés par cette société sans subir de pertes ; qu'elle relève que la Commission européenne a fait savoir, par un communiqué en date du 21 décembre 2001, qu'elle avait notifié à l'encontre de la société Wanadoo une communication de griefs, dans laquelle elle estime que les prix de détail de ses services d'accès à Internet haut débit, Pack eXtense et Wanadoo ADSL, sont inférieurs à leurs coûts ; que Liberty Surf soutient que cette pratique constitue un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et pourrait également être qualifiée au titre de l'article L. 420-5 du dudit code prohibant les prix abusivement bas ;

Considérant que Liberty Surf dénonce, en deuxième lieu, l'utilisation qui serait faite par France Télécom de certaines données techniques et commerciales dont elle dispose du fait de sa qualité d'exploitant du réseau téléphonique fixe, afin de favoriser sa filiale Wanadoo Interactive par rapport à ses concurrents sur le marché de l'accès à Internet par l'ADSL ; qu'elle produit à l'appui de cette allégation les témoignages de deux abonnés dont le premier, client des services d'accès à Internet de Liberty Surf, aurait été démarché par son agence France Télécom afin de lui proposer, au vu de ses consommations téléphoniques, un abonnement à Wanadoo, et dont le second, suite à une simple demande auprès de son agence France Télécom d'un kit de connexion à Internet de Wanadoo, aurait vu son compte bancaire débité au profit de cette dernière, sans qu'il lui ait accordé d'autorisation de prélèvement distincte de celle donnée au titre de son abonnement téléphonique ;

Considérant que Liberty Surf critique, en troisième lieu, les conditions privilégiées que France Télécom accorderait à sa filiale, concernant l'accès aux informations relatives à l'éligibilité à l'ADSL des lignes téléphoniques et le processus de commande d'ouverture des lignes ADSL, par rapport à celles résultant pour les fournisseurs d'accès concurrents, dont Liberty Surf, de l'application du contrat IP/ADSL ;

Considérant que Liberty Surf se plaint, en quatrième lieu, de la diffusion par France Télécom au dos des enveloppes d'envoi des factures du service téléphonique, de publicités en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL, dont elle estime qu'elles viseraient à promouvoir les services offerts par sa filiale Wanadoo Interactive, en exploitant abusivement sa position largement dominante sur le marché de la téléphonie fixe ;

Considérant que Liberty Surf dénonce, en cinquième lieu, les caractéristiques d'une offre de partenariat faite par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet, en octobre 2001, en vue de la commercialisation de packs ADSL dans la grande distribution, et dont les modalités limiteraient leur liberté commerciale en ce qui concerne la détermination du prix de leurs services d'accès à Internet et des conditions de rémunération des distributeurs ;

Sur les marchés concernés et la position de France Télécom et de Wanadoo sur ces marchés,

Considérant que la société Wanadoo Interactive affirme que les accès à haut, moyen et bas débit sont largement substituables entre eux, et qu'elle ne commercialiserait que 37 % de ces accès, ce qui rendrait sans fondement les griefs d'abus de position dominante formulés à son encontre ;

Mais considérant que les services d'accès à Internet à haut débit permettent des transmissions de données huit à dix fois plus rapides que celles de l'accès à bas débit, indispensables à certaines applications, et une durée de connexion permanente et illimitée ; qu'ils autorisent, par ailleurs, l'utilisation simultanée de la ligne téléphonique ; que Wanadoo Interactive fait état de 371 000 abonnés à ses services d'accès à Internet par l'ADSL à la fin de l'année 2001, sur un total de 414 000 lignes mises en service à la même date par sa maison mère, soit une part de marché de près de 90 % ; que Wanadoo conteste ce chiffre et produit une étude selon laquelle elle commercialisait 77 % des lignes ADSL au 1^{er} trimestre 2002 ; qu'au vu de ces éléments, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'accès haut débit à Internet par l'ADSL constitue un marché distinct sur lequel Wanadoo occupe une position largement dominante ;

Considérant qu'ainsi que le relève l'ART dans son avis n° 02-346, France Télécom demeure en situation de quasi-monopole sur le marché de l'acheminement des communications Internet par l'ADSL, tant en ce qui concerne l'accès à l'abonné, du fait du retard du dégroupage de la boucle locale, qu'en ce qui concerne le transport des flux de trafic, segment sur lequel les autres opérateurs de télécommunications peuvent en principe proposer aux fournisseurs d'accès une offre concurrente, par l'intermédiaire du service ADSL Connect ATM de France Télécom ; que si les chiffres communiqués par France Télécom lors de l'instruction révèlent une progression des lignes mises en service par l'intermédiaire de son offre ADSL Connect ATM, dont le parc passe de 1 155 au 31/12/01 à 5 197 au 13/04/02, la part ainsi prise par les opérateurs alternatifs auprès des fournisseurs d'accès reste très marginale, inférieure à 1 % du parc total ; qu'en conséquence, la quasi-totalité des lignes ADSL sont commercialisées par France Télécom, soit directement avec ses offres Netissimo, soit par l'intermédiaire de l'offre de revente accessible aux fournisseurs d'accès, IP/ADSL, et de l'offre de collecte du trafic, dénommée Collecte IP/ADSL ;

Sur les entreprises visées par la saisine,

Considérant que la société Wanadoo Interactive expose que, bien qu'elle appartienne au groupe France Télécom, elle constitue une entreprise distincte de sa maison mère France Télécom, qu'elle dispose d'une complète autonomie de décision et que 27,8 % de son capital est détenu par des actionnaires minoritaires ; qu'en visant "*le groupe France Télécom*", la saisine ne permet pas de déterminer quelle est l'entreprise mise en cause ; qu'un effet de ciseau tarifaire ne peut être invoqué entre les tarifs de deux entreprises autonomes, sans qu'une entente entre elles soit établie ;

Mais considérant que certains éléments présents au dossier témoignent d'une stratégie commune à France Télécom et à sa filiale Wanadoo Interactive ; qu'ainsi, sur le papier à en-tête utilisée par cette dernière, figure le logo "*Wanadoo Internet avec France Télécom*" ; que les services Wanadoo sont distribués par les agences commerciales de France Télécom, contrairement à ceux des autres FAI, et que la circonstance que cette commercialisation ait été provisoirement suspendue, en application d'une mesure conservatoire prononcée par le Conseil dans sa décision 02-MC-03 du 27 février 2002, est sans effet sur la communauté d'intérêt que révèle cette stratégie commerciale ; qu'à supposer, en tout état de cause, que Wanadoo Interactive dispose d'une autonomie de décision, cette circonstance influencerait sur l'imputabilité des pratiques mais non sur leur matérialité ;

Sur la compétence du Conseil,

Considérant que Wanadoo indique que, le 20 décembre 2001, la Commission européenne lui a adressé une communication de griefs relative à la tarification de certains de ses services, au titre de l'article 82 du traité de Rome ; qu'elle fait valoir qu'en application des dispositions de l'article 9.3 du règlement 17/62, la procédure engagée à son encontre par la Commission européenne dessaisit le Conseil de sa compétence quant à la qualification des pratiques concernées, tant au titre de l'article L. 420-2 du code de commerce, pour les accusations de prédation ou de ciseau tarifaire, que de l'article L. 420-5, pour celles de prix abusivement bas ; que ce dessaisissement sur le fond s'étend, de fait, à l'examen de la demande de mesures conservatoires ;

Mais considérant que, si l'article 9, paragraphe 3, du règlement 17/62 du Conseil du 5 février 1962, prive les autorités nationales de la concurrence de leur compétence pour l'application des articles 81 et 82 du traité lorsqu'une procédure a été engagée par la Commission européenne en vue de l'adoption d'une décision et qu'il est effectivement de bonne administration, en ce cas, de surseoir à statuer en ce qui concerne l'application des articles L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, compte tenu du risque de contradiction entre la décision que prendrait le Conseil sur le fondement du droit national et la décision à venir de la Commission, il n'en n'est pas de même pour le prononcé de mesures conservatoires, qui présentent un caractère temporaire et ne préjugent pas de l'appréciation des pratiques sur le fond ;

Sur les pratiques,

Considérant que France Télécom fait valoir, en premier lieu, que Liberty Surf n'apporte aucun élément probant au soutien de ses affirmations concernant l'effet de ciseau tarifaire dont seraient victimes les fournisseurs d'accès concurrents de Wanadoo, et s'appuie seulement sur le prétendu caractère abusivement bas ou prédateur du prix du pack eXtense de Wanadoo ; que les tarifs de son offre IP/ADSL n'ont pas à être rapprochés des prix de détail de Wanadoo, mais de ceux qu'elle pratique elle-même sur son offre de détail Netissimo ; que les tarifs en cause des offres Netissimo, IP/ADSL et Collecte IP/ADSL ont fait l'objet d'un avis favorable de l'ART, en date du 19 juin 2001, sous réserve d'un engagement de sa part de baisser d'au moins 20 % le tarif de la composante "accès" de son offre ADSL Connect ATM, ce qui a été fait ; que cet engagement a été rempli et que les tarifs en cause ont donc été homologués par le ministre de l'économie le 23 juillet 2001 ; que France Télécom fait, de plus, valoir que l'effet de ciseau qui serait généré, selon l'avis n° 02-306 rendu par l'ART, par les conditions de son offre ADSL Connect ATM, résulterait d'évaluations effectuées sur la base de contributions de ses concurrents, qui n'auraient pas été débattues contradictoirement, faute d'avoir été versées à la procédure ; que le tarif de cette offre a pourtant été réduit de 20 %, conformément à la demande de l'ART ; que France Télécom conclut que les griefs de Liberty Surf à l'égard des coûts retenus pour déterminer le tarif de ses offres intermédiaires relèvent en réalité de la régulation instituée par l'article 36-8 du code des postes et télécommunications qui ressort de la compétence de l'ART ;

Mais considérant que, dans son avis n° 02-346 du 30 avril 2002, l'ART estime qu'un FAI, comptant 20 000 abonnés, verserait à France Télécom 39,7 € par mois au titre du service IP/ADSL, dont 22,8 € au titre de l'accès (intégrant un amortissement sur 3 ans des frais d'accès au service), et 16,9 € au titre de la collecte du trafic, ce qui excède ses revenus, évalués sur la base du prix du pack eXtense de Wanadoo, soit 38 € par mois ; que l'estimation des charges dues au titre de l'offre IP/ADSL repose sur certaines hypothèses, notamment celle d'un débit moyen par abonné à l'heure de pointe de 23 kbits/s, proche de celle présentée par

Liberty Surf (24 kbits/s) dans le modèle de coûts qu'elle produit en annexe à sa saisine ; que, si Wanadoo démontre que des variations de plus ou moins 10 kbits/s de cette variable (soit 43 % en plus ou en moins de la valeur retenue par l'ART) font évoluer de 83 % à 114 % le taux de couverture des coûts variables, elle n'apporte aucun élément établissant que le débit moyen constaté chez ses abonnés est effectivement plus faible ; que les erreurs que dénonce Wanadoo Interactive dans les calculs de Liberty Surf paraissent se limiter à l'oubli du coût mensuel des raccordements province, qui porterait le coût variable effectif de 38,9 € à 40,4 € qu'il n'est donc pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le prix de détail du pack eXtense de Wanadoo soit fixé à un niveau inférieur à celui des charges d'accès dues à France Télécom, et que les autres FAI ne soient pas en mesure de rentabiliser leurs propres offres, compte tenu des versements dus à France Télécom au titre des offres IP/ADSL, et donc de pénétrer sur le marché ; qu'une telle pratique peut entrer dans le champ des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce que le Conseil est compétent pour appliquer ;

Considérant que France Télécom soutient, en deuxième lieu, que les griefs formulés par Liberty Surf, suggérant qu'elle utiliserait des informations provenant de son activité d'opérateur du réseau de téléphonie fixe pour favoriser sa filiale de services d'accès à Internet, par rapport aux autres fournisseurs d'accès, reposeraient sur des témoignages de caractère général et non probants ;

Considérant que les données relatives aux consommations des abonnés du réseau téléphonique fixe et à leur coût constituent des informations stratégiques vis à vis de la prospection de la clientèle pour des services d'accès à Internet ; que le rôle de premier plan joué par les agences France Télécom dans la commercialisation des services d'accès à Internet de Wanadoo Interactive est de nature à permettre l'utilisation de ces données à une telle fin ; qu'une telle utilisation des informations provenant de l'exploitation du réseau téléphonique local, sur lequel ainsi que le souligne l'ART, France Télécom détient toujours une position quasi-monopolistique, serait de nature à procurer à sa filiale un avantage certain par rapport à ses concurrents ; que, de même, la communication par France Télécom des coordonnées bancaires de ses abonnés au service téléphonique fixe afin de faciliter la conclusion de contrats au profit de Wanadoo Interactive, constituerait un détournement des informations détenues par l'opérateur du fait de sa position sur ce premier marché, ayant pour effet d'avantager sa filiale par rapport à ses concurrents sur le marché des services d'accès à Internet ; qu'il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que ces pratiques puissent être qualifiées sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant, en troisième lieu, en ce qui concerne les conditions privilégiées que France Télécom accorderait à Wanadoo pour l'accès aux informations relatives à l'éligibilité à l'ADSL des lignes téléphoniques et le processus de commande d'ouverture des lignes ADSL, qu'il s'agit des mêmes faits que ceux dont le Conseil a été saisi par la société T-Online, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 02-MC-03 du 27 février 2002, confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 9 avril 2002 ; que la Cour a ainsi estimé qu'il résultait des clauses 5-1 et 5-5, ainsi que de l'annexe 3 du contrat IP/ADSL, que les FAI se voyaient proposer à ce titre "*une procédure lourde et formaliste de vérification de l'éligibilité de la ligne et de passation des commandes*" dont il s'ensuivait pour eux "*outre des refus d'accès injustifiés dus à des informations erronées résultant du manque de fiabilité du fichier(...) des délais de connexion d'une dizaine de jours environ, incompatibles avec une distribution de masse et plus longs que ceux dont bénéficie Wanadoo, qui obtient la connexion en quatre jours grâce aux informations techniques détenues par les agences de France Télécom sur le territoire géographique qu'elles recouvrent*" ; que le constat d'huissier produit par France Télécom,

établi à sa demande le 4 mars 2002, et qui démontrerait des délais de raccordements de quelques heures à Paris, comparables pour les trois fournisseurs d'accès concernés, dont Wanadoo Interactive et Liberty Surf, avait déjà été produit devant la Cour qui l'a estimé insuffisamment probant à cet égard, s'agissant de cas isolés ; qu'il y a donc lieu de déclarer la saisine au fond recevable sur ce point également ; qu'il en est de même de l'offre de partenariat faite par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet, en octobre 2001, en vue de la commercialisation de packs ADSL dans la grande distribution, qui avait déjà été dénoncée par T-Online dans sa saisine ; qu'en effet, le Conseil a considéré dans sa décision 02-MC-03 que cette offre *"peut constituer une pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit, susceptible d'entrer dans le champ d'application du livre IV du code de commerce"* ;

Considérant, en revanche, que, concernant la diffusion par France Télécom au dos des enveloppes d'envoi des factures du service téléphonique, de publicités en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL, France Télécom invoque l'ordonnance de référé du président du Tribunal de Commerce de Paris, en date du 19 décembre 2001, confirmée par un arrêt du 10 mai 2002 de la cour d'appel de Paris, qui déboutent Liberty Surf de ses demandes d'interdiction de telles publicités, en estimant qu'elles se rapportent aux seuls services de télécommunications à haut débit, et non aux services d'accès à Internet de Wanadoo ; que par cet arrêt, la Cour, au terme d'un examen concret des termes des messages publicitaires incriminés, a relevé que ceux-ci *ne mentionnent que "l'Internet haut débit" pour l'un, et "l'ADSL, Internet haut débit" pour l'autre, sans faire aucunement mention – ni même allusion – à la société Wanadoo ou à son offre de "pack eXtense"* ;

Considérant que sur la base de ces constatations, il apparaît au Conseil que le fait pour France Télécom de recourir au support des enveloppes d'envoi des factures téléphoniques pour promouvoir les services de télécommunications à haut débit, à l'exclusion de toute mention des services d'accès à Internet proposés par sa filiale Wanadoo Interactive, ne peut être considéré comme susceptible d'affecter le jeu de la concurrence sur le marché connexe des services d'accès à Internet à haut débit, les consommateurs restant libres de s'adresser au fournisseur d'accès de leur choix ; que, sur ce point, la saisine doit donc être rejetée pour absence d'éléments probants ;

II. - Sur les demandes de mesures conservatoires

Considérant que la société Liberty Surf soutient que les pratiques qu'elle dénonce dans sa saisine retarderaient, voire décourageraient, l'accès des concurrents de Wanadoo, dont elle-même, au marché des services d'accès à Internet à haut débit ; que l'effet d'éviction de ces pratiques aurait déjà eu pour effet de provoquer la cessation d'activité de la société Mangoosta ; que de tels faits porteraient une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur des télécommunications, à l'intérêt des consommateurs ainsi qu'aux siens propres ;

Considérant que la société Liberty Surf demande, en conséquence, au Conseil, sur le fondement de l'article L.464-1 du code de commerce :

- en premier lieu, d'enjoindre à Wanadoo Interactive de cesser de pratiquer des prix abusivement bas, au point d'être prédateurs, et d'enjoindre à Wanadoo Interactive de suspendre la commercialisation de toute offre d'accès rapide à Internet par la technique ADSL tant que France Télécom n'aura pas

- proposé un nouveau tarif pour son offre de revente IP/ADSL, calculé à partir d'éléments de coût qui permettent de supprimer tout effet de ciseau tarifaire tel que décrit dans sa saisine ;
- en deuxième lieu, d'enjoindre aux sociétés concernées du groupe France Télécom de cesser d'utiliser des données techniques et/ou commerciales dont elles disposent, grâce à une position dominante dans certaines activités, pour favoriser celles de ses filiales Wanadoo et Wanadoo Interactive dans le secteur de l'accès rapide à Internet et, notamment, de cesser d'utiliser le fichier des abonnés au service téléphonique fixe en vue de promouvoir les services ADSL de France Télécom ;
 - en troisième lieu d'enjoindre à France Télécom de mettre en place un accès à son système de gestion des lignes téléphoniques permettant à Liberty Surf :
 - d'obtenir dans des conditions équivalentes à celles dont disposent les agences France Télécom les informations d'éligibilité des lignes
 - de commander en ligne, dans l'hypothèse d'une réponse positive, et dans les mêmes conditions de délai, la ligne correspondante
 - en quatrième lieu d'enjoindre à France Télécom de renoncer à son offre de partenariat avec des fournisseurs d'accès concurrents pour la vente de leurs forfaits via la grande distribution ;

Considérant qu'au terme de l'article L.464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires "*ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante*" ; que les mesures prises à ce titre "*doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence*" ; que la mise en œuvre de ce texte suppose la constatation de faits constitutifs de troubles illicites auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder ou susceptibles de créer un préjudice imminent et certain au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques ou encore aux consommateurs, préjudice qu'il faudrait alors prévenir, dans l'attente d'une décision au fond ;

Considérant que France Télécom fait valoir qu'aucune mesure conservatoire ne peut être prononcée à l'encontre de Wanadoo, qui n'est pas l'auteur des pratiques dénoncées, le prétendu ciseau tarifaire étant généré par les tarifs des offres intermédiaires de France Télécom aux FAI et aux opérateurs ; qu'elle soutient que Liberty Surf ne justifie d'aucune atteinte à ses intérêts, ses actuelles difficultés financières provenant, selon elle, de la dépréciation d'investissements passés et non du résultat d'exploitation de son activité dans le domaine de l'accès Internet, lequel serait équilibré ;

Considérant que, dans son avis n° 02-346, en date du 30 avril 2002, l'ART constate que les décisions tarifaires qui lui ont été transmises par France Télécom le 8 mars 2002, portant sur les tarifs des offres "*Collecte IP/ADSL*" et "*IP/ADSL*", se traduiraient par une baisse de l'ordre de 30 % des versements des FAI à France Télécom, leur permettant ainsi de rentabiliser leurs offres d'accès ADSL ; que l'avis défavorable rendu par l'ART sur ces propositions tarifaires, est motivé par le fait que cette baisse des tarifs des offres de France Télécom aux FAI aggrave l'effet de ciseau tarifaire dont sont victimes les opérateurs de télécommunications sur le marché de la collecte du trafic, malgré la baisse proposée pour l'offre ADSL Connect ATM ; que l'ART a suggéré à France Télécom de rééquilibrer l'ensemble des offres de la chaîne ADSL, avec une baisse des offres destinées aux FAI limitée à 25 %, et une baisse de l'offre ADSL Connect ADSL ramenant les tarifs de 49,3 € actuellement, à 19 € ou 23 € selon les options ; que les représentants de Liberty Surf ont, quant à eux, indiqué que les propositions tarifaires faites par France Télécom, comme celles préconisées par l'ART, en ce qui concerne les offres collecte IP/ADSL et IP/ADSL,

leur donneraient satisfaction ; qu'il n'y a donc pas lieu pour le Conseil, en l'état de la procédure d'homologation qui est en cours, de prononcer, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, de mesures destinées à remédier aux distorsions de concurrence liées aux tarifs des offres Collecte IP/ ADSL et IP/ADSL ;

Considérant que, s'agissant de l'utilisation par France Télécom des données techniques ou commerciales dont elle dispose en sa qualité d'exploitant du réseau téléphonique fixe, afin de favoriser la commercialisation des services d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo Interactive, les deux témoignages produits ne permettent pas, en l'état du dossier, de conclure à un caractère généralisé de ces pratiques portant atteinte au marché, aux intérêts des consommateurs ou à ceux de la saisissante et justifiant le prononcé de mesures conservatoires ;

Considérant que, s'agissant des modalités de vérification de l'éligibilité des lignes et de prise de commande de celles-ci, le Conseil a enjoint à la société France Télécom, dans la décision 02-MC-03 du 27 février 2002, de *"mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne"* (article 1^{er}), et dans l'attente de la mise en place de ce système, *"de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en font la demande. Cette suspension pourra être levée par le Conseil, qui sera saisi à cet effet par la partie la plus diligente, dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois"* (article 2). *"Dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1^{er}."* (article 3) ; que cette injonction a été confirmée par la cour d'appel dans un arrêt en date du 9 avril 2002 ;

Considérant, ainsi, que les mesures sollicitées par Liberty Surf sur ce point ont, d'ores et déjà, été prononcées par le Conseil ; que le délai imparti par le Conseil pour le contrôle du respect de l'injonction n'est pas écoulé ; qu'il n'y a donc pas lieu de donner d'autre suite aux demandes formulées à cet égard par Liberty Surf ;

Considérant, de même, que s'agissant du partenariat proposé aux FAI par France Télécom pour la commercialisation de packs ADSL dans la grande distribution, le Conseil a enjoint à France Télécom, à l'article 4 de la même décision, de suspendre toute offre multi-FAI destinée à être commercialisée dans la grande distribution et associant son offre de service ADSL Netissimo à une offre de fourniture d'accès à Internet ; qu'il n'y a donc pas lieu de réitérer l'injonction de suspension de cette opération sollicitée par Liberty Surf ;

DÉCIDE

Article 1 : La saisine de la société Liberty Surf, enregistrée sous le numéro 02/0027/F, est rejetée en tant qu'elle concerne la pratique consistant pour France Télécom à faire figurer, au dos des enveloppes d'envoi des factures du service téléphonique, des publicités en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0028/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Sellier, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, et M. Gauron, membre.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen