



**Décision n° 04-D-73 du 21 décembre 2004
relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la
fourniture d'accès à Internet**

Le Conseil de la concurrence (Section I),

Vu la lettre enregistrée le 18 novembre 1999 sous le numéro F 1184, par laquelle la société Grolier interactive Europe / Online Groupe a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvres par la société France Télécom et ses filiales dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 82 ;

Vu le règlement du Conseil n° 1/2003 (CE) du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'[avis n° 00-928](#), rendu le 13 septembre 2000 par l'Autorité de régulation des télécommunications à la demande du Conseil sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu la décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.233 –Wanadoo Interactive) ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société T-Online France, anciennement Grolier Interactive Europe / Online Groupe, et la société France Télécom, ainsi que le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés T-Online France et France Télécom entendus ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Par lettre enregistrée le 18 novembre 1999 sous le numéro F 1184, la société Grolier interactive Europe / Online Groupe a saisi le Conseil de la concurrence de « *pratiques anticoncurrentielles mises en œuvres par la société France Télécom et ses filiales dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet* », susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article L. 82 du Traité instituant la Communauté européenne.

A. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

2. La fourniture d'accès à Internet peut s'exercer librement au titre de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications, dans sa rédaction antérieure à l'intervention de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, sous réserve du respect d'exigences essentielles. A la fin de l'année 2000, il existait plus de 250 fournisseurs d'accès à Internet (FAI) en France, dont moins de 10 disposaient d'une clientèle répartie sur l'ensemble du territoire.
3. En 1999, 96 % des connexions à Internet utilisaient le réseau téléphonique commuté (RTC), contre 2 % pour le réseau Numéris et 1 % pour le câble. En 2000, la durée hebdomadaire de connexion par « *foyer internaute* » s'est élevée à 4 heures (contre 3 heures en 1999). Les gros utilisateurs, se connectant 10 heures et plus par semaine, représentaient 10 % des utilisateurs. Selon une estimation de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART), le montant des communications d'accès s'est élevé en 1999 à 1,6 milliards de francs et celui des abonnements aux fournisseurs d'accès à Internet à 1,1 milliards de francs, contre respectivement 4 et 1,4 milliards de francs pour 2000. Le trafic des communications Internet dépassait 15 % du trafic total téléphonique de France Télécom pour l'année 2000, soit plus que le trafic téléphonique pour les communications intercontinentales. En septembre 2000, l'AFA dénombrait 4,59 millions d'abonnements individuels payants ou actifs à 40 jours pour les particuliers ou les professionnels, soit 40 millions d'heures de connexion au réseau téléphonique commuté.
4. A la fin de l'année 1999, plusieurs fournisseurs d'accès ont lancé des offres commerciales d'accès à Internet par la technologie ADSL, parallèlement à la mise en place d'offres d'accès à Internet sur le câble, deux technologies permettant un accès à haut débit.
5. Pour le bas débit, la commercialisation du seul accès par abonnement payant souscrit auprès d'un FAI (en sus des communications téléphoniques) a été progressivement remplacée au milieu de l'année 1999 par des formules d'abonnement gratuit auprès d'un fournisseur d'accès, avec le paiement des communications au tarif local à France Télécom, puis des offres dites « *forfaitaires* » associant l'accès Internet et un volume de communications prédéterminé. Par ailleurs, à partir de mars 2000, ont été lancés des forfaits illimités, permettant à l'internaute, moyennant le paiement d'un montant mensuel fixe, de se connecter indéfiniment à Internet, soit dans un cadre horaire illimité soit dans un cadre plus restreint (en « *heures creuses* » notamment). Certaines de ces formules ont été retirées rapidement dans les mois suivant leur lancement pour des raisons techniques (saturation de réseau) et économiques. Enfin, les offres dites « *gratuits-gratuits* » ont fait

leur apparition ; gratuites, par analogie aux offres dans lesquelles l'abonnement est gratuit mais les communications payantes.

6. Selon une étude effectuée par la Sofres pour le compte de l'ART (cote 3348), deux formules d'accès à Internet étaient prédominantes en novembre 2000 : l'abonnement gratuit à Internet, heures de communications non comprises (38 %) et le forfait abonnement, nombre d'heures de communication limité (37 %), les autres formules restant limitées (abonnement payant à Internet et heures de communication non comprises : 8 % ; forfait : comprenant, abonnement et nombre illimité d'heures de communications : 5 % et autres formules : 3 %). Les offreurs spécialistes grand public ont permis l'accès à Internet de 42,11 % des terminaux domestiques (1,95 millions d'unités), contre 36,66 % (1,7 millions) pour les offreurs généralistes, 18,3 % (0,82 million) pour les offreurs d'accès gratuits et 3,02 % (0,14 million) pour les offreurs spécialistes professionnels.

B. LES ENTREPRISES EN CAUSE

1. LE GROUPE FRANCE TÉLÉCOM

7. La société France Télécom SA a créé en 1996 une filiale multimédia, France Télécom Multimédia (FT2M), qui a pris en juin 2000 la dénomination de Wanadoo SA. Cette société a également créé une filiale de second rang du groupe France Télécom, France Télécom Interactive, devenue Wanadoo Interactive en juin 2000, spécialisée dans les offres à destination du grand public. En outre, Wanadoo Interactive Câble, également rattachée à Wanadoo SA propose un accès Internet par le câble pour les particuliers. Le chiffre d'affaires consolidé du groupe France Télécom a crû de 55 % de 1994 à 2000 pour s'établir à 220 milliards de francs, le résultat net consolidé du groupe s'élevant à 24 milliards de francs. Dans son rapport d'activité pour 2000, le groupe France Télécom indiquait qu'il détenait « *environ 67 % des parts de marché du trafic longue distance, 48 % du parc des mobiles et 40 % des accès Internet.* ».
8. La société Wanadoo SA exploite les activités Internet de France Télécom destinées au grand public et aux professionnels : fourniture d'accès, portails, commerce électronique, marchands en ligne, annuaires et services professionnels. La société a réalisé un chiffre d'affaires de 1,1 milliard de francs en 2000. Près de 86 % du chiffre d'affaires de Wanadoo SA provient de son activité Annuaires, les services de fourniture d'accès n'en représentant que 12 %. Toutefois, en évolution, c'est le segment « *accès, portails et e-commerce* » qui présente le taux de progression le plus élevé.
9. La société Wanadoo Interactive a ouvert son service d'accès à Internet le 2 mai 1996. Depuis cette date, la progression de son chiffre d'affaires a été rapide (de 10,3 millions de francs en 1996 à 1,416 milliards en 2000, pour des pertes respectives de 63 et 996 millions de francs). Plus de 90 % du chiffre d'affaires de Wanadoo Interactive provenait, en 2000, de son activité de fourniture d'accès dont les offres « *Intégrales* » qui incluent des forfaits de connexion et qui représentaient 56,2 % de ce chiffre d'affaires. En 2000, Wanadoo Interactive évaluait à 22,5 % la part de sa clientèle professionnelle (sur la base des déclarations fournies par ses clients).
10. Le parc d'abonnés de Wanadoo Interactive a progressé, année sur année, à un rythme particulièrement soutenu : + 495 % en 1997; + 347 % en 1998; + 132 % en 1999 ; + 109 % en 2000. Le rythme de ventes mensuel était, en 2000, de plus de 125 000 (le mois de décembre représentant 231 000 ventes à lui seul). Au premier trimestre 2001, Wanadoo,

premier fournisseur d'accès auprès de la clientèle résidentielle, disposait du tiers des parts des accédants domestiques (36,23 %), contre 19,82 % pour AOL, 12,49 % pour Club Internet, 7,05 % pour Infonie, 1,96 % pour Nordnet, 0,49 % pour Francenet, 0,43 % pour Easynet, 0,28 % pour Worldnet, 0,23 % pour Claranet et 0,21 % pour Internext, les autres fournisseurs d'accès à Internet représentant 20,9 % (sources : IDC). Une analyse chronologique laisse apparaître un léger tassement de la position de leader de Wanadoo (de 39,25 % en 1999 à 36,23 % en 2001) (IDC). Lors du conseil d'administration du 30 août 2000, la société annonçait que *« le taux de pénétration de Wanadoo sur le marché des fournisseurs d'accès à Internet est de l'ordre de 36 % environ, précision faite toutefois de la difficulté d'appréciation de ce chiffre du fait de l'évolution des clients multicomptes »*. Une étude de la Sofres pour l'ART évalue à 33 % la part de Wanadoo pour la fourniture d'accès à Internet aux résidentiels en novembre 2000.

2. LA SOCIÉTÉ T-ONLINE FRANCE

11. La société T-Online, qui commercialise ses services sous la marque Club Internet, est l'un des principaux fournisseurs d'accès à Internet concurrents du groupe France Télécom, avec AOL Compuserve, Tiscali, Internet Telecom, Infosources, Lyonnaise Communications et Mangoosta.
12. La société T-Online International AG (filiale de l'opérateur historique Deutsche Telekom) a pris une participation dans le capital de la société Grolier Interactive Europe / Online Groupe (GIE/OG), dont la dénomination sociale est devenue T-Online France, le 27 avril 2000. La société T-Online France détient, par ailleurs, une autre filiale dénommée également Club Internet, dont l'activité réside dans la conceptualisation de portail et, depuis le 1^{er} janvier 2000, la gestion du portail *www.clubinternet.fr*. Du fait de la création par le groupe Lagardère d'une filiale orientée vers la fourniture d'accès pour les grandes entreprises et les PME (Matra Grolier Network, devenu Matra Global Netservice), Club Internet ne s'adresse qu'aux résidentiels et propose, sur le réseau téléphonique commuté, des offres d'accès avec ou sans communications incluses et, par ailleurs, des offres ADSL. Le chiffre d'affaires généré par les offres Club Internet est passé depuis 1997, de 26,2 à 413,9 millions de Francs. En décembre 2000, la société T-Online France comptait près de 600 000 abonnés.

C. LES PRATIQUES CONSTATÉES

1. LES SERVICES RENDUS PAR FRANCE TÉLÉCOM À WANADOO

a) Le coût de la commercialisation des services de Wanadoo dans les agences France Télécom

13. Pour la commercialisation en magasin des offres Wanadoo, l'entreprise a conclu trois types de contrats :
 - des contrats avec des enseignes de la grande distribution (soit un contrat national, soit des contrats par points de vente),
 - des contrats avec des petits revendeurs (contrat-type d'adhésion),

- un contrat cadre avec la société France Télécom pour la distribution des services et produits Wanadoo dans les agences de cette dernière.

En 2000, les ventes par l'intermédiaire des points de vente France Télécom ont représenté plus de la moitié des ventes de Wanadoo Interactive.

14. Le réseau des agences France Télécom est géré par les branches Distribution et Entreprises, qui constituent des directions fonctionnelles ayant un rôle d'animation des 35 directions régionales. Une agence « *grand public et professionnels* » a, à sa charge, trois activités : la distribution (une agence ayant plusieurs points de vente), le service client (avec les services téléphoniques 1013, 1014, 1015, 1016, les plates-formes pro-actives) et l'activité de production/maintenance des lignes téléphoniques. La masse salariale des agences grand public est comptablement éclatée entre le coût de production et de ventes, les frais commerciaux et, de façon marginale, les investissements : le personnel commercial représentait, en 2000, une masse salariale de 8,082 milliards de Francs (dont 4,761 milliards de vente et soutien à la vente) sur un total de 13,7 milliards, pour un effectif de 31 547 agents (dont 18 582 agents en vente et soutien à la vente) sur un total de 53 634 agents. Le bilan financier des agences (agences résidentielles AR, agences professionnels AP, et les agences résidentielles et professionnelles ARP) comptabilise, pour l'année 2000, les résultats des points de ventes mais également ceux des plates-formes 1013, 1014, 1015, 1016 et des plates-formes pro-actives).
15. La société Wanadoo Interactive verse des commissions aux distributeurs au titre des placements des offres Wanadoo réalisées. Ces commissions peuvent être payées auprès de la « *tête de réseau* » ou, directement, à chacun des points de vente (ceux-ci se voyant attribuer un code). Le commissionnement de Wanadoo, auquel est joint un fichier recensant le nombre de ventes associé à chaque code-point de vente, est versé intégralement à France Télécom. Le montant des commissions est défini à partir de deux critères : d'une part, la fourchette de commissionnement de Wanadoo Interactive, qui est fonction de sa stratégie commerciale (utilisation du montant des commissions pour orienter les ventes vers un autre service) et, d'autre part, la négociation commerciale avec les « *têtes de réseau* », les commissions pouvant intervenir dans le cadre d'accords de coopération commerciale plus larges. En aucun cas, le montant des commissions n'est calculé en fonction des coûts que cette commercialisation implique pour le distributeur. Tous distributeurs confondus, les commissions versées par Wanadoo Interactive au titre de l'année 2000 ont atteint 111 millions de francs (dont 89 millions pour le canal France Télécom et 16 millions pour la grande distribution).
16. Afin d'« *exploiter pleinement les synergies avec France Télécom* », la société Wanadoo SA a eu recours aux réseaux de distribution de France Télécom pour l'ensemble de ses services destinés au grand public et aux professionnels. Les sociétés France Télécom Interactive (devenue Wanadoo Interactive) et France Télécom ont conclu le 1^{er} juin 1997, un « *Accord cadre de commercialisation du service Wanadoo dans le réseau des agences commerciales de France Télécom* », dont l'article 1 stipule : « *le présent accord a pour objet de définir dans le temps les modalités de prescription et de vente à titre non exclusif du service Wanadoo par les agences de FT au nom et pour le compte de FTI* ».
17. Cependant, la comptabilité présentée par France Télécom ne permet pas d'identifier les coûts imputables à l'activité de commercialisation des offres Wanadoo dans son réseau d'agences. Les agents commerciaux sont polyvalents et susceptibles à ce titre de vendre tous les produits et services offerts à la vente dans les agences France Télécom. Les commerciaux (notamment les vendeurs leaders Internet) sont en contact avec des « *soutiens* » ou « *supports produits* » : ils relayent les informations qui leur sont

dispensées auprès des points de vente. Certains d'entre eux sont spécialisés dans le domaine Internet. Si les agences connaissent la répartition des ventes par activité (téléphonie fixe, mobile, Internet), elles ne décomptent pas le temps passé par les commerciaux en fonction de ces trois activités. Les responsables d'agences ignorent combien de temps leurs agents consacrent à la commercialisation des produits et services Wanadoo. Le directeur « *finances et stratégies* » de la société France Télécom, a précisé dans ses déclarations du 22 juin 2001, qu'il n'existe pas de ventilation des charges (de personnels et de locaux notamment) dans les agences de France Télécom.

18. Le chiffre d'affaires réalisé par les agences France Télécom par la vente des offres Wanadoo (ventes des produits et commissions) s'élevait en 2000 à 126 millions de francs pour un total de chiffre d'affaires de 75 995 millions de francs, soit 0,17 % du total. Toutefois, les agents polyvalents des agences Grand Public ont déclaré consacrer de 15 % à 25 % de leur temps à la commercialisation des produits Wanadoo. Les frais de personnel de vente et de soutien à la vente s'élèvent dans les agences « *grand public et professionnels* » à 4,7 milliards de francs (en 2000). Si on retient une hypothèse de 15 à 25 % de temps consacré à l'activité Wanadoo par les commerciaux en agences grand public et professionnels, le budget « *personnel* » alloué par France Télécom à la commercialisation des produits Wanadoo peut être évalué entre 705 millions et 1,175 milliards de francs.

b) Les « hors budgets publicitaires » de Wanadoo Interactive

19. Les concurrents de Wanadoo estiment que France Télécom engage des dépenses de publicité qui profitent à sa filiale et ne font pas l'objet d'une rémunération. Club Internet considère que Wanadoo communique massivement sur son appartenance au groupe France Télécom et qu'il ne peut utiliser la marque France Télécom sans une contrepartie financière équitable.
20. L'utilisation de la marque et du logo de France Télécom par Wanadoo a fait l'objet d'un contrat de licence, daté du 26 janvier 1996, prévoyant une rémunération corrélée au chiffre d'affaires de Wanadoo Interactive. Cette redevance a augmenté depuis 1996 pour atteindre un peu moins de 587 129 de francs en l'an 2000.
21. Le montant des dépenses publicitaires du groupe France Télécom (achats d'espaces) est passé de 1 456 millions de francs en 1997 à 2 400 millions de francs en 2000. Ces montants ne comprennent que les médias nationaux, et n'intègrent pas les actions marketing direct, ni nationales, ni régionales, ni l'ensemble du hors média. Certaines agences France Télécom ont fait de la publicité pour les produits Wanadoo, sur les véhicules France Télécom, mais c'est une campagne de publicité qui est entièrement décidée, élaborée par une agence France Télécom et ne donne pas lieu à rémunération spécifique de la part de Wanadoo.

c) Les autres aides de France Télécom à Wanadoo

22. La prestation d'installation à domicile de France Télécom, « *Install'net* » est présentée sur son site Internet francetelecom.com ou francetelecom.fr comme suit : « *France Télécom vous permet d'accéder facilement à Internet, et vous accompagne dans l'initiation, sur site ou dans votre agence commerciale France Télécom. Vous pouvez opter pour l'offre groupée Install'net ou choisir parmi les autres offres de la même gamme. Pour l'offre groupée Install'net, la prestation comprend : - l'installation d'un modem, - l'installation du kit de connexion à Wanadoo, - l'initiation à Internet, - le déplacement du technicien.*

Prix : - 539,30 F HT, soit 645 F TTC (98,33 euros TTC), - 410 F HT, soit 490 F TTC (74,7 euros TTC) pour toute souscription de 6 mois d'abonnement à Wanadoo ». Ce sont les services techniques de France Télécom qui réalisent les installations d'Internet à domicile.

23. Toutes les prestations Install'net sont soumises à la souscription d'une offre Wanadoo, mais s'il s'agit d'un abonnement pour une durée de 6 mois, Wanadoo Interactive finance en partie la prestation Install'net. En 2000, Wanadoo Interactive a contribué au financement de 855 prestations « *Install'net* », ce qui représente environ 130 000 de francs.
24. France Télécom et sa filiale Wanadoo Interactive ont noué de nombreuses relations contractuelles, notamment pour l'organisation de leurs moyens matériels respectifs. Le nombre de personnes ayant un statut de salarié de France Télécom au sein de la filiale Wanadoo Interactive semble limité. Le procès-verbal du conseil d'administration de France Télécom Interactive du 6 février 1998 faisait état de huit mises à disposition de personnel par France Télécom au 31 décembre 1997. Sur la base des informations transmises par Wanadoo Interactive, cette proportion de mises à disposition s'est réduite de 1998 à 2000 passant de 11,5 % à 3,8 %. France Télécom indique que la plupart des locaux occupés par les sociétés du groupe Wanadoo font l'objet de baux en propre avec des sociétés tierces. Toutefois, Wanadoo SA dispose d'un certain nombre de locaux qui sont mis à sa disposition par France Télécom. Cette mise à disposition a fait l'objet de baux et de conventions de sous-location. Le prospectus définitif d'introduction en bourse de Wanadoo mentionne que Wanadoo SA a par ailleurs conclu avec France Télécom des conventions de trésorerie. Le groupe Wanadoo s'appuie également sur France Télécom, pour ses activités de recherche et de développement. Le rapport d'activité de France Télécom présente sa division Recherche et développement comme numéro un européen de la recherche et développement en télécommunications avec ses 3 000 chercheurs et ingénieurs et ses 9 sites d'implantation en France et aux USA. En 2000, les prestations opérées par France Télécom R & D pour Wanadoo Interactive se sont élevées à plus de 11,6 millions de francs.

2. UTILISATION DE DONNÉES TECHNIQUES ET COMMERCIALES PAR LES AGENTS DE FRANCE TÉLÉCOM POUR LA COMMERCIALISATION D'OFFRES WANADOO

25. La société France Télécom dispose seule de bases de données techniques et commerciales liées à l'exploitation de son réseau de télécommunications. Le directeur juridique d'AOL, a déclaré le 13 février 2001 que : « *Il nous arrive d'avoir des remontées de la part de nos clients ou de nos employés nous indiquant avoir été démarchés par leur agence France Télécom pour souscrire un abonnement Wanadoo (les agents France Télécom faisant état de leur connaissance du fournisseur d'accès concurrent, déjà choisi par le prospect). Wanadoo dispose d'informations sur les abonnés France Télécom que les concurrents n'ont pas et qu'il utilise à des fins commerciales* ». Un salarié d'AOL a indiqué dans un courrier électronique du 13 février 2001 : « *Mon agence France Télécom m'a appelé (aujourd'hui 20 h) pour me dire : « votre facture m'indique que vous vous connectez à un fournisseur d'accès qui vous fait payer les communications au tarif d'une communication locale, alors que d'autres offres telles que Wanadoo vous permettent de vous connecter pour un prix inférieur » (suivi d'une explication sur l'achat du temps de connexion en forfait)* ».
26. Le directeur juridique de la société Tiscali France, a indiqué dans ses déclarations du 15 mars 2001, que : « *Il existe une politique délibérée de certaines agences France Télécom pour démarcher les abonnés au téléphone pour les attirer vers les produits*

Wanadoo. Nous avons constaté à la réception d'une plainte d'un de nos abonnés que France Télécom se livrait à une analyse du trafic de ses abonnés et lorsqu'il constatait du trafic Internet, France Télécom contactait ses abonnés par téléphone pour leur proposer un abonnement Wanadoo ».

27. La société T-Online (Club Internet), anciennement Grolier Interactive Europe/Online Groupe, s'est adressée à France Télécom le 29 janvier 2001, afin de souligner la nécessaire dissociation que doit faire l'opérateur entre les données qui lui parviennent de par sa qualité d'opérateur ayant une mission de service public et son activité de commercialisation des produits et services concurrentiels, notamment en matière de fourniture d'accès : *« nous avons de nouveau été informés qu'un certain nombre de personnes ayant demandé une inscription à l'abonnement ADSL auprès de notre société auraient été sollicitées, à la suite de leur demande, par une agence France Télécom pour la vente du service ADSL de France Télécom. Nous vous remercions de bien vouloir nous confirmer et nous garantir que les agences France Télécom, en possession des fichiers de nos abonnés, n'utilisent ces fichiers qu'à l'unique fin d'ouvrir le service ADSL à nos abonnés et en aucun cas ne l'utilisent pour proposer à nos abonnés le service ADSL de France Télécom ».*
28. L'utilisation de données techniques et commerciales liées à l'exploitation du réseau de télécommunications a fait l'objet de recommandations de la part de la division Distribution et Services. La convention de commercialisation des services Wanadoo dans le réseau France Télécom du 1^{er} juin 1997 prévoit, à l'article 7 : *« FTI (France Télécom Interactive) fournira à FT (France Télécom) le fichier des clients Wanadoo, à des fins d'enrichissement des bases marketing de FT. Ce fichier comportera les renseignements administratifs sur les clients ainsi que la formule d'abonnement souscrit. Il ne pourra être utilisé qu'à des fins statistiques. Aucune utilisation externe à FT ne sera autorisée ».* Dans les points d'accueil de France Télécom, chaque fois qu'un agent réalise une vente d'un produit ou service Wanadoo, il remplit sur l'Intranet de France Télécom (base de données Abo. Wanadoo) un formulaire d'abonnement (avec nom, prénom et formule souscrite). Sur le site Abo. Wanadoo, les agents peuvent ensuite consulter (sans pouvoir les modifier) les données entrées par leur agence pendant les 30 jours précédant la consultation. Les agents des points d'accueil n'ont pas accès au fichier de facturation de Wanadoo.
29. Par ailleurs, le service marketing de l'agence Haute Normandie, qui apporte à l'unité pro-active de l'agence les listes de clients à démarcher, indique connaître les clients de France Télécom qui ont un produit Wanadoo grâce à la base de données Cristal que remplissent les vendeurs de France Télécom. Le responsable marketing de l'agence « résidentiels » de Paris a indiqué dans ses déclarations du 8 novembre 2001 que seules les informations relatives à la téléphonie fixe étaient enregistrées sur l'application Cristal et qu'il ne lui semblait pas possible de connaître les clients de Wanadoo grâce à cet outil. En revanche, le département auquel il appartient se réfère à la liste des clients auxquels France Télécom a vendu un service Wanadoo que lui envoie Wanadoo Interactive (cette liste de clients conditionnant les commissions versées aux agences). De ce fait, France Télécom dispose de la liste des clients Wanadoo ayant acheté leur service d'accès dans une de ses agences commerciales.
30. Les agents commerciaux de France Télécom étant multi-produits, ils ont à leur disposition les fichiers correspondant à chacun des trois pôles d'activité des agences dont le détail des factures de la téléphonie fixe des clients de leur secteur géographique. Sur cette facture, les consommations sont ordonnées par nature : les consommations locales, nationales, internationales et les consommations Internet hors forfaits (celles qui sont facturées par

l'opérateur et non par le fournisseur d'accès). Pour les consommations Internet, sont mentionnés la date de la consommation, le numéro du fournisseur appelé, le temps passé et le prix facturé. Un vendeur à l'agence de France Télécom de Paris Beaubourg, a déclaré le 29 mai 2001 : *« Le détail des communications fait apparaître le détail suivant : communications : locales, internationales, Internet, Audiotel, Minitel, mobiles... Il est possible pour les agents commerciaux des agences FT de voir si un client a ou non des communications Internet, le numéro de son fournisseur d'accès, le temps de communications, le tarif... »*. Un conseiller clientèle de l'agence de France Télécom, Station Internet rive gauche a également déclaré le 28 mai 2001 : *« l'application facturation permet notamment de savoir si le client est déjà abonné à Internet, combien il consomme, etc. »*. Si les agents n'associent pas systématiquement le numéro figurant sur les consommations Internet au nom d'un fournisseur d'accès, ils sont toutefois en mesure de définir s'il s'agit d'un numéro de Wanadoo ou d'un concurrent. Par ailleurs, les agents en contact permanent avec la clientèle contribuent quotidiennement à l'enrichissement de fichiers internes de clientèle.

31. Le 20 décembre 1999, la division Distribution et services de la branche grand public a adressé aux directions exécutives déléguées et aux directions régionales un courrier reprenant les directives de France Télécom en matière d'utilisation d'informations détenues par France Télécom, avec le rappel des sanctions encourues devant le Conseil de la concurrence. A ce courrier sont annexées des notes préalablement rédigées par différents services de France Télécom.
32. En premier lieu, une note du 14 décembre 1999 de la direction juridique de la branche Grand public, qui fait le point sur l'utilisation des données des fichiers de France Télécom à des fins commerciales ou marketing : *« 1) il est strictement interdit d'utiliser les données relatives à l'interconnexion (communications acheminées par les opérateurs longue distance), les données relatives aux appels vers les plates-formes ou accès de nos concurrents (plates-formes des fournisseurs de cartes prépayées, accès aux fournisseurs d'accès à Internet, etc.) et les données relatives aux liaisons louées par nos concurrents. 2) Commercialisation des offres ne relevant pas du service téléphonique : 1°- offres concernées. Il s'agit des autres types d'offre, qu'elles soient relatives aux équipements terminaux Internet, aux mobiles et aux autres offres de nos filiales commercialisées en agence. 2°- Données utilisables. - l'utilisation des données issues de nos fichiers relatifs au service téléphonique est strictement interdite, sauf si les informations sont accessibles à nos concurrents.*
33. A la suite de cette présentation des usages, autorisés ou interdits, des informations détenues par France Télécom, figure un tableau intitulé *« Déontologie concurrentielle pour les actions locales (décembre 1999) »* qui retrace les actions interdites et les actions possibles. En deuxième lieu, un extrait du document *« Internet en action »* de novembre 1999, intitulé *« constituer et exploiter des fichiers »* (annexé au courrier de la DDS de décembre 2000) indique également : *« utiliser les fichiers internes (...). Pour les offres qui ne relèvent pas du service téléphonique (offre de filiale en concurrence, par exemple Wanadoo), il est interdit d'utiliser les données auxquelles n'ont pas accès nos concurrents (données de trafic, facturation...) »*.
34. Enfin, les notes extraites du site Intranet *« Juridino »* de France Télécom annexées au courrier de la DDS précisent que : *« l'article 13-4 du cahier des charges de France Télécom annexé à l'arrêté du 12 mars 1998 portant autorisation de France Télécom d'établir et d'exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public, dispose : L'opérateur ne doit pas utiliser les informations*

qu'il obtient dans le cadre de ses relations de fourniture de services à des entreprises concurrentes à d'autres fins que celles prévues dans le cadre de la fourniture du service concerné ». Suit une liste de pratiques prohibées, parmi lesquelles : « utilisation détournée des informations de facturation : action dirigée vers des appelants qui sont clients d'autres opérateurs ou vers des clients de France Télécom qui appellent certains services fournis par des opérateurs (services de numéros spéciaux, service de numéros 800, autres services...) ».

35. Le responsable marketing à l'agence de France Télécom de Haute-Normandie à Rouen (qui alimente le service pro-actif en liste de clients à démarcher) a indiqué dans ses déclarations du 19 juin 2001 : « Quand nous réalisons un ciblage pour vendre des produits Wanadoo, nous utilisons la facturation FT mais dans sa globalité (cibler les « gros » clients) et non seulement la consommation Internet (incomplète ; par exemple, on ne connaît pas la consommation Internet pour un abonné ADSL ou Intégrales). Sur la facturation figurent des renseignements sur les consommations Internet (n° du fournisseur, temps de consommation) quand le client a des consommations RTC hors forfait. Mais nous n'utilisons pas ces informations, ni pour faire du démarchage auprès des clients Accès Libre de Wanadoo, ni pour démarcher les clients des FAI concurrents de Wanadoo. Nous avons eu des consignes de la part de la branche distribution de FT (ancienne branche Grand Public) qui nous indiquait de ne pas utiliser des informations factures pour mettre au point des opérations marketing sur les produits Wanadoo. ».
36. Toutefois, le responsable marketing de l'agence « résidentiels » de France Télécom de Paris, a décrit les bases de données sur lesquelles son service s'appuie pour démarcher les particuliers de Paris par courrier, dans ses déclarations du 8 novembre 2001 : « Pour envoyer les mailings, nous utilisons notre base de clients (téléphonie fixe), ainsi que la base de clients Wanadoo (ce sont les clients auxquels France Télécom a vendu des produits Wanadoo) et parfois France Télécom achète des bases de données à l'extérieur. Pour lancer nos campagnes de mailing Wanadoo, France Télécom s'appuie sur la base nationale de données des clients de téléphonie fixe » « Pour les mailings Wanadoo (...), nous avons utilisé le fichier de clients de l'Agence en retirant les personnes inscrites en liste rouge et en liste orange, les moins de 25 ans et les plus de 45 ans, les clients abonnés Wanadoo ou ayant fait l'objet d'autres mailings ».
37. De même, le directeur de l'agence « résidentiels » de Paris a déclaré le 8 novembre 2001 : « France Télécom démarche les clients de l'activité de téléphonie fixe pour les solliciter pour d'autres produits vendus par France Télécom ». Pour les clients professionnels, les informations recueillies auprès des clients de France Télécom permettent aux cellules spécialisées de dresser des listes de prospects à des fins de démarchage. Le démarchage des professionnels consiste notamment à sélectionner certains d'entre eux et à les inviter à participer à des animations mises en place par France Télécom.
38. Dans les services d'accueil physique (« activité réactive »), les commerciaux indiquent qu'ils ne consultent pas les données de téléphonie fixe pour conseiller les clients France Télécom lors de la vente d'un produit Wanadoo, bien qu'ils y aient accès depuis leur position de travail, essentiellement pour des raisons tenant à la perte de temps et de convivialité qu'engendrerait la consultation de ces données. Le constat est identique pour les services d'accueil téléphonique (« activité réactive » également). Cette absence de consultation des données est très étroitement liée à la nature de l'activité de ces accueils (physiques ou téléphoniques) : il s'agit avant toute chose de répondre à une demande ciblée du client, et ce en minimisant les délais d'attente pour les autres clients.

39. Les services de France Télécom qui ont une activité pro-active ou travaillent sur rendez-vous ont une autre approche des données de téléphonie fixe. Si l'on considère le cas de la plate forme pro-active de l'agence Grand Public de Rouen, il n'est pas démontré que le service marketing qui sélectionne les prospects en amont procède à une utilisation massive des données de téléphonie fixe pour sélectionner les prospects de la plate forme pro-active. Toutefois, les agents commerciaux de la plate-forme pro-active de Rouen, une fois la liste de prospects en main, s'appuient sur les données de téléphonie fixe dans leur relation avec leurs clients, y compris lorsqu'il s'agit de placer un produit Wanadoo. La pratique est identique dans les agences dédiées aux professionnels : lors d'une démarche pro-active, les agents commerciaux procèdent, le cas échéant, à une analyse des besoins du client qu'ils doivent satisfaire à partir des données de facturation de sa ligne fixe.

3. LE CONTRE-ARGUMENTAIRE SUR LES OFFRES CONCURRENTES

40. Les concurrents de Wanadoo ont exprimé des craintes quant aux appréciations qui peuvent être portées sur eux par les agents de France Télécom et au détournement de clientèle que pourraient opérer ces agents. Les chargés des dossiers de concurrence à l'ART ont déclaré le 25 janvier 2001 que le dénigrement des concurrents de Wanadoo par France Télécom est souvent évoqué par ces mêmes concurrents : *« De façon générale, les fournisseurs d'accès reprochent deux éléments à France Télécom : [l'un d'eux est] le fait que les agents France Télécom dénigrent la prestation des autres FAI que Wanadoo dans les agences »*. Ainsi, lors d'une table ronde organisée le 12 mars 1999 concernant la proposition de France Télécom relative à la mise en place d'une formule de forfait Internet, plusieurs FAI ont fait part de leur inquiétude concernant les modalités de commercialisation de ces forfaits.
41. Un agent commercial de l'agence de France Télécom grand public de la Part-Dieu à Lyon a cependant déclaré le 3 mai 2001 avoir été sensibilisé au respect de la concurrence de Wanadoo : *« Nous avons reçu des consignes (au moins verbales) de sorte à ne pas dénigrer les concurrents de Wanadoo, et de sorte à dissocier les ventes Netissimo des ventes Wanadoo (nous précisons au client Netissimo qu'il a le choix du fournisseur d'accès, même si ensuite nous présentons les offres Wanadoo). De la même façon, nous indiquons à nos clients que l'offre Primaliste Internet est ouvert aux clients des fournisseurs d'accès concurrents de Wanadoo »*.
42. Les argumentaires de vente de ses commerciaux de France Télécom sont disponibles sur le réseau Intranet, dénommé Americ, qui inclut une rubrique *« comparatifs »* : les agents peuvent notamment y trouver un descriptif des offres de fourniture d'accès des concurrents de Wanadoo. Ces descriptifs donnent accès à des *« argumentaires face à la concurrence »*, qui conseillent aux agents de *« savoir mettre le doute à propos des offres concurrentes »*, notamment en matière de coût du service d'assistance, des services offerts, de la qualité, des durées d'engagement ou des publicités des fournisseurs gratuits. Pour aider les commerciaux à contrer une offre concurrente, l'Intranet propose des *« fiches réactions »*. Celles-ci comportent deux volets : l'un est positif (il présente les avantages des offres Wanadoo), l'autre est négatif (il s'agit pour France Télécom de souligner aux yeux des clients ce qu'il considère comme les inconvénients des offres concurrentes de Wanadoo). Ce volet négatif comporte notamment les indications suivantes, pour les offres RTC (réseau téléphonique commuté) :
- En ce qui concerne AOL : *« un forfait 99F TTC pour 50 heures de connexion ! La moyenne d'utilisation est d'environ 10 h par mois. On est proche de l'illimité...et l'on se souvient des problèmes rencontrés récemment. Les logiciels de navigation*

AOL sont leurs propriétés. En vous abonnant à AOL, vous naviguez dans le seul monde AOL. Vous vous retrouvez enfermés dans leurs services. Le suivi du compte est difficilement accessible. Un service après-vente et un service clientèle confondus et souvent saturés ».

- *En ce qui concerne Club Internet : « Il n'est pas simple de changer de formule, quand on le veut. Quand cela est possible, cela se fait sous certaines conditions ! une assistance limitée ! Une qualité de connexion peu fiable ».*
- *En ce qui concerne Infonie : « le suivi du compte est difficilement accessible », le service après vente et le service clientèle ne font qu'un. Résultats : ils sont souvent saturés. Infonie fait appel à plusieurs opérateurs pour assurer les connexions de ses clients, ce qui peut entraîner des dysfonctionnements ».*
- *En ce qui concerne Liberty Surf : « que penser d'un fournisseur d'accès à Internet qui augmente ses tarifs ! Une qualité de connexion non maîtrisée et donc aléatoire, due au recours de Liberty Surf à plusieurs opérateurs ».*
- *En ce qui concerne World Online : « un service après vente et [un] service clientèle confondus (...). De ce fait les communications sont souvent saturées, longues et coûteuses. Il est difficile de suivre l'état de votre compte. Il est souvent difficile de se connecter et de fréquents problèmes de connexion apparaissent. World Online « bénéficie » du plus mauvais indice de qualité déclaré par tous les instituts de sondage (mars 2001)... ! ».*
- *En ce qui concerne les services ADSL de Club Internet, « La commercialisation du pack ADSL de Club Internet n'est possible qu'à distance et uniquement en pré-réservation ! La mise en service effective est plus aléatoire ! Pas de suivi de commande et de garantie de livraison ! ». « Une hot line [...] disponible 7 j/7 de 12 h à 21 h. Après 9 h du soir, personne ne sera là pour vous conseiller ! Quand on sait que vous êtes nombreux à vous connecter le soir, en famille ou entre amis ! ! ».*
- *En ce qui concerne les services ADSL Mangoosta : « Mangoosta utilise des réseaux issus de plusieurs opérateurs. De ce fait, Mangoosta propose un accès à Internet qui manque de sécurité » (cotes 2017 à 2018).*
- *Pour les offres packagées, l'argumentaire précise pour Net Up : « Une hot-line très souvent occupée (avec renvoi sur répondeur et donc facturation) ». « L'offre de Net Up est destinée aux débutants ! Pourtant elle n'inclut pas d'offre d'installation, ni de formation ! Est ce la meilleure formule pour débiter sur Internet ? ».*
- *Enfin, sur l'accès par le câble Chello : « Avec Chello, au total, la première année, vous aurez payé 4 818F ttc ! et vous ne serez libre de rien ! » (cote 2023).*

43. *Un conseiller vendeur de la station Internet Rive Gauche a déclaré, le 28 mai 2001 : « Nous utilisons le support informatique interne (Intranet) cela permet d'avoir des informations à jour. Il m'est arrivé d'utiliser les contre-argumentaires figurant sur Americ mais assez rarement. ». De même, un conseiller vendeur de l'agence France Télécom de Paris-Saint Paul : « Je consulte l'Intranet tous les jours, la rubrique argumentaire de vente de temps en temps (3 fois/mois), de même que le contre-argumentaire. Ces argumentaires et contre-argumentaires m'aident à répondre aux clients, notamment quand un de nos produits Wanadoo est critiqué. ».*

44. *Selon un constat d'huissier, effectué les 6 et 9 octobre 2000, à la requête de la société AOL Compuserve France, à la question « Quels avantages vous offrez par rapport à AOL qui*

propose un contrat d'abonnement sur 2 années ? », le service auquel renvoie le service clientèle de Wanadoo (numéro d'appel 0801 105 105) répond « Nous ne proposons pas de forfait illimité pour la bonne et simple raison qu'AOL a fait cette proposition mais qu'il y a tellement de personnes qui vont se connecter avec cette offre illimitée, il va vite y avoir une saturation au niveau des connexions. ». Un autre constat d'huissier, effectué le 30 octobre 2000 auprès du numéro 0803 83 33 14, fait apparaître qu'à la remarque « Parce qu'en fait c'est vrai j'hésite entre le système Wanadoo et AOL parce que j'ai vu certaines offres sur AOL », le service Clientèle de Wanadoo répond : « Attention votre connexion ne passe pas tout de suite. Vous attendez une demi-heure sur AOL pour être connecté alors que sur Wanadoo c'est immédiat. ».

D. LES GRIEFS NOTIFIÉS

45. Sur la base de ces éléments, il a été notifié les griefs suivants :

- *« A la société France Télécom, en position dominante sur le marché de la boucle locale de téléphonie fixe et dont la filiale, qui n'est pas autonome, est en position dominante sur le marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public, le grief d'effectuer des subventions croisées au bénéfice de sa filiale Wanadoo Interactive en prenant en charge la commercialisation des offres Wanadoo, en permettant à sa filiale d'utiliser son image de marque et en fournissant aux utilisateurs de Wanadoo une prestation d'initiation ou d'installation de kits de connexion, sans que soient totalement compensées financièrement les dépenses relatives à ces diverses prestations. Ces pratiques, qui ont pour objet et peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public ou le libre exercice de la concurrence par des entreprises concurrentes sont prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce [grief 1].*
- *A la société France Télécom qui se trouve en position dominante sur une partie substantielle du marché commun, le grief d'avoir exploité de façon abusive sa position dominante en exerçant ces pratiques prohibées par l'article 82 du Traité de Rome [grief 1bis].*
- *A la société France Télécom, qui se trouve en position dominante sur le marché de la boucle locale de téléphonie fixe et dont la filiale, qui n'est pas autonome, est en position dominante sur le marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public, le grief d'exercer des pratiques de dénigrement de ses concurrents pour faciliter le placement d'offres Wanadoo. Cette pratique, qui a pour objet et peut avoir pour effet de limiter l'accès au marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public ou le libre exercice de la concurrence par des entreprises concurrentes est prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce [grief 2].*
- *A la société France Télécom, qui se trouve en position dominante sur le marché de la boucle locale de téléphonie fixe et dont la filiale, qui n'est pas autonome, est en position dominante sur le marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public, le grief d'utiliser des informations qu'elle détient en tant que fournisseur du service téléphonique fixe pour faciliter le placement d'offres Wanadoo. Cette pratique, qui a pour objet et peut avoir pour effet de limiter l'accès au marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public ou le libre exercice de la concurrence par des entreprises concurrentes est prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce [grief 3].*

- A la société France Télécom qui se trouve en position dominante sur une partie substantielle du marché commun, de même que sa filiale Wanadoo Interactive qui n'est pas autonome, le grief d'avoir exploité de façon abusive sa position dominante, en effectuant le dénigrement de ses concurrents pour faciliter le placement d'offres Wanadoo, pratique prohibée par l'article 82 du Traité de Rome [grief 2bis].
- A la société France Télécom, qui se trouve en position dominante sur le marché de la boucle locale de téléphonie fixe et dont la filiale, qui n'est pas autonome, est en position dominante sur le marché de la fourniture d'accès à Internet au grand public, le grief d'utiliser des informations qu'elle détient en tant que fournisseur du service téléphonique fixe pour faciliter le placement d'offres Wanadoo, pratique prohibée par l'article 82 du Traité de Rome [grief 3bis]. ».

II. Discussion

A. SUR LE CHAMP DE LA SAISINE

46. La société France Télécom soutient que les griefs notifiés excèderaient *rationae temporis* le champ de la saisine, laquelle aurait dénoncé au Conseil des pratiques mises en œuvre antérieurement au 18 novembre 1999, date de la saisine de la société T-Online, alors que les griefs sont fondés sur les éléments rassemblés par le rapport d'enquête et relatifs à des pratiques mises en œuvre en 2000 et en 2001.
47. Conformément à une jurisprudence constante (cf. notamment Cour d'appel de Paris, 17 juin 1992, 29 juin 1999 et décision du Conseil n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004), le Conseil est saisi *in rem* de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes des parties saisissantes. Cela lui permet d'examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques anticoncurrentielles non mentionnées dans la saisine mais mises en œuvre soit sur le marché concerné par les pratiques dénoncées dans la saisine, soit sur des marchés connexes. En revanche, le Conseil n'est pas compétent pour examiner des faits postérieurs à la saisine et qui ne constituent pas la continuité de faits antérieurs à celle-ci.
48. En l'espèce, l'enquête administrative diligentée à la demande du rapporteur afin de vérifier la matérialité des pratiques dénoncées par la société T-Online dans sa saisine du 18 novembre 1999, s'est déroulée au cours des années 2000 et 2001. Les constatations effectuées dans ce cadre, relatives à l'existence, sur l'Intranet des agences, d'un contre-argumentaire sur les faiblesses des concurrents de Wanadoo et à l'utilisation de ce contre-argumentaire par les agents chargés de la commercialisation de Wanadoo ont été faites en mai 2001. Le dossier ne contient aucun élément démontrant que ce contre-argumentaire existait et était déjà utilisé antérieurement à la saisine, en date du 18 novembre 1999. Par conséquent, cette pratique ne peut être examinée par le Conseil dans le cadre de la présente affaire. Les griefs n° 2 et n° 2 bis doivent donc être écartés.
49. Il en est de même de la pratique ayant consisté, pour France Télécom, à utiliser les données techniques et commerciales qu'elle détient en tant qu'opérateur du service téléphonique fixe. Les déclarations d'agents commerciaux de France Télécom montrant que ceux-ci ont

à leur disposition le détail des factures de la téléphonie fixe des clients de leur secteur géographique, dont notamment les consommations Internet hors forfaits et le numéro du fournisseur d'accès, et que ces données sont utilisées pour mieux cibler le démarchage des clients, ont été recueillies dans le courant des mois de mai, juin et juillet 2001, et aucun élément du dossier n'indique qu'il en était déjà ainsi, antérieurement à la saisine de T-Online, en date du 18 novembre 1999. Cette pratique ne peut donc être examinée par le Conseil dans le cadre de la présente affaire et les griefs n° 3 et n° 3 bis doivent donc être écartés.

50. Il a été indiqué plus haut, qu'avait légalement été notifié à France Télécom le grief d'effectuer des subventions croisées au bénéfice de sa filiale Wanadoo Interactive en prenant en charge la commercialisation des offres Wanadoo, en permettant à sa filiale d'utiliser son image de marque et en fournissant aux utilisateurs de Wanadoo une prestation d'initiation ou d'installation de kits de connexion, sans que soient totalement compensées financièrement les dépenses relatives à ces diverses prestations, au motif que l'accord cadre de commercialisation du service Wanadoo dans les agences commerciales de France Télécom, conclu le 1^{er} juin 1997 pour un an et renouvelé ensuite par tacite reconduction, prévoyait le versement d'une commission, par abonnement Wanadoo placé, largement inférieure aux coûts réellement supportés par France Télécom pour la commercialisation des services Internet de Wanadoo. Les éléments recueillis dans le cadre de l'enquête administrative ont, dans ce contexte, permis d'établir la continuation de cette pratique, dont le début doit être daté du 1^{er} juin 1997, antérieurement à la saisine.

B. SUR LA PRATIQUE DE SUBVENTIONS CROISÉES

51. A l'intérieur d'un groupe d'entreprises, tous les transferts de ressources d'une activité vers l'autre ne sont pas nécessairement inefficaces du point de vue économique. Le Conseil a ainsi estimé, dans sa décision n° [00-D-50](#) du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, qu'une « *entreprise publique, disposant d'un monopole légal, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas, de ce fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce (...)* ». Il a cependant estimé qu'« *en revanche, est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle* ».
52. En l'espèce, les éléments du dossier établissent que les commissions versées par Wanadoo à France Télécom au titre de l'« *Accord cadre de commercialisation du service Wanadoo dans le réseau des agences commerciales de France Télécom* », conclu le 1^{er} juin 1997, soit 89 millions en 2000, ne couvrent pas l'ensemble des dépenses engagées par France Télécom pour assurer ce service, les charges salariales relatives au temps passé par les agents commerciaux des agences France Télécom à assurer la promotion et la vente des abonnements Wanadoo étant, à elles seules, supérieures, au minimum, à 700 millions de francs. Toutefois, aucun élément du dossier ne permet de démontrer que le solde entre les commissions versées par Wanadoo et les coûts réellement supportés par France Télécom

pour la fourniture du service a été financé par un excédent de ressources tiré de l'exploitation de son quasi-monopole sur la boucle locale, et non par des ressources dégagées par d'autres activités concurrentielles de l'opérateur historique.

53. Au surplus, il n'est pas établi que la prise en charge par France Télécom d'une partie des coûts de commercialisation des services de Wanadoo se soit accompagnée d'une pratique de prix prédateurs, ou à défaut, ait entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle.
54. En effet, les marchés susceptibles d'être affectés par cette pratique sont ceux sur lesquels sont offerts les services de fourniture d'accès à Internet de Wanadoo. A l'époque de la saisine, ces services d'accès à Internet étaient essentiellement fournis en bas débit via le réseau téléphonique commuté, comme le notait le Conseil dans une décision n° [99-MC-11](#) du 21 décembre 1999 : *« Si des boucles locales ont été mises en place par des opérateurs dans les principales zones d'activités économiques (La Défense, la Bourse...), ces boucles sont toutefois réservées aux services destinés aux entreprises ; l'accès à Internet par les réseaux câblés reste une solution très marginale, qui permet certes un accès à haut débit mais à un prix beaucoup plus élevé que celui de l'accès par le réseau téléphonique commuté, à débit plus faible ; l'accès par la technologie ADSL, qui offre également un haut débit, n'est pour le moment proposé qu'à titre expérimental et à des tarifs beaucoup plus élevés que l'accès par le réseau téléphonique commuté standard »*. Il y a donc lieu, en ce qui concerne la période antérieure à la saisine, de prendre en compte un marché de la fourniture d'accès à Internet, sans distinguer entre les différentes technologies d'accès. La demande du grand public (utilisateurs résidentiels et petits professionnels) peut se distinguer, par ailleurs, de celle des entreprises ou collectivités, qui ont généralement des accès groupés et ont des besoins de prestations sur mesure, incluant des obligations en termes de rapidité et de qualité de service, ainsi que la création d'applications connexes comme la constitution de réseaux Intranet.
55. Sur ce marché de la fourniture d'accès à Internet bas débit au grand public, le Conseil avait noté, dans la décision n° [99-MC-11](#) précitée, que, au cours de l'année 1999, la diversification des offres tarifaires et la baisse générale des prix témoignaient de *« l'intensité de la concurrence »*. La baisse des prix avait en effet été soutenue, d'abord par l'apparition d'offres d'abonnement gratuites, dans lesquelles l'utilisateur ne paie plus d'abonnement au FAI, mais continue à supporter le coût des communications locales, puis par des offres d'abonnement " tout en un ", intégrant abonnement au FAI et communications téléphoniques locales nécessaires à la connexion. Le Conseil avait relevé à cette occasion que les offres *« Les intégrales »* de Wanadoo avaient été précédées d'offres meilleur marché de deux de ses concurrents. De fait, les parts de marché de Wanadoo ont reculé en 1999 et en 2000, passant de 39,25% en 1999 à 36,23% en 2001, suggérant qu'il est peu probable que la pratique notifiée ait entraîné une perturbation durable du marché de la fourniture d'accès de bas débit à Internet au grand public.
56. A partir de l'année 2000, le développement des offres d'accès à haut débit sur le câble ou grâce à la technologie ADSL justifie que le pouvoir de marché d'un opérateur soit apprécié en distinguant les offres haut débit des offres bas débit, comme l'a fait la Commission européenne dans sa décision COMP/38.233 du 16 juillet 2003, dans laquelle elle a estimé que Wanadoo était, sur la période de mars 2001 à septembre 2002, en position dominante sur le marché de l'accès à Internet comprenant les offres ADSL et les offres sur les réseaux câblés, sa part de marché étant passée de 46 % en décembre 2000 à 72 % en août 2002. Toutefois, pour la période antérieure à mars 2001, la Commission a noté que le marché du haut débit comportait en 2000 moins de 200 000 abonnés et croissait à un rythme

relativement lent, caractéristiques qui justifient qu'il « *n'est pas opportun de constater une infraction à cet égard* » (point 406).

57. Sans qu'il soit besoin d'examiner les arguments présentés par France Télécom pour contester la régularité du rapport, la définition des marchés pertinents qui y est retenue, l'existence d'une position dominante sur ces marchés et l'application de la jurisprudence issue de la décision précitée du 5 mars 2001 (Société française des jeux) au cas dans lequel l'entreprise mise en cause ne dispose pas d'un monopole légal, mais jouit d'un quasi-monopole de fait dû pour l'essentiel à l'héritage historique d'une exclusivité conférée par la loi, il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi que la société France Télécom a enfreint les dispositions du I de l'article L. 420-2 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 82 du traité de l'Union.

DÉCISION

Article unique : Il n'est pas établi que la société France Télécom a enfreint les dispositions du I de l'article L. 420-2 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne.

Délibéré, sur le rapport de M. Lavergne, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye et Pinot, ainsi que MM. Bidaud, Charrière-Bournazel, Honorat et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

Le vice-président,
Philippe Nasse