



Décision n° 05-D-42 du 19 juillet 2005
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services
télématiques relatifs aux résultats ou aux corrigés d'examens

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu les lettres enregistrées le 22 mai 1997 et le 19 mars 1998, sous le numéro F 961, par lesquelles la société M.A Editions (devenue XEM en 1999) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et Médiaprogrès sur le secteur des services télématiques relatifs aux résultats et/ou aux corrigés d'examens ;

Vu le 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 et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'avis n° 99-307 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 16 avril 1999 ;

Vu les observations présentées par France Télécom, Iliad et par le commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement et les représentants des sociétés France Télécom et Iliad entendus lors de la séance du 28 juin 2005 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. M.A Editions, fournisseur de services minitel, reproche à France Télécom, d'une part le caractère discriminatoire de l'attribution des codes Minitel aux différents fournisseurs de services, d'autre part la dénonciation non justifiée de l'attribution de certains codes par France Télécom et leur réattribution non régulière à la société Médiaprogrès. D'après M.A Editions, ces comportements seraient contraires aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

A. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ ET LE CADRE JURIDIQUE

2. L'offre Télétel permet à un utilisateur du réseau téléphonique de France Télécom, à partir du Minitel, d'accéder, via le réseau téléphonique général de France Télécom à des centres serveurs hébergeant des services dont les contenus sont édités par des fournisseurs de services télématiques.
3. Les relations juridiques entre la société France Télécom, les centres serveurs et les fournisseurs de services sont régies par un contrat fixant les droits et les obligations des parties. Au moyen du contrat Télétel, la société France Télécom offre les services suivants :
 - l'accès au réseau téléphonique commuté par l'octroi d'un code télématique : par le contrat Télétel, la société France Télécom autorise le fournisseur de services ou le centre serveur à exploiter un code Télétel déterminé et lui donne accès à son réseau téléphonique commuté (R.T.C) ;
 - la prestation Kiosque : afin que le fournisseur de services puisse, s'il le souhaite, percevoir la rémunération des services qu'il édite, un décret du 4 janvier 1985 a permis à France Télécom de recouvrer, par le biais des factures téléphoniques, les sommes correspondant à la consommation globale des services télématiques, puis de reverser aux fournisseurs de services ou aux centres serveurs qui les hébergent, la part qui leur revient, déduction faite du prix de transmission de l'information et des frais liés à la facturation et au recouvrement de ces prestations.
4. La fourniture de services télématiques était régie à l'époque des faits par l'article 43 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications. A ce titre, les fournisseurs de services télématiques devaient procéder à une déclaration auprès du Procureur de la République et du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A).
5. Du point de vue du contrôle du contenu, les services Télétel sont soumis à un régime spécifique par rapport aux autres services de télécommunications. Cette spécificité est due à la prise en compte de questions déontologiques afférentes aux informations accessibles et disponibles sur ce type de média. Ce dispositif réglementaire repose sur les articles D. 406-1 à D. 406-3 du code des postes et télécommunications modifiés par le décret n° 93-274 du 25 février 1993.
6. Deux organismes consultatifs assurent le fonctionnement du dispositif :
 - Le Conseil Supérieur de la Télématique (C.S.T) émet des recommandations déontologiques, relatives notamment à la protection de la jeunesse et aux conditions d'accès ; il formule des propositions concernant les contrats types et leur modification, soit de son propre chef, soit sur saisine de France Télécom (les avis rendus par le C.S.T à cette occasion sont rendus publics) ; il reçoit de tout intéressé des réclamations portant sur le respect des recommandations de nature déontologique. Ainsi, les contrats Télétel souscrits entre les fournisseurs de services et la société France Télécom, élaborés selon la procédure décrite ci-dessus, sont conformes au contrat type.
 - Le Comité de la Télématique Anonyme (C.T.A), créé par le décret n° 93-274 du 25 février 1993, a commencé à rendre des avis en mai 1993. Il est composé de huit membres choisis au sein du C.S.T, dont le président de ce conseil, le vice-président, un

représentant du ministre chargé de la communication, deux représentants des utilisateurs et trois représentants de la presse et des fournisseurs ou éditeurs de services.

7. Le C.T.A veille au respect par les parties des recommandations du C.S.T et des clauses non strictement commerciales des contrats conclus entre France Télécom et les fournisseurs de contenus. Il peut être saisi par l'une ou l'autre des parties en cas de différend relatif au respect de ces recommandations de nature déontologique applicables aux services offerts sur les accès télématiques anonymes, écrits ou vocaux, et à leurs conditions d'accès. En outre, la société France Télécom doit le saisir avant toute décision de résiliation ou de suspension d'un contrat passé avec un fournisseur de services télématiques. Le C.T.A peut être consulté par la société France Télécom sur le raccordement d'un service à une catégorie d'accès télématique. Il peut être, de même, saisi pour avis par un fournisseur de services auquel a été refusé le bénéfice d'un accès télématique écrit ou vocal. Lorsqu'il constate une violation des recommandations de nature déontologique, le C.T.A 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, à la société France Télécom, ainsi qu'au président du C.S.T. Les dispositions du code des postes et des télécommunications n'attribuent qu'un rôle consultatif au C.T.A, dont les avis ne lient pas la société France Télécom.

B. LES ENTREPRISES CONCERNEES

8. France Télécom est l'opérateur historique de télécommunications en France et, à l'époque des faits, le seul fournisseur des prestations nécessaires aux fournisseurs de services pour accéder au réseau Télétel.
9. La société saisissante, M.A Editions, a été créée en 1987 et avait pour objet la création et l'exploitation de services télématiques et téléphoniques. Par décision de changement de dénomination sociale du 5 novembre 1999, M.A Editions a pris le nom de S.A.R.L XEM Celle-ci a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 29 décembre 2003 après dissolution et réunion de toutes les parts sociales et actions entre les mains de son associé unique, la société Iliad, le 3 décembre 2003. Le chiffre d'affaires de M.A Editions est passé de 4,2 millions de francs en 1994 à 623 000 francs en 1998.
10. La société Médiaprogrès a été créée le 31 août 1984 et appartient au groupe Progrès. En 1992, le groupe Progrès a vendu la majorité des actions de la société Médiaprogrès à la Société du Journal Téléphoné (S.J.T). En 1998, la société S.J.T a pris le nom de Prosodie. Médiaprogrès a pour objet, de la même façon que M.A Editions, la création et l'exploitation de services télématiques et téléphoniques. Son chiffre d'affaires en 1998 était de 48 millions de francs.
11. La société Atlantel a été créée en 1982 par le groupe de presse Sud-Ouest S.A devenue Atlantel Multimedia en 1998, elle avait pour activité l'élaboration et la vente de corrigés d'examens à des clients qui avaient un code télématique. A ce titre, elle élaborait et commercialisait des corrigés d'examens, notamment auprès de la société Médiaprogrès. Elle exploitait elle-même des codes télématiques tels que EXAM, ACADEMIA, ALLOPROF et ETUD. En 1998, le chiffre d'affaires de la société Atlantel s'est élevé à 23 millions de francs, dont 16 millions de francs avec l'exploitation du code EXAM 1998.

C. LES FAITS DÉNONCÉS

1. LA CLAUSE DU CONTRAT TÉLÉTEL PERMETTANT LA DÉNONCIATION UNILATÉRALE SANS JUSTIFICATION

12. L'article 9 du contrat Télétel intitulé « *durée et date d'effet du contrat* » (qui a remplacé, en 1993, l'article 6 intitulé « *durée de l'engagement* ») stipule : « *Le présent contrat est conclu pour une durée minimale de six mois, à compter de la date de la mise en œuvre dans le réseau Télétel des données techniques relatives au code d'accès et figurant aux conditions particulières du présent contrat [...]. Au-delà de cette période, le présent contrat est tacitement reconduit pour une durée indéterminée. Il peut alors être dénoncé à tout moment par le fournisseur de service sous réserve de respecter un préavis de 15 jours et par France Télécom ou par le(s) centre(s) serveur(s), lorsque celui-ci est cocontractant, sous réserve de respecter un préavis de 3 mois, sauf si les parties ont convenu d'un délai inférieur dont le nombre de jours devra être nécessairement un multiple de quinze, précisé aux conditions particulières* ». Ainsi, cet article permet la dénonciation unilatérale sans justification de ce contrat au-delà d'une durée minimale de 6 mois, aussi bien par France Télécom que par les fournisseurs de services et les serveurs, tout en respectant un préavis.
13. L'article 10 (ancien article 7) exige quant à lui, pour la résiliation du contrat, le suivi d'une procédure plus lourde. Cet article, intitulé « *suspension-résiliation* », stipule : « *En cas de manquement par le fournisseur de service aux obligations souscrites au titre de la présente convention, France Télécom pourra, 15 jours après une mise en demeure restée sans effet et après consultation du Comité Consultatif du kiosque télématique [le Comité du kiosque télématique est devenu le Comité de la Télématique Anonyme en février 1993], résilier d'office ou suspendre la présente convention pour une durée qui ne peut excéder 2 mois. Cette décision n'ouvre droit à aucune indemnité. Elle peut intervenir sans consultation du Comité Consultatif dans le cas où elle est prononcée en raison du non-paiement des factures dues à France Télécom* ».
14. France Télécom a mis en œuvre l'article 9 du contrat Télétel pour dénoncer des contrats avec M.A Editions à quatre reprises : en juillet 1993, pour résilier les codes 3615 BAC94 et 3615 BAC95 et en février 1995, pour résilier les codes 3615 BAC ES et 3615 BAC L alors exploités par M.A Editions.

2. L'ATTRIBUTION DES CODES PAR FRANCE TÉLÉCOM

a) Concernant le code 3615 BAC94

15. Le code 3615 BAC94 a été attribué à M.A Editions le 2 juin 1993 et dénoncé, en application de l'article 9 du contrat Télétel, par France Télécom le 1^{er} juillet 1993 avec effet le 2 décembre 1993.
16. En vertu de l'article 4-2 du contrat Télétel, France Télécom a refusé ce code à Médiaprogrès en novembre 1993 au motif que ce code avait été résilié moins de 6 mois auparavant. L'article 4-2 tiret 11 du contrat Télétel stipule en effet : « [...] *en cas de dénonciation du contrat à l'initiative du fournisseur de service, ou par suite de la cessation d'activité de celui-ci, la durée est également ramenée à 6 mois* ». A la suite de ce refus, Médiaprogrès a saisi le C.T.A. pour avis.

17. France Télécom a également refusé ce code à la société Sarlès en décembre 1993, à M.A Editions et Fermic, le 21 janvier 1994, et à France 3, le 10 février 1994, pour les mêmes motifs.
18. Ce n'est qu'après un avis du C.T.A, en date du 14 mars 1994, favorable à la demande de Médiaprogrès, que France Télécom a attribué le code 3615 BAC94 à cette société. En effet, le C.T.A a considéré que le délai de 6 mois exigé par l'article 4-2 du contrat Télétel n'était opposable que lorsque la dénonciation avait été faite à l'initiative d'un fournisseur de services et non pas de France Télécom : *« Considérant que l'article 4-2 du contrat Télétel susvisé relatif aux conséquences de la dénonciation, à l'initiative d'un fournisseur de service, d'un contrat Télétel ne saurait trouver application dans la présente espèce, la dénonciation dont il s'agit ayant pour origine la seule volonté de l'exploitant public de télécommunications ; qu'il suit de là que France Télécom ne peut sur cette base opposer à la société Médiaprogrès un délai de six mois avant le recâblage dudit code ; que dès lors, France Télécom n'est pas fondé, pour ce motif, à refuser l'attribution du libellé du code d'accès 3615 BAC94 »*. Ainsi, France Télécom a attribué le code à Médiaprogrès et le câblage a été effectué le 11 mai 1994.

b) Concernant le code 3615 BAC95

19. Le code 3615 BAC95 a été attribué à M.A Editions le 2 juin 1993 et dénoncé, en application de l'article 9 du contrat Télétel, par France Télécom le 1^{er} juillet 1993 avec effet le 2 décembre 1993.
20. En vertu de l'article 4-2 du contrat Télétel, France Télécom a refusé ce code à Médiaprogrès en novembre 1993 au motif que ce code avait été résilié moins de 6 mois auparavant. Il a été refusé pour la même raison à Sarlès en décembre 1993, à France 3 le 10 février 1994 et à M.A Editions et à Fermic le 21 janvier 1994.
21. Une fois les six mois écoulés, le 8 juin 1994, Médiaprogrès a de nouveau demandé le code 3615 BAC95 à France Télécom. Un refus lui a été opposé, le 24 juin 1994, de même qu'à M.A Editions et à SEEC Presse, le 27 septembre 1994, au motif que le code était générique.
22. Médiaprogrès et M.A Editions ont contesté ce refus devant le C.T.A. Le C.T.A a rendu, le 14 décembre 1994, un avis favorable à l'attribution du code 3615 BAC95 à Médiaprogrès : *« Considérant que la société Médiaprogrès entend associer au libellé de code d'accès 3615 BAC95 un service de type D tarifé à T44 "d'enseignement : 1) résultats du bac, 2) corrigés du bac, 3) tests des connaissances, 4) conseils en orientation" ; qu'eu égard à la nature du service envisagé, ce code revêt une originalité suffisante ; que dès lors France Télécom n'est pas fondé à refuser l'attribution du libellé de code d'accès 3615 BAC95 à la société susvisée ; étant observé qu'une telle attribution aux termes de l'article 4-2 du contrat Télétel, n'intervient que sous réserve des droits des tiers, le fournisseur de services ayant à faire sien tout litige pouvant survenir à propos de l'utilisation de ce code »*.
23. Le même jour, le C.T.A a rendu un avis défavorable à l'attribution du code 3615 BAC95 à M.A Editions : *« Considérant cependant que France Télécom a, le 1^{er} juillet 1993, dénoncé le contrat le liant à la société M.A Editions pour la fourniture du service 3615 BAC95, avec effet le 1^{er} décembre 1993, le service alors ne correspondant pas à l'objet du contrat souscrit par la société M.A Editions ; qu'à la même époque, le Comité était amené à constater de son côté que BAC95 correspondait à une messagerie conviviale, en même*

temps que la société M.A Editions disposait aussi de services 3615 BAC96 et BAC97 non interactifs ; qu'en l'état de tels éléments, le Comité ne peut qu'être défavorable à la réattribution de ce code à cette société ».

24. Ce code a, par ailleurs, été refusé à la société Fermic le 26 janvier 1995 au motif que le C.T.A. avait rendu un avis favorable pour l'attribution de ce code à un autre fournisseur de service, en l'occurrence, la société Médiaprogrès.

c) Concernant les codes BAC96, BAC97, BAC98 et BAC99

25. Les codes 3615 BAC96 et BAC97, et 3617 BAC96, BAC97, BAC98 et BAC99 ont été attribués en août 1993 à M.A Editions. Celle-ci utilisant ces codes pour proposer un service de messagerie conviviale ou des services non interactifs, France Télécom a, en vertu de l'article 10 du contrat Télétel, mis en demeure la société M.A Editions par lettre en date du 13 janvier 1995 et saisi le C.T.A le 13 mars 1995.
26. Le 2 octobre 1995, le C.T.A a rendu un avis dans lequel il a estimé que France Télécom était fondé à résilier les contrats et a considéré que M.A Editions ne pourrait pas contracter avec France Télécom pendant un délai de 6 mois suivant les résiliations. France Télécom a dès lors résilié les contrats le 25 octobre 1995.
27. En vertu de l'article 4-2 tiret 10 du contrat Télétel, ce code ne pouvait faire l'objet d'une réattribution pendant un délai de deux ans : *« le code de service ne doit pas avoir fait l'objet d'un contrat Télétel résilié par la société France Télécom depuis moins de deux ans [...] »*. Ainsi, France Télécom a refusé le code 3615 BAC96 à Médiaprogrès le 24 janvier 1996. Cette société a saisi le C.T.A qui a rendu un avis le 18 mars 1996 en estimant que France Télécom était fondé à refuser le code 3615 BAC96.
28. Le 27 mars 1996, Médiaprogrès a demandé à France Télécom l'attribution du code 3617 BAC96 en se fondant sur un jugement du tribunal de commerce de Lyon en date du 19 mai 1995 qui a interdit à M.A Editions de faire usage du mot BAC suivi d'une année. France Télécom a dès lors attribué le code 3617 BAC96 à Médiaprogrès le 21 mai 1996.
29. Constatant l'usage du code 3617 BAC96 par Médiaprogrès en méconnaissance de l'avis du C.T.A, M.A Editions a introduit une action en référé devant le tribunal de grande instance de Paris qui, par ordonnance en date du 8 juillet 1996, a ordonné à France Télécom de suspendre provisoirement le service 3617 BAC96 exploité par Médiaprogrès. M.A Editions a cependant fait constater par huissier que le 13 septembre 1996, France Télécom n'avait pas exécuté la décision du TGI de Paris. France Télécom a résilié ce code le 25 octobre 1996.

D. LES GRIEFS NOTIFIÉS

30. Sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, il a été fait grief à la société France Télécom :
 - *« d'avoir inséré dans le contrat Télétel et mis en œuvre des dispositions (articles 6 et 9) lui permettant de rompre sans aucun motif les contrats Télétel passés avec les fournisseurs de services.*
 - *La société France Télécom disposant d'un monopole sur les infrastructures essentielles à la fourniture des prestations Télétel (octroi des codes télématiques, prestation*

kiosque ...), ces dispositions auraient eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les fournisseurs de services.

- *d'avoir appliqué de manière discriminatoire plusieurs dispositions du contrat Télétel dans le but de favoriser les sociétés Médiaprogrès et Atlantel au détriment notamment des sociétés du groupe Iliad (M.A Editions, Sarlès et Fermic).*
- *Ces comportements auraient été d'autant plus graves que la société France Télécom aurait des liens capitalistiques avec la société Atlantel et que la société Atlantel était le fournisseur de la société Médiaprogrès/Prosodie depuis 1992 pour l'exploitation des codes que lui attribuait la société France Télécom.*

Ces comportements discriminatoires sont les suivants :

- *alors que la société France Télécom ignore la clause prévoyant qu'un code résilié ne peut être réattribué pendant plus de deux ans (article 4-2 tiret 10) lorsqu'il s'agit de réattribuer des codes Télétel à la société Médiaprogrès, elle utilise cette clause pour justifier des refus d'attribution de ces mêmes codes aux sociétés du groupe Iliad et à d'autres fournisseurs de services.*
- *de la même façon, alors que la société France Télécom attribue des codes Télétel aux sociétés Médiaprogrès et Atlantel sans considérer qu'ils ont un caractère générique contraire à l'article 4-2 tiret 8, elle refuse d'attribuer ces mêmes codes ou des codes de même type à de nombreux fournisseurs de services en invoquant leur caractère générique contraire à l'article 4-2 tiret 8. »*

Ces griefs ont été abandonnés au stade du rapport.

II. Discussion

A. SUR LA PRESCRIPTION

31. Aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 5 novembre 2004, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.
32. France Télécom soutient dans ses observations que la dénonciation unilatérale des contrats relatifs aux codes 3615 BAC94 et 3615 BAC95 conclus avec M.A Editions, faite à la date du 1^{er} juillet 1993, n'a fait l'objet d'aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction jusqu'à la saisine du Conseil en date du 22 mai 1997, soit plus de trois ans après.
33. La partie saisissante estime cependant que ces faits ne sont pas prescrits étant donné que, le 20 octobre 1995, la société M.A Editions a signifié devant la cour d'appel de Lyon, dans le cadre d'une procédure en concurrence déloyale qui l'opposait à la société Médiaprogrès notamment au sujet des codes BAC94 et BAC95, des conclusions tendant à faire, entre autres :

- « constater que cette affaire se situe dans le cadre plus large de pratiques anticoncurrentielles prévues par l'article 7, voire 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » ;
 - « interroger pour avis le Conseil de la concurrence sur les liens et pratiques anticoncurrentielles pouvant être concertées entre Médiaprogrès et France Télécom ».
34. La cour d'appel de Lyon, dans son arrêt du 18 décembre 1997, ne s'est pas prononcée sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et n'a pas jugé nécessaire d'interroger pour avis le Conseil de la concurrence.
35. Le caractère spécifique de la mission du Conseil de la concurrence a été souligné par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 septembre 1998 (Coca- Cola Entreprise, Orangina France et Igloo Post Mix), qui a jugé « que la décision du Conseil de la concurrence, même si elle a le caractère d'une punition, est une décision administrative non juridictionnelle ; que rendue par un organisme qui remplit une mission ayant pour finalité la défense d'un ordre public économique, elle n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie, mais sanctionne les pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil, régulateur du marché, a pu établir l'existence ».
36. En conséquence, comme l'a considéré le Conseil dans la décision n° [04-D-46](#) du 30 septembre 2004, la saisine du tribunal de commerce puis de la cour d'appel compétente, en l'espèce celle de Lyon, intervenue dans le cadre d'une action civile, en dommages et intérêts, pour la défense d'un intérêt particulier, ne sont pas des actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles, effectués pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché au sens de l'arrêt de la cour d'appel précité.
37. La dénonciation unilatérale des contrats relatifs aux codes 3615 BAC94 et 3615 BAC95 détenus par la société M. A Editions a été faite le 1^{er} juillet 1993. La réattribution du code 3615 BAC94 à la société Médiaprogrès a été prononcée le 8 décembre 1993 et celle du code 3615 BAC95, le 5 janvier 1994. Aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction au sens de l'article L. 462-7 du code de commerce n'ayant été réalisé avant la date de la saisine du Conseil le 22 mai 1997, il y a lieu, pour ces faits, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8, alinéa 1, du code de commerce.

B. SUR LES MARCHÉS CONCERNÉS ET LA POSITION DE FRANCE TÉLÉCOM SUR CES MARCHÉS

38. France Télécom soutient qu'elle n'était pas présente, à l'époque des faits, sur le marché aval de la fourniture de services Minitel car, contrairement à ce qui est affirmé dans la notification de griefs, elle n'a jamais eu aucun lien capitalistique avec la société Atlantel, société qui aurait simplement été actionnaire du centre serveur, CVF, à la création de celui-ci, participation qu'elle aurait cédée par étapes, à France Télécom, de 1995 à 1999.

39. La saisissante affirme que France Télécom était bien présente sur le marché aval des services Minitel, soit directement avec, par exemple, le 3615 QUIDONC, soit indirectement via ses filiales, comme par exemple 3615 EXAM, via sa filiale ALAPAGE.COM.
40. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de délimiter dans une décision n° [99-D-55](#) du 7 octobre 1999, un marché amont, considérant que « *pour les fournisseurs de service, les recours au Minitel et à Internet ne permettent pas d'atteindre la même clientèle ni de lui offrir des conditions de paiement comparables ; que ces deux choix techniques ne sont donc pas substituables et qu'il y a lieu de retenir l'existence d'un marché des prestations nécessaires à la fourniture de services télématiques au grand public* ». Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris par un arrêt en date du 3 octobre 2000.
41. Les faits en cause dans la présente affaire s'étant déroulés à la même période que ceux examinés par la cour d'appel dans cet arrêt du 3 octobre 2000, il convient de considérer qu'au cas d'espèce, et à l'époque des faits litigieux, le marché pertinent était celui des prestations nécessaires aux fournisseurs de services pour accéder au réseau Télétel, sur lequel France Télécom était en monopole.
42. Les demandeurs sur ce marché sont les fournisseurs qui, en aval, proposent aux abonnés des services télématiques. En mai 1997, date de la saisine, France Télécom n'était pas présente sur ce marché que ce soit directement ou indirectement via l'une de ses filiales, le 3615 QUIDONC ou le 3615 EXAM cités par la saisissante ayant été mis en service postérieurement à cette date. En outre, le fait que le centre serveur CVF, dont elle était actionnaire, ait abrité les services de Médiaprogrès, ne permet pas de considérer que France Télécom était présente en tant qu'offreur sur ce marché.

C. SUR LES GRIEFS NOTIFIÉS

1. SUR LE CARACTÈRE ANTICONCURRENTIEL DE LA CLAUSE PERMETTANT LA DÉNONCIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT TÉLÉTEL

43. France Télécom soutient en premier lieu que le Conseil ne serait pas compétent pour se prononcer sur la validité de l'insertion de l'article 6, devenu 9, dans le contrat Télétel qui relèverait de la seule compétence du juge civil.
44. Elle fait également valoir que la cour d'appel de Paris du 10 janvier 1997, qui, statuant sur son caractère abusif, l'aurait écarté : « *Que cette clause s'analyse comme la volonté des parties de permettre à chacune d'entre elles de mettre fin unilatéralement au contrat à condition de respecter un préavis. Considérant en conséquence que France Télécom était fondée à dénoncer le contrat sus-visé dès lors qu'elle respectait les formes et la durée de préavis contractuellement prévus* ». Selon France Télécom, cet article n'a, de plus, été inséré dans le contrat Télétel qu'à la suite d'une consultation des organisations professionnelles intéressées.

45. Elle conteste enfin avoir fait une utilisation abusive de cet article en dénonçant, le 2 février 1995, les codes 3615 BAC ES et 3615 BAC L attribués en 1994 à M.A Editions et explique que cette dénonciation était motivée par le fait que ces codes étaient devenus génériques depuis la réforme du baccalauréat intervenue en 1995, postérieurement à l'attribution de ces codes à la société M.A Editions.
46. La saisissante soutient en revanche que France Télécom a, postérieurement à la dénonciation de ces codes, attribué à la société Médiaprogrès des codes qui avaient également un caractère générique (3615 BAC 95 et 3617 BAC 95).
47. L'appréciation de la conformité du comportement d'une entreprise aux clauses d'un contrat ne relève pas de la compétence du Conseil, ainsi que l'a par exemple jugé la cour de cassation dans un arrêt du 24 septembre 2002 : *« la cour d'appel a fait une exacte application des textes (...) en décidant que la demande de la société Phototelem, en ce qu'elle invoque une inexécution par la société France Télécom de ses engagements contractuels, ne relevait pas de la compétence du Conseil de la concurrence »*. Il ne relève donc pas de la compétence du Conseil d'apprécier si France Télécom a respecté ou non les termes du contrat Télétel en dénonçant les contrats attribuant à M.A Editions les codes 3615 BAC ES et 3615 BAC L sur le fondement de l'article 6 plutôt que de l'article 7.
48. En revanche, le Conseil est compétent pour apprécier si des stipulations contractuelles ou l'application qui en est faite ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Tel pourrait être le cas si l'article 6 du contrat Télétel avait été utilisé par France Télécom pour dénoncer des contrats Télétel de façon discriminatoire et non objective afin d'évincer un acteur du marché de la fourniture de services Minitel ou d'accroître les barrières à l'entrée sur ce marché.
49. Toutefois, la dénonciation par France Télécom, le 2 février 1995, des contrats Télétel conclus avec M.A Editions en 1994 et lui attribuant les codes 3615 BAC ES et 3615 BAC L, est justifiée par des considérations objectives tenant à leur caractère générique. Le tiret 8 de l'article 4-2 du contrat Télétel intitulé *« conditions d'accès – conditions d'attribution du code d'accès »* stipule : *« le code de service doit être distinctif. Il ne peut être composé exclusivement de la désignation nécessaire ou générique du service, ni exclusivement de termes indiquant la qualité essentielle ou la composition du service. En effet, l'attribution de tels codes de service nuirait à une libre concurrence »*. Or, à la suite de la réforme de l'Education nationale par le décret n° 93-960 du 24 mars 1993, les codes 3615 BAC ES et 3615 BAC L sont devenus génériques puisque le nom des séries du baccalauréat a changé. En effet, la série A est devenue la série L, la série B est devenue la série ES et les séries C et D sont devenues la série S.
50. Le tribunal de grande instance de Paris (Ordonnance de référé du 23 février 1995) a d'ailleurs rejeté une demande en référé de la part de M.A Editions afin de constater la nullité de la dénonciation. Le C.T.A s'est également prononcé dans ce sens dans un avis en date du 7 novembre 1995 portant sur le refus opposé par France Télécom à des demandes de réservation par Editions Plon des codes 3617 BAC ES et 3617 BAC L.
51. Au surplus, France Télécom n'était pas présente, à l'époque des faits, sur le marché de la fourniture de services Minitel. Aucun lien avec la société Médiaprogrès ne peut justifier l'intérêt qu'elle aurait eu à la favoriser aux dépens d'autres sociétés.

52. Il ressort de ce qui précède que France Télécom n'a pas enfreint l'article L. 420-2 du code de commerce en dénonçant les contrats Télétel conclus avec M.A Editions sur la base de l'article 6 du contrat Télétel.

2. SUR L'APPLICATION DISCRIMINATOIRE DU CONTRAT TÉLÉTEL PAR FRANCE TÉLÉCOM AU PROFIT DE LA SOCIÉTÉ MÉDIAPROGRÈS

53. France Télécom fait également valoir que, loin d'avoir avantagé Atlantel ou Médiaprogrès, elle a saisi à plusieurs reprises le C.T.A d'agissements de ces deux sociétés et demandé la résiliation de contrats Télétel conclus avec ces deux sociétés au motif que celles-ci ne respectaient pas leurs obligations. Elle précise encore que Médiaprogrès a très largement usé de la possibilité de saisine du C.T.A et réussi à obtenir de nombreux codes que France Télécom lui avait refusés initialement, la quasi totalité des codes litigieux ayant d'ailleurs été attribué après avis du C.T.A. France Télécom expose enfin que la notification de griefs fait apparaître de façon artificielle que de nombreux codes ont été attribués à Médiaprogrès en présentant des autorisations annuelles alors qu'un code est attribué pour une durée indéterminée sans que l'autorisation correspondante ait à être renouvelée chaque année. De plus, elle souligne que l'attribution d'un code 3615[] emporte réservation de ce code sur les autres accès (par exemple 3617[]) et qu'une seule décision d'attribution est donc prise.
54. Il ressort en effet des éléments du dossier que les résiliations de codes contestées par la saisissante sont justifiées par des considérations objectives. Par ailleurs, France Télécom s'est, pour la plupart des attributions de codes dont le caractère discriminatoire lui a été reproché, conformé aux avis rendus par le C.T.A.
55. Ainsi, en ce qui concerne le code 3615 BAC95, dénoncé par France Télécom en 1993 et réattribué par France Télécom à Médiaprogrès le 25 avril 1995, il a, dans un premier temps, été refusé à toutes les sociétés demandresses, dont Médiaprogrès, au motif qu'il avait été résilié moins de 6 mois auparavant. Une fois les six mois écoulés, en juin 1994, ce code a ensuite été refusé à Médiaprogrès au motif qu'il était générique. Ce code a été refusé à M.A Editions et SEEC Presse pour les mêmes raisons.
56. A ce propos, le C.T.A a rendu, le 14 décembre 1994, un avis défavorable à l'attribution de ce code à M.A Editions. Le C.T.A a relevé dans son avis relatif à M.A Editions que le service diffusé mi-1993 sur le code d'accès 3615 BAC95 ne correspondait pas à l'objet du contrat souscrit mais à une messagerie conviviale : « *Considérant cependant que France Télécom a, le 1^{er} juillet 1993, dénoncé le contrat le liant à la société M.A Editions pour la fourniture du service 3615 BAC95, avec effet le 1^{er} décembre 1993, le service alors ne correspondant pas à l'objet du contrat souscrit par la société M.A Editions ; qu'à la même époque, le Comité était amené à constater de son côté que BAC95 correspondait à une messagerie conviviale, en même temps que la société M.A Editions disposait aussi de services 3615 BAC96 et BAC97 non interactifs* ».

57. Le C.T.A a rendu le même jour un avis favorable à l'attribution du code 3615 BAC95 à la société Médiaprogrès, estimant « *qu'eu égard à la nature du service envisagé, ce code revêt une originalité suffisante* », à la suite de quoi France Télécom a réattribué le code à ladite société. Il ne peut cependant être soutenu que l'erreur d'appréciation de France Télécom sur le caractère générique de ces codes servirait de support à une pratique visant à favoriser la société Médiaprogrès ou une autre au détriment des sociétés du groupe Iliad, la solution retenue par France Télécom résultant directement des avis de C.T.A.
58. Le code 3615 BAC96, initialement attribué à la société M.A. Editions a été résilié le 25 octobre 1995, après avis en ce sens du C.T.A. en date du 2 octobre 1995, au motif que cette société ne respectait pas le contrat Télétel en proposant avec ce code un service de messagerie conviviale. France Télécom l'a ensuite refusé à Médiaprogrès sur la base de l'article 4-2 du contrat Télétel qui stipule qu'un code ayant fait l'objet d'une résiliation ne peut être réattribué avant qu'un délai de deux ans ne se soit écoulé. Cette analyse a été confirmée par le C.T.A. dans un avis rendu le 18 mars 1996.
59. Médiaprogrès a ensuite demandé le code 3617 BAC96 en s'appuyant sur un jugement du tribunal de commerce de Lyon en date du 19 mai 1995 qui avait interdit à M.A. Editions de faire usage du mot BAC suivi d'une année et dénoncé « *l'acte patent de parasitisme* » de la société M.A. Editions. France Télécom a accédé à cette demande le 21 mai 1996. France Télécom a de même attribué le code 3615 BAC2000 à Médiaprogrès en juin 1996. A la suite d'une action en référé de la société M.A Editions, le TGI de Paris a toutefois, par ordonnance en date du 8 juillet 1996, ordonné à France Télécom de suspendre le service 3617 BAC 96 exploité par Médiaprogrès.
60. La saisissante fait valoir que France Télécom n'a résilié ce code que le 25 octobre 1996. Toutefois, France Télécom explique qu'elle a bien procédé au décâblage du code le 8 juillet 1996 mais que pour des raisons techniques indépendantes de sa volonté, le code a continué à être accessible sur une partie du territoire. En tout état de cause, ces quelques mois de retard, constatés sur une partie du territoire, ne peuvent à eux seuls démontrer le caractère discriminatoire de la gestion des codes par France Télécom, en faveur de Médiaprogrès.
61. Quant aux codes 3615 BAC97 et 3615 BAC98, France Télécom affirme dans ses observations, sans être contredite, qu'ils n'ont pas été réattribués après leur résiliation.
62. France Télécom a refusé d'autres codes au motif qu'ils étaient génériques. Elle a ainsi refusé les codes BACA, B, D, E, F et G à la société Vox Communication le 5 mai 1994. Elle a aussi refusé le code BACD à M.A Editions en juin 1994 pour les mêmes raisons. A la suite de la réforme du baccalauréat devenue effective pour la cession de 1995, France Télécom a considéré que la nouvelle nomenclature (BAC L, BAC S, BAC ES) était générique et a refusé le code BAC S à Vox Communication, dès le 5 mai 1994, et à M.A Editions, dès le 22 juin 1994. Aucun élément au dossier ne permet de démontrer que ces refus ont un caractère discriminatoire.
63. Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que France Télécom ait enfreint l'article L. 420-2 du code de commerce.

DÉCISION

Article : Il n'est pas établi que France Télécom ait enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Mme García-Rosado, par M. Nasse, vice-président président la séance et MM. Piot, Honorat et Combe, membres.

La secrétaire de séance,
Rita Sougoumarane

Le vice-président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence