

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 98-MC-03 du 19 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 22 avril 1998 sous les numéros F 1041 et M 213, par laquelle l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom et par l'AFOPT ;

Vu l'avis n° 98-341 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 13 mai 1998, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société France Télécom et de l'AFOPT entendus ;

Sur la saisine au fond

Considérant que l'AFOPT, association régie par la loi de 1901 qui regroupe les entreprises Société française de radiotéléphonie (SFR), Bouygues Télécom, Société française de transmission de données par radio (TDR), Infomobile, Société réunionnaise du radiotéléphone, Colt télécommunications France, Cegetel entreprises et 9 Télécom, a saisi le Conseil de la concurrence par lettre du 22 avril 1998 de la décision n° 97-201 E de France Télécom du 19 janvier 1998 concernant l'accès des écoles et des établissements scolaires à Internet ; qu'elle soutient que cette offre serait contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome et qu'il en résulterait " *un puissant effet d'exclusion des concurrents de France Télécom nouveaux entrants sur le marché* " ; que, par voie de conséquence, elle demande au Conseil d'enjoindre à France Télécom, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance, de suspendre son offre tarifaire ;

Considérant que, par la décision n° 97-201 E du 19 janvier 1998, France Télécom propose une offre de service, disponible sur l'ensemble du territoire, permettant aux écoles et aux établissements scolaires publics ou privés sous contrat d'accéder directement à leurs fournisseurs de services en ligne et à Internet ; que si le fournisseur de service en ligne utilise ses propres moyens pour accéder à Internet, une réduction de 15 % est faite sur les tarifs

forfaitaires ; que le forfait annuel du service accessible par Numéris, sur la base de 1 900 heures par an (10 heures par jour, 190 jours par an) s'élève à 5 800 francs TTC pour les établissements ayant un parc n'excédant pas 10 micro-ordinateurs connectables, 8 000 francs TTC jusqu'à 15 micro-ordinateurs et 4 000 francs TTC supplémentaires par tranche de 1 à 5 micro-ordinateurs, jusqu'à 30 micro-ordinateurs pour les collèges ou les écoles et 60 pour les lycées ; que le forfait annuel du service accessible par le réseau téléphonique commuté, sur la base de 380 heures par an (2 heures par jour, 190 jours par an) s'élève à 3 200 francs TTC et n'est pas cumulable avec les autres options tarifaires ;

Considérant que France Télécom a soumis la décision tarifaire n° 97-201 E à l'homologation des ministres chargés des télécommunications et de l'économie en se fondant sur les dispositions de l'article 17 de son cahier des charges, approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 ; que cette décision tarifaire a fait l'objet d'un avis défavorable de l'Autorité de régulation des télécommunications le 11 mars 1998 ; que le secrétaire d'Etat à l'industrie a homologué la décision tarifaire le 13 mars 1998 en limitant, d'une part, cette homologation à une période de trois ans, souhaitant pouvoir disposer d'un bilan de sa mise en oeuvre à l'issue de la première année, et en précisant, d'autre part, que les contrats souscrits dans le cadre de cette offre ne comporteront pas de clause de pénalités en cas de cessation du service à la demande de l'utilisateur avant le terme prévu ;

En ce qui concerne la compétence du Conseil,

Considérant que la société France Télécom soutient que la saisine de l'AFOPT serait irrecevable au motif que la décision ministérielle d'homologation constituerait un acte réglementaire de fixation tarifaire non détachable de l'offre tarifaire de France Télécom ; que le commissaire du Gouvernement fait valoir également que l'homologation de la décision tarifaire constitue un acte administratif pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et que la décision tarifaire de France Télécom et sa mise en oeuvre sont indétachables de cet acte d'homologation ;

Mais considérant, en premier lieu, que si l'homologation ministérielle constitue une décision de nature administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative, elle n'a pas pour effet de conférer aux décisions prises par une personne de droit privé, dans ses relations avec ses clients dans un secteur concurrentiel, le caractère d'acte administratif ; qu'ainsi le Conseil d'Etat a rejeté, comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, la requête dirigée contre une décision tarifaire du directeur de la Société auxiliaire pour les transports d'approvisionnement de la région parisienne, en considérant que " *la circonstance que ce tarif avait été approuvé par le commissaire du Gouvernement près de ladite société n'avait pas été de nature à conférer à la décision susmentionnée, prise par le directeur général d'une société professionnelle régie par la loi du 17 novembre 1943, le caractère d'un règlement administratif* " (CE, sieur Basseix, 18 juin 1954) ; que le Tribunal des conflits a décidé, en ce qui concerne les règlements établis par la Société nationale des chemins de fer français pour déterminer les régimes de retraite de son personnel, que " *l'homologation qui est leur donnée par le ministre des Travaux publics en vertu du pouvoir de contrôle reconnu à ce dernier par la loi ne saurait leur conférer (le) caractère (d'actes administratifs)* " (TC, sieur Rolland c/ SNCF, 12 juin 1961) ;

Considérant, en second lieu, qu'il est constant que les pratiques dénoncées portent sur les tarifs de France Télécom relatifs à l'accès à Internet par les écoles et les établissements scolaires publics ou privés sous contrat ; que, par là même, la société France Télécom propose une offre de service moyennant un prix relevant d'une activité de production, de distribution et de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, offre à laquelle s'appliquent les règles définies par ladite ordonnance ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des pratiques tarifaires dénoncées ;

En ce qui concerne les pratiques dénoncées,

Considérant que l'offre d'accès d'un abonné à Internet s'appuie sur trois prestations techniques distinctes ; que la première de ces prestations constitue l'acheminement de la communication de l'abonné jusqu'au point d'entrée d'un réseau de transport de données (segment 1) ; que cette liaison est effectuée principalement par le réseau public commuté, mais aussi par quelques réseaux locaux, principalement les réseaux câblés et quelques boucles locales alternatives sur une partie limitée du territoire ; que la deuxième prestation constitue le transport de données entre le réseau local et le fournisseur d'accès au réseau Internet (FAI) (segment 2), qui choisit le transporteur de données pour que l'abonné n'ait à payer qu'une communication locale pour accéder à Internet ; que les principaux modes de transport en concurrence sont l'offre " *kiosque micro* " de France Télécom et sa filiale à 100 % Transpac, ainsi que les offres des sociétés Siris et Softway ; que la troisième de ces prestations est constituée par l'accès au réseau Internet vers le FAI (segment 3) ; que ce dernier perçoit à cette fin un abonnement mensuel de l'abonné ; que les sept principaux FAI nationaux destinés au grand public sont Wanadoo (France Télécom Interactive) (21 %), AOL (16 %), Club Internet (11 %), CompuServe (10 %), Havas-on-Line (7 %), Infonie (5 %) et MSN (4 %) ;

Considérant qu'en l'espèce il résulte de la décision tarifaire n° 97-201 E du 19 janvier 1998 que France Télécom a fait une offre groupée, comportant soit l'acheminement local de la communication de l'abonné, le transport de données et l'accès à Internet, concernant les segments 1, 2 et 3, soit seulement l'acheminement de la communication de l'abonné et le transport de données auprès des établissements scolaires, concernant les seuls segments 1 et 2 ; que la prestation concernant le segment 3 offerte par France Télécom dans la première branche de l'alternative ne correspond pas à la prestation complète fournie par un fournisseur d'accès à Internet, prestation qui comprend ordinairement non seulement la mise à disposition de capacités d'accès à ce réseau, ce que contient l'offre de France Télécom, mais également celle de services supplémentaires par un serveur, prestation qui n'y est pas incluse ; que, toutefois, il est constant que France Télécom serait à même de proposer également aux établissements scolaires qui souhaiteraient choisir un serveur la prestation de France Télécom Interactive (Wanadoo) ;

Considérant que l'offre ainsi proposée lie explicitement au moins le segment de l'acheminement de la communication de l'abonné (segment 1) et celui du transport de données (segment 2) ; que le forfait annuel du service accessible par Numéris correspondant à la prestation concernant les segments 1, 2 et 3, sur la base de 1 900 heures maximales de connexion par an, s'élève à 5 800 francs TTC ou 8 000 francs TTC selon le parc de micro-ordinateurs connectables, tarif assorti d'une réduction forfaitaire de 15 % en cas d'utilisation de moyens dont le ministère de l'éducation nationale dispose pour accéder au réseau Internet (segment 3) ;

Considérant que l'AFOPT soutient, en premier lieu, que le fait pour France Télécom de grouper l'offre portant sur les segments 1, 2 et 3 et, en tout état de cause, de grouper l'offre portant sur les segments 1 et 2 constitue de sa part un abus au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome, en raison de la position dominante que la société France Télécom détiendrait sur le réseau de télécommunications local (segment 1) et sur celui du transport de données (segment 2) ; qu'elle soutient, en deuxième lieu, " *que le niveau des tarifs proposés par France Télécom est tel qu'il exclut toute offre concurrente dans des conditions économiques acceptables* " dès lors que ces concurrents disposant d'un réseau longue

distance permettant le transport de données (segment 2) devraient s'interconnecter au réseau de France Télécom et que, d'une part, il n'existe pas d'offre d'interconnexion spécifique de France Télécom pour l'accès à Internet des établissements scolaires et que, d'autre part, l'offre tarifaire d'interconnexion " *standard* " de France Télécom est supérieure au forfait proposé aux établissements scolaires par cette dernière pour une prestation couvrant l'ensemble des trois segments ; qu'elle soutient, enfin, que l'offre limitée aux segments 1 et 2, assortie d'une réduction tarifaire de 15 % sur l'ensemble de l'offre, serait " *purement illusoire* ", car un fournisseur d'accès à Internet concurrent ne pourrait proposer une offre sur le segment 3 à un prix aussi compétitif que celui de France Télécom eu égard au parc de micro-ordinateurs maximal connecté (15 % de 5 800 francs TTC, soit 870 francs TTC pour 10 micro-ordinateurs connectés) ; que cette offre de France Télécom pour les segments 1 et 2 entraînerait ainsi une forte augmentation des tarifs du fournisseur d'accès à Internet et serait plus complexe à gérer par les établissements scolaires concernés ;

Considérant, en premier lieu, que les abonnés peuvent être reliés au transporteur de données (segment 1) soit par le réseau public commuté de France Télécom, soit par un réseau câblé équipé pour les services de télécommunications ; que, dans son avis n° 98-180 du 11 mars 1998, l'ART a estimé qu' " *aujourd'hui, il n'existe de boucles locales alternatives que sur une partie limitée du territoire* " et qu' " *il apparaît que le segment 1 (...) ne connaît pas à ce jour une concurrence effective. France Télécom y détient une position dominante, voire de quasi-monopole* " ;

Considérant, en second lieu, que l'offre tarifaire de France Télécom à ces établissements est comprise entre 5 800 et 8 000 francs TTC pour 1 900 heures de connexion maximale par an par Numéris ; qu'il ressort des éléments communiqués par l'ART, sur la base des prévisions des coûts moyens de France Télécom pour les années 1998 à 2000, que, pour un concurrent de France Télécom, le coût moyen complet de l'utilisation pendant 1 900 heures d'un accès Numéris par le " *commutateur local* " de France Télécom s'élève à 9 080 francs TTC par an (segment 1) ; que, sur la base des tarifs d'interconnexion de " *simple transit* " qui figurent au catalogue de France Télécom pour 1998, le coût de l'acheminement de la communication de l'abonné à Internet s'élève, pour 1 900 heures, à environ 19 300 francs TTC, pour un opérateur concurrent disposant d'un réseau longue distance de transport de données qui s'interconnecterait au " *commutateur régional* " de France Télécom ; que l'utilisation du service " *kiosque micro* " de France Télécom par un fournisseur d'accès à Internet lui reviendrait à 15 878 francs TTC par an, coût qui n'intègre pas celui des communications locales des établissements scolaires ; que, si les conditions d'interconnexion applicables par France Télécom aux communications à destination des numéros spéciaux, y compris les numéros d'accès à Internet, ne sont pas encore fixées, il a été avancé en séance que ce tarif, qui fait l'objet de négociations bilatérales entre la société France Télécom et les autres opérateurs, serait encore plus élevé que les tarifs du catalogue " *standard* " de la société France Télécom, ce qui n'a pas été démenti par le représentant de cette dernière ; qu'ainsi, le tarif d'interconnexion des concurrents de France Télécom offert par cette entreprise à ses concurrents sur le segment 1 est au moins supérieur de plus de 60 % au forfait global proposé aux établissements scolaires pour les segments 1, 2 et 3 ;

Considérant que la société France Télécom conteste les conditions de ce calcul et le caractère du tarif qui en résulte, d'une part, en faisant valoir que le forfait a été demandé par le ministère de l'éducation nationale, comme le préciserait le document publié par ce ministère intitulé *Les nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'enseignement* et, d'autre part, en soutenant que son tarif ne devrait pas être apprécié en fonction de la durée totale du forfait, mais de la durée réelle observée, qui ne devrait pas excéder 40 % du nombre d'heures du forfait (soit 760 heures par an), en se fondant sur les constatations réalisées dans 87 établissements pilotes (380 heures par an en moyenne) ;

Mais considérant, en premier lieu, que la circonstance, à la supposer établie, que le ministère de l'éducation nationale ait fixé le principe du forfait ne saurait en tout état de cause justifier que la proposition tarifaire de France Télécom interdise, compte tenu des coûts d'interconnexion à sa boucle locale pour ses concurrents, toute possibilité de concurrence effective ; qu'au surplus, il est constant que, par un communiqué de presse en date du 20 mars 1998, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le secrétaire d'Etat à l'industrie ont indiqué qu'ils souhaitent " *que le mouvement ne s'arrête pas là et que le service public de l'Education puisse bénéficier pleinement des effets de la concurrence et de l'innovation technologique* " ;

Considérant, en second lieu, qu'il est constant que l'offre de France Télécom établie sur la base d'un forfait de 1 900 heures par an permet aux établissements scolaires de bénéficier des conditions financières de cette offre jusqu'à ce plafond horaire ; qu'il résulte, en outre, des données relevées dans des établissements expérimentaux de Picardie que 8 % d'entre eux se sont connectés à Internet entre 5 et 10 heures par jour, soit entre 950 et 1 900 heures par an, et 38 % d'entre eux entre deux et cinq heures par jour, soit entre 180 heures à 950 heures par an ; qu'enfin, les représentants de France Télécom n'ont pas nié que l'offre faite aux établissements scolaires qui utiliseraient la faculté qui leur est donnée de consommer l'intégralité du forfait pourrait revêtir un caractère prédateur ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que la mise en oeuvre de la décision tarifaire dénoncée puisse entrer dans le champ d'application des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et des articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté européenne ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant que l'AFOPT fait valoir que les contrats entre les établissements scolaires et France Télécom vont être signés à brève échéance ; que le programme d'action gouvernemental *Préparer l'entrée de la France dans la société de l'inform@tion* dispose que " *chaque école, collège, lycée organisera avant l'été 1998 un dialogue à l'occasion du conseil d'école ou du conseil d'administration, afin de discuter de ses choix de mise en réseau et d'équipement (...)* " ; que des exemples étrangers, notamment en Allemagne et en Suède, démontreraient qu'une fois que l'opérateur historique a acquis 50 % de la fourniture d'accès à Internet, cette position devient irréversible pour les autres fournisseurs d'accès ; que les utilisateurs restent fidèles à leur premier fournisseur d'accès, d'autant plus qu'ils sont novices ; que les technologies de l'information sont en très forte croissance ; qu'enfin, l'offre de France Télécom est susceptible d'évincer ses concurrents non seulement sur le segment 3 de la fourniture d'accès à Internet, mais aussi sur le segment 2 de la transmission de données ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires " ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante " ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre " doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence " ; que la mise en oeuvre de ce texte suppose la constatation de faits constitutifs de troubles illicites auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder ou susceptibles de causer un préjudice imminent et certain au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques ou encore aux consommateurs, préjudice qu'il faudrait alors prévenir, dans l'attente d'une décision au fond ;

Considérant, en premier lieu, que l'offre de France Télécom s'adresse aux établissements scolaires publics ou privés sous contrat, au nombre de plus de 70 000 ; qu'ainsi, cette offre est destinée à permettre à un très grand

nombre d'élèves scolarisés de s'initier aux technologies de l'information et de la communication ; qu'en n'ayant pas établi une offre d'interconnexion non discriminatoire pour l'accès à Internet des établissements scolaires, France Télécom interdit dans les faits aux opérateurs longue distance de présenter des offres concurrentes de la sienne dans des conditions économiquement acceptables ; qu'au moment où le secteur des télécommunications s'ouvre à la concurrence et où l'émergence de cette concurrence suppose le respect scrupuleux par l'ensemble des opérateurs et notamment par l'opérateur historique disposant d'une position dominante sur la boucle locale au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome, et alors que ce secteur est susceptible de connaître un essor important et durable, notamment grâce à la familiarisation des élèves aux techniques de communication, cette stratégie d'exclusion revêt un caractère de gravité particulier ; que la circonstance invoquée par France Télécom selon laquelle la pratique ne saurait être considérée comme impliquant un danger grave à l'économie du secteur dès lors que les établissements scolaires pourraient interrompre leur contrat sans pénalité à tout moment ne saurait être retenue ; qu'en effet, il y a lieu de craindre, en se fondant notamment sur les expériences étrangères, que les établissements ayant initialement contracté avec France Télécom seront peu enclins à s'adresser à un autre transporteur de données compte tenu de la complexité administrative et des aléas techniques auxquels ils pourront redouter d'avoir à faire face ; qu'en outre le développement de solutions alternatives par la mise à niveau des réseaux câblés, mise à niveau réalisée par France Télécom lorsqu'il est l'opérateur technique de ces réseaux, ne sera possible que là où ces réseaux existent et s'étalera dans le temps ; qu'enfin, les concurrents de France Télécom ne pourront présenter d'offres alternatives utilisant le réseau public commuté que lorsque France Télécom aura établi une offre non discriminatoire d'interconnexion pour l'accès à Internet des établissements scolaires ;

Considérant, en second lieu, que le *Programme d'action gouvernemental* prévoit que l'organisation d'un dialogue à l'occasion des conseils d'administration des établissements scolaires pour discuter des choix de mise en réseau et d'équipement doit s'engager " *avant l'été 1998* " ; qu'en l'absence d'une offre non discriminatoire d'interconnexion à la boucle locale de France Télécom pour l'accès à Internet des établissements scolaires, la discussion de ces choix ne peut s'engager pour la quasi-totalité des établissements que sur la base de la proposition de France Télécom ; que par ailleurs si, comme elle le soutient, l'équipement et la connexion de tous les établissements n'interviendra pas avant la rentrée de 1998, le *Programme d'action gouvernemental* précise cependant que l'objectif est d'équiper et de connecter les 70 000 établissements scolaires d'ici l'an 2000 ; qu'il y a lieu, pour apprécier le caractère immédiat de l'atteinte portée à la concurrence dans le secteur concerné, de tenir compte, eu égard à ce calendrier, des délais de nature technique et administrative nécessaires à la mise en place de l'accès à Internet dans les établissements scolaires ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate au secteur de la transmission de données par voie de télécommunications, nécessitant l'adoption de mesures d'urgence propres à faire disparaître le trouble grave qu'elle provoque ; que, par suite, il y a lieu d'enjoindre à France Télécom de suspendre l'application de la décision tarifaire 97-201 E du 19 janvier 1998, jusqu'à ce que cette société propose aux opérateurs longue distance une offre tarifaire spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau de télécommunications local pour l'accès à Internet des écoles et des établissements scolaires publics et privés sous contrat,

Décide

Article unique - Il est enjoint à la société France Télécom de suspendre l'application de la décision tarifaire n° 97-201 E du 19 janvier 1998 concernant l'accès aux écoles et aux établissements scolaires publics et privés sous contrat à Internet, jusqu'à ce que cette société propose aux opérateurs longue distance une offre tarifaire

spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau de télécommunications local pour l'accès à Internet des établissements scolaires.

Délibéré, sur le rapport de M. Bernard Lavergne, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mme Boutard Labarde, MM. Robin et Rocca, membres.

Le rapporteur général,

Marie PICARD

Le président,

Charles BARBEAU