

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 99-MC-11 du 21 décembre 1999

relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés AOL Compuserve France et Cegetel

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 16 novembre 1999 sous les numéros F 1182 et M 248, par laquelle les sociétés AOL Compuserve France et Cegetel ont saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont 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 le commissaire du Gouvernement ;

Vu l'avis n° 99-1080 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 17 décembre 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés AOL Compuserve France, Cegetel et France Télécom entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

I. - Sur la saisine au fond

Considérant que France Télécom Interactive a lancé le 1^{er} novembre 1999 une offre d'accès à Internet nommée " Les Intégrales ", qui possède la particularité de regrouper la fourniture d'accès à Internet et un forfait d'heures de communication téléphoniques, soit trois heures de télécommunications pour 39 francs TTC par mois, dix heures pour 99 francs ou 18 heures pour 159 francs ; que cette offre comprend l'accès à Internet et les communications téléphoniques quelle que soit l'heure d'appel (heures creuses ou heures pleines), l'accès à tous les services de France Télécom en matière d'Internet (services " Wanadoo "), cinq adresses électroniques (e-mails), quinze Mo d'espace pour l'hébergement d'un site personnel, une assistance téléphonique 7 jours sur 7 (hors coût des communications téléphoniques) et l'accès par Numéris sans supplément ; que l'heure supplémentaire est facturée 18 francs ; que, pour toute souscription avant le

31 décembre 1999, les heures des forfaits dix heures ou 18 heures sont doublées pendant six mois, portant ainsi les tarifs à 20 heures pour 99 francs et à 36 heures pour 159 francs ;

Considérant que les sociétés AOL Compuserve France (AOL) et Cegetel soutiennent que, en proposant aux utilisateurs d'Internet une offre tarifaire regroupant l'accès à Internet et les communications téléphoniques concernées, France Télécom abuse de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la boucle locale et sur celui du transport de données, pour développer la position de sa filiale France Télécom Interactive (FTI) sur le marché aval de la fourniture d'accès à Internet ; que cette offre constituerait, selon les sociétés saisissantes, une remise couplée, incitant les utilisateurs d'Internet, dans leur grande majorité clients de France Télécom pour les communications téléphoniques, à choisir France Télécom comme fournisseur d'accès à Internet, pour pouvoir bénéficier de prix attractifs sur les communications téléphoniques associées ; que Cegetel et AOL soutiennent de plus que les prix de l'offre " Les Intégrales " seraient prédateurs ; qu'elles affirment en outre que les concurrents de France Télécom sur le marché de la fourniture d'accès à Internet ne seraient pas en mesure de faire une offre similaire dans des conditions économiquement acceptables, compte tenu du caractère abusivement élevé des tarifs d'interconnexion fixés par France Télécom pour l'accès à son réseau local ;

Considérant que l'accès d'un abonné à Internet s'appuie sur trois prestations techniques distinctes, l'acheminement de la communication de l'abonné jusqu'à un point d'entrée d'un réseau de transport de données ou réseau de transport IP (segment 1), le transport de données entre le réseau local et le fournisseur d'accès à Internet (FAI) (segment 2) et l'accès au réseau Internet vers le FAI (segment 3) ; que les marchés de l'accès à Internet des particuliers se distinguent de ceux de l'accès des entreprises par les services proposés et les capacités requises ; que l'offre " Les Intégrales " de France Télécom s'adressant au grand public, seuls les marchés de l'accès au grand public sont ici concernés ;

Considérant que, 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 ; que 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 ; que 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 ; qu'en conséquence, la boucle locale du réseau téléphonique commuté de France Télécom reste à ce jour le point de passage quasi obligé pour l'accès à Internet du grand public ; que l'ART a estimé dans son avis n°99-1080 du 14 décembre 1999 que France Télécom se trouvait encore actuellement en situation de quasi monopole sur la boucle locale ;

Considérant que le tarif de base des communications locales est de 0,28 franc TTC par minute en heures pleines (de 8 heures à 19 heures du lundi au vendredi) et de 0,14 francs TTC par minute en heures creuses (autres plages horaires et tout le week-end) ; que les trois premières minutes sont dans tous les cas facturées au tarif indivisible de 0,74 franc TTC ; que ce tarif se révélant trop élevé pour l'accès à Internet, qui se caractérise par des durées de communication très longues, France Télécom a élaboré plusieurs options tarifaires réservées aux communications téléphoniques d'accès à Internet qui visent toutes à réduire le coût des télécommunications pour les internautes ; que l'option " Primaliste Internet " permet ainsi de réduire le prix des communications de 50 % par rapport au tarif " heures creuses " pour 10 francs TTC par mois si la

connexion est établie entre 22 heures et 8 heures ; que l'option " Forfait Internet " permet de disposer de 40 heures de communications par bimestre pour 100 francs par mois, pour des connexions établies après 20 heures, le week-end et le mercredi après 14 heures ; que l'option " Numéris Itoo " offre 40 % de réduction sur le tarif " heures creuses " après 19 heures et le week-end ;

Considérant que Transpac, filiale de France Télécom, assure la connexion de la plupart des FAI disposant d'un numéro non géographique accessible au prix d'une communication locale ; que l'augmentation de 24 % du chiffre d'affaires de Transpac en 1998 est due pour une part importante à la croissance du trafic Internet ; que, si d'autres opérateurs proposent des services équivalents (Cegetel/Télécom Développement, Siris, ISDnet, MCI Worlcom), France Télécom est le principal fournisseur de l'ensemble des opérateurs de transports de données IP et des FAI par ses lignes louées, peu de réseaux ayant été développés à ce jour par d'autres opérateurs ;

Considérant que, sur le marché de la fourniture d'accès à Internet, le nombre d'abonnés est passé de 150 000 en septembre 1996 à 1 950 000 en octobre 1999 ; que le nombre d'heures de connexion a atteint 17 millions par mois à la même date ; que le chiffre d'affaires des FAI est estimé par l'ART à 1300 millions de francs pour 1999 ; que les principaux FAI sont : France Télécom Interactive (FTI) avec la marque Wanadoo, AOL, filiale de Cegetel, avec les marques AOL et Compuserve, Grolier Interactive, avec la marque Club Internet ; que France Télécom soutient que l'arrivée sur le marché des fournisseurs d'accès gratuit a eu un impact important sur la répartition du marché depuis la décision rendue le 23 juin 1999 par le Conseil de la concurrence, qui établissait que Wanadoo représentait 44,2 % du marché, AOL/Compuserve, 24%, Club Internet, 18,2 %, et Infonie, 9,7 % , et que la part de marché de Wanadoo serait redescendue à 35 %, que AOL/Compuserve et Club Internet seraient ex aequo avec 14,3 % de pénétration et que les deux fournisseurs d'accès gratuits Libertysurf et Free.fr auraient en quelques mois atteint les 4^{ème} et 5^{ème} positions avec respectivement 5,9 % et 5,3 % de part de marché ;

Considérant que l'intensité de la concurrence que se livrent les principaux FAI apparaît également dans la diversification des offres tarifaires et dans la baisse générale des prix ; que, depuis le début de l'année, le prix des abonnements " classiques ", pour lesquels l'utilisateur souscrit un abonnement auprès d'un FAI et doit payer en plus les communications téléphoniques locales correspondantes, selon la durée de la connexion et les plages horaires concernées, a beaucoup baissé ; que sont apparues d'abord des offres d'abonnements gratuites, dans lesquelles l'utilisateur ne paie plus d'abonnement au FAI, mais continue à supporter le coût des communications locales, puis des offres d'abonnement " tout en un ", intégrant abonnement au FAI et communications téléphoniques locales nécessaires à la connexion, les deux nouvelles formules se traduisant par une baisse considérable des prix ; que, précédant l'offre " Les Intégrales " de France Télécom Interactive, disponible depuis le 1^{er} novembre dernier, était apparues sur le marché, d'une part, une offre de Grolier Interactive (Club Internet), en association avec Kertel et MCI, offrant pour 20 francs TTC par mois plus un abonnement à 77 francs TTC par mois, soit 97 francs TTC par mois, 20 heures de communications Internet, quelle que soit la plage horaire, et, d'autre part, une offre d'Infonie, en association avec Siris, proposant un accès illimité à Internet et 20 heures de communications téléphoniques dédiées à Internet pour un forfait de 99 francs TTC par mois ; que AOL propose depuis le 15 décembre dernier des forfaits " Sérénité ", offrant 10 heures de communications pour 95 francs TTC par mois ou 20 heures de communications pour 155 francs TTC par mois, ces durées étant, à titre promotionnel, doublées pour toute souscription avant le 31 mars 2000 ;

Considérant que France Télécom et FTI constituent, en termes de services d'accès à Internet, une seule et même entité du point de vue de la prise de décisions stratégiques et marketing ; que France Télécom se présente comme la " Net Compagnie " ; que le président de FTI est également le directeur de la division " Multimedia " de la branche " grand public " de France Télécom ; que les services Wanadoo sont distribués par les agences commerciales de France Télécom ; que la publicité est signée France Télécom sans aucune référence à FTI ; que c'est la position de l'ensemble du groupe France Télécom sur les marchés concernés qui doit en conséquence être prise en compte ; que le groupe France Télécom détient une position dominante sur le marché des communications téléphoniques locales et du transport de données IP qui le met potentiellement en mesure d'influencer de façon très significative les données techniques et commerciales qui prévalent sur le marché de la fourniture d'accès à Internet sur lequel il se situe déjà au premier rang ;

Considérant que dans son avis 99-289 rendu le 21 mai 1999 et concernant l'option tarifaire " Forfait Internet " de France Télécom, l'ART a déclaré que le lancement d'offres à prix réduits pour les communications Internet par France Télécom devait s'accompagner de la fourniture par l'opérateur public d'un service d'interconnexion indirecte afin de sauvegarder un développement concurrentiel de l'accès à Internet ; qu'elle a estimé dans ses orientations et appels à commentaires du 31 mai 1999, relatifs à l'accès à Internet par le réseau téléphonique, que ce service d'interconnexion indirecte rendrait possibles des offres de forfaits qui pourraient ainsi concurrencer les forfaits que proposerait France Télécom en permettant aux opérateurs interconnectés de fournir un service entièrement facturé par eux-mêmes ; qu'en attendant l'inscription de ce service au catalogue d'interconnexion pour 2000, l'ART a demandé à France Télécom d'étendre aux communications à destination des numéros non géographiques d'accès à Internet l'offre d'interconnexion indirecte applicable au service téléphonique, figurant à la page 32 du catalogue d'interconnexion 1999, dont le tarif moyen (simple transit) était de 10,2 centimes HT par minute ;

Considérant que c'est sur la base de ces tarifs que AOL et Cegetel aboutissent, compte tenu du profil de consommation moyen des internautes concernés, à un coût d'interconnexion indirecte de 9,93 centimes HT par minute, soit 143 francs TTC pour un opérateur souhaitant inscrire dans son offre 20 heures de communications locales, et dénoncent l'effet de ciseau dont seraient victimes les concurrents de FTI sur le marché de la fourniture d'accès à Internet, du fait du niveau de ce tarif, d'une part, et de la baisse des prix de détail sur ce marché, d'autre part ;

Considérant que, dans ses observations, France Télécom fait valoir qu'en proposant cette offre d'interconnexion à partir de l'été 1999, elle n'a fait que suivre l'avis de l'ART du 31 mai 1999 et que, de plus, c'est grâce à la mise en place de cette offre d'interconnexion indirecte que les concurrents de France Télécom, comme Club Internet et Infonie, ont pu proposer aux utilisateurs des offres " tout en un " à partir de l'automne 1999 ;

Considérant que les plaignantes attirent également l'attention du Conseil sur le fait que le catalogue proposé par France Télécom et négocié avec l'ART pour l'an 2000 prévoit, pour l'interconnexion du trafic Internet, une surtaxe par rapport aux tarifs d'interconnexion pour le trafic téléphonique " voix ", qui aggraverait encore la situation qu'ils dénoncent en 1999 ;

Considérant cependant que l'ART a fait part du fait que le catalogue d'interconnexion 2000 de France Télécom proposerait de nouveaux tarifs pour le trafic Internet, de 7,87 centimes par minute, en baisse par

rapport au tarif appliqué en 1999 ; qu'elle assure que ces tarifs sont orientés vers les coûts ; que, de plus, le niveau de ces tarifs ressort de la compétence de l'ART, soit au titre de l'approbation du catalogue d'interconnexion, imposé à France Télécom du fait de sa désignation en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché au sens de l'article L. 36-7-7° du code des postes et télécommunications, soit au titre de règlements des différents relatifs aux conventions d'interconnexion ; que les décisions de l'ART peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris ;

Considérant que les plaignantes font valoir que, selon l'avis tarifaire n°99-289 rendu le 21 mai 1999 par l'ART et concernant le tarif " forfait Internet " de France Télécom, les coûts marginaux de France Télécom pour 20 heures d'acheminement de données sur la boucle locale sont à eux seuls proches de 100 francs ; qu'elles en déduisent que les prix de l'offre promotionnelle valable jusqu'au 31 décembre sur les forfaits " Les Intégrales " sont inférieurs aux coûts marginaux de fourniture du service et sont donc prédateurs ;

Considérant que, en ce qui concerne les coûts supportés pour la fourniture de ce service, FTI a souscrit à une offre spéciale d'interconnexion lancée par France Télécom il y a quelques mois, l'offre 0860 88 MC DU de collecte IP du trafic régional, dont le coût moyen est estimé par l'ART à 16,2 centimes en moyenne en 1999, compte tenu du profil de consommation de la clientèle cible des Intégrales (répartition entre heures creuses et heures pleines) ; qu'en 2000, la baisse des tarifs d'interconnexion du catalogue 2000 devrait être répercutée sur le prix de cette offre, qui devrait donc être ramené à 13,77 centimes ; que les coûts d'interconnexion sont des coûts variables et que les coûts variables moyens peuvent donc, au minimum, être évalués à 16,2 centimes par minute en 1999 et 13,77 centimes en 2000 ;

Considérant que, selon l'avis de l'ART, ce coût variable minimum pour 2000 n'est plus couvert lorsque la consommation effective des forfaits dépasse 11 heures pour le forfait 10 heures en promotion et 16 heures pour le forfait 18 heures en promotion ; que cette seule circonstance ne suffit pas à établir que France Télécom pratiquerait des prix prédateurs dans le but d'éliminer ses concurrents du marché concerné mais peut en constituer un indice ; qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut donc être exclu que la mise en œuvre de l'offre tarifaire dénoncée constitue une pratique prohibée par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

II. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que Cegetel et AOL soutiennent que les pratiques qu'elles dénoncent portent une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché de l'accès à Internet ; que l'urgence est, selon elles, justifiée par le fait que l'offre de France Télécom est lancée depuis le 1^{er} novembre dernier et tombe dans la période des fêtes de fin d'année, la plus propice aux achats de ce type ; qu'elles assurent que l'offre promotionnelle de France Télécom devrait rencontrer un grand succès et produire ses effets d'éviction vis-à-vis des autres fournisseurs d'accès à Internet jusqu'à la fin du mois de juin 2000, consolidant ainsi les gains de parts de marché de Wanadoo ;

Considérant qu'en conséquence, elles demandent au Conseil de la concurrence :

- en premier lieu, d'enjoindre à France Télécom de proposer aux opérateurs un tarif d'interconnexion indirecte leur permettant de proposer des offres concurrentes dans des conditions économiques acceptables,
- en second lieu, d'enjoindre à France Télécom de suspendre la réduction tarifaire abusive qu'elle réalise à titre promotionnel sur l'offre " Les Intégrales " jusqu'au 31 décembre 1999 ;

qu'elles précisent qu'elles ne demandent pas au Conseil de suspendre l'offre " Les Intégrales " en tant que telle ;

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 " ;

Considérant que, selon AOL et Cegetel, leur concurrent Club Internet aurait gagné 40 000 à 50 000 abonnés depuis septembre grâce à son offre " tout en un ", qui lui a permis de contrer les effets des offres d'accès gratuites ; que Club Internet aurait reconnu que le succès rencontré par son " Forfait transparence " a été tel que les infrastructures de transport de données IP établies avec ses partenaires Kertel et MCI WorldCom se sont avérées sous dimensionnées ; que les sociétés saisissantes se basent sur ce précédent pour prédire que l'offre " Les Intégrales " aura un grand succès ;

Considérant que France Télécom soutient que le succès de sa propre offre se sera pas tel qu'il lui permette de conquérir des parts de marché significatives puisqu'il est soumis à la concurrence d'offres comparables ; qu'elle relève, de plus, que Télécom Développement, filiale du groupe Cegetel spécialisée dans le transport de données, se félicitait le 3 décembre dernier de ses bons résultats, qu'elle attribuait à la forte croissance du trafic Internet ; qu'elle y voit la preuve que son offre " Les Intégrales " n'a pas nui aux concurrents de Transpac ; qu'elle fait valoir que le nombre des nouveaux abonnés Wanadoo s'est élevé au mois de novembre à 88 422 nouveaux clients soit un niveau comparable à celui des mois précédant le lancement de l'offre (85 861 en octobre et 81 461 en septembre), les abonnés au forfait " Les Intégrales " représentant 32 % de l'ensemble ; qu'elle soutient en outre que les ventes du mois de décembre ne devraient pas dépasser 100 000 nouveaux abonnements, toutes formules confondues, soit beaucoup moins que ce qui était espéré pour les fêtes de fin d'année, la perspective du " bug de l'an 2000 " incitant les clients potentiels à reporter leur achat ;

Considérant qu'il n'est pas soutenu que la présence sur le marché du fournisseur d'accès internet AOL France, filiale de deux grands groupes disposant de ressources financières importantes (AOL et Cegetel), soit menacée à court terme ;

Considérant qu'il résulte des débats qui ont eu lieu devant le Conseil que, pendant la mise en oeuvre de la campagne promotionnelle litigieuse, qui s'achève le 31 décembre 1999, 1 100 clients par jour adhèrent à l'offre " Les Intégrales " ; que ce chiffre doit être mis en regard des 1,9 million d'internautes déjà abonnés auprès d'un fournisseur d'accès ; que le marché de la fourniture d'accès à Internet se caractérise par la présence, outre la filiale de France Télécom, de filiales de groupes importants telle AOL France, qui

appartient au groupe Vivendi et compte parmi son actionnariat le groupe américain AOL, numéro 1 mondial d'Internet, et Grolier Interactive, qui est une société du groupe Lagardère, très présent sur les différents marchés des médias ; que, depuis le début de l'année, on constate sur ce marché l'entrée de nouveaux opérateurs, la diversification des offres tarifaires aux utilisateurs, en particulier avec les offres d'accès gratuit, et une tendance générale à la baisse des prix ; que France Télécom fournit les résultats d'une enquête publiée par Netvalue le 19 novembre dernier, montrant que sa part de marché serait tombée de 44,2 % en juin 1999 à 35 % fin octobre 1999 ; que les autres principaux fournisseurs d'accès, AOL/Compuserve et Club Internet, auraient également perdu des parts de marché, et que les nouveaux entrants, proposant un accès gratuit, auraient conquis depuis le début de l'année plus de 10 % du marché ; que, compte tenu de la vivacité de la concurrence sur ce marché et du lancement simultané d'offres d'intérêt comparable pour les utilisateurs, les éléments produits au dossier ne démontrent pas que l'offre promotionnelle sur le forfait " Les Intégrales ", limitée au 31 décembre 1999, a un impact tel qu'elle porte une atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'intérêt des consommateurs ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés AOL et Cegetel doit être rejetée,

Décide :

Article unique : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 248 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Jenny, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,

La présidente,

Sylvie Grando

Marie-Dominique Hagelsteen