



Décision 02-D-40 du 25 juin 2002
relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires
présentées par la société Olitec

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 20 février 2002 sous les numéros 02/0033/F et 02/0034/M, par laquelle la société Olitec a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'avis n° 02-307 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les observations présentées par les sociétés Olitec et France Télécom, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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

Le représentant de la société ECI Telecom entendu conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Considérant que la société Olitec, fabricant d'équipements de connexion à Internet, dénonce les conditions dans lesquelles France Télécom a organisé les procédures de référencement des modems ADSL, qu'elle estime opaques, fondées sur des critères non objectifs et appliquées de manière discriminatoire, et qui auraient eu pour effet de fermer totalement le marché français à la gamme de modems ADSL dont elle a lancé la commercialisation en janvier 2001, au profit de certains de ses concurrents ; qu'elle expose que, faute d'un développement effectif des offres d'opérateurs alternatifs de télécommunications, tant par la voie du dégroupage de la boucle locale que par l'accès à un circuit virtuel permanent, la société France Télécom est, dans la pratique, le seul fournisseur de lignes permettant l'accès à Internet par l'ADSL, soit

directement, soit indirectement par l'intermédiaire de ses filiales ou des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) ;

Considérant que la société Olitec soutient que la société France Télécom aurait abusé de sa position dominante sur le marché des services de télécommunication ADSL en imposant, notamment à travers les clauses de ses contrats Netissimo et IP/ADSL, le raccordement à son réseau des seuls modems qu'elle aurait elle-même référencés sur la base de leur interopérabilité avec les DSLAM équipant son réseau ; qu'elle indique avoir soumissionné à deux appels d'offres organisés par France Télécom, en vue de référencer de nouveaux modems, en mai 2000 puis en juin 2001, mais n'avoir reçu, dans le premier cas, aucune réponse à ses propositions, et avoir vu, dans le second cas, sa candidature rejetée au motif du défaut d'interopérabilité de ses produits avec la version 4.05 du DSLAM de la marque ECI non encore installée à l'époque sur le réseau ; qu'elle fait valoir que, de ce fait, il lui a été impossible d'en connaître les spécifications techniques et qu'elle n'a pu avoir accès au matériel afin d'effectuer les tests nécessaires ; qu'elle soutient encore que la société Sagem, dont le modem répond à l'interopérabilité croisée avec les modems Alcatel et ECI, a donc dû nécessairement avoir connaissance des caractéristiques techniques du DSLAM ECI 4.05 et a été sciemment privilégiée par France Télécom ; qu'elle soutient que les sociétés ECI et Sagem ont ainsi disposé d'avantages leur permettant de prendre une avance décisive sur leurs concurrents dans la commercialisation de modems ADSL interopérables avec les DSLAM ECI ; qu'en conséquence, elle demande au Conseil de prendre des mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du livre IV du code de commerce jusqu'à ce qu'il soit statué au fond ;

Considérant que la société France Télécom rappelle que l'ART a estimé, dans sa décision du 16 novembre 2001 précitée, que, compte tenu de son caractère récent, la technologie de l'ADSL n'est pas complètement normalisée, et qu'il semble prématuré de définir dès à présent le point de terminaison du réseau et d'imposer à France Télécom la publication de spécifications techniques d'interface qui permettraient de garantir, sous réserve que les constructeurs s'y conforment, l'interopérabilité des modems de toutes marques avec les DSLAM du réseau ; que le processus de mise en place de son réseau ADSL depuis 1998 l'a conduite à sélectionner dans un premier temps, par deux appels d'offres lancés en 1998 et 1999, des systèmes ADSL complets, comportant notamment DSLAM et modems, ayant abouti au choix des matériels de marque Alcatel et ECI ; qu'elle a, par la suite, lancé deux nouvelles consultations, le 17 mars 2000 et le 14 juin 2001, afin de diversifier le choix des fournisseurs de modems et de disposer de modems compatibles tant avec les DSLAM Alcatel qu'avec les DSLAM ECI (interopérabilité croisée) ; qu'elle soutient que la société Olitec n'a pas été présélectionnée lors du premier appel d'offres faute d'avoir été en mesure de fournir les échantillons de ses produits dans les délais impartis et que, cette société n'aurait pas non plus été présélectionnée lors du second appel d'offre car sa carte modem ne satisfaisait pas aux tests d'interopérabilité du fait d'un défaut de synchronisation avec le DSLAM ECI en version 4.05 ; qu'elle expose que le règlement de ces appels d'offres comportait l'engagement pour les soumissionnaires de mettre en place, avec les fabricants des DSLAM équipant son réseau, des partenariats permettant de garantir l'interopérabilité de leurs modems avec ces équipements, y compris dans leurs évolutions planifiées, et qu'il ne lui appartient pas d'intervenir dans les relations entre fabricants de modems et de DSLAM ; qu'elle porte à l'attention du Conseil le fait que d'autres candidats, dont les échantillons ont été conçus à Taiwan, n'ont pas eu besoin d'avoir accès à la version 4.05 du DSLAM ECI pour assurer l'interopérabilité de leurs cartes modem, celle-ci étant essentiellement une affaire de compatibilité des

composants utilisés ;

Considérant qu'en raison du caractère accessoire des demandes de mesures conservatoires, l'application de l'article L. 464-1 du code de commerce est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en vertu de l'article L. 462-8 du même code, le Conseil de la concurrence peut rejeter une saisine par une décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

Considérant que la société Olitec ne conteste pas avoir été dans l'incapacité, lors de l'appel d'offres de mai 2000, de fournir les échantillons de ses produits dans les délais requis ; qu'elle ne conteste pas davantage la non-interopérabilité de ses cartes-modem avec la version 4.05 du DSLAM ECI, révélée par les tests effectués lors de l'appel d'offres de juin 2001 ; que, concernant l'appel d'offre de mai 2000, seule la société SAGEM a été référencée, alors que 44 autres candidats avaient répondu à la consultation, dont les sociétés Alcatel et ECI qui avaient remporté les précédentes sélections ; qu'en revanche, en 2001, l'offre de la société SAGEM a été écartée comme incomplète ; que les résultats positifs aux tests d'interopérabilité obtenus par les produits des marques Bewan, Samsung, Efficient Networks et Eicon, lors de l'appel d'offres de juin 2001, montrent que les autres candidats ont pu obtenir des fabricants de DSLAM, des données suffisantes au test de l'interopérabilité de leur matériel avec la nouvelle version 4.05 de DSLAM ECI ; qu'au vu de ces éléments, il n'est pas établi que l'échec de la société Olitec dans les appels d'offres organisés par France Télécom pour le référencement des modems ADSL serait dû à des pratiques discriminatoires ;

Considérant, au surplus, que dans le cadre du règlement d'un différend opposant Liberty Surf, fournisseur d'accès à Internet, et France Télécom, l'ART a rendu, le 16 novembre 2001, un avis n° 01-1112 dans lequel elle a enjoint à France Télécom de mettre en place un dispositif permettant aux FAI d'obtenir le référencement des modems de leur choix, dans le cadre de la fourniture d'un accès ADSL à Internet à leurs clients, après les avoir fait tester et valider, en coopération avec les fabricants concernés et dans le laboratoire indépendant de leur choix, sur la base d'une procédure de test stable, transparente, non-discriminatoire, et suffisamment explicite ; que France Télécom déclare avoir transmis à l'ART, le 19 mars dernier, un avenant au contrat IP/ADSL qui prévoit que les constructeurs de modems peuvent prendre connaissance directement auprès de France Télécom, sans l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès à Internet ou d'un opérateur, des données nécessaires au test de l'interopérabilité de leur matériel avec les DSLAM déployés sur le réseau de France Télécom, avant de démarcher les fournisseurs d'accès à Internet ; que France Télécom déclare que les conditions des contrats IP/ADSL et Netissimo permettent aux modems non référencés par France Télécom d'être néanmoins commercialisés librement et directement sur le marché et que les modems Olitec et Bewan sont, notamment, disponibles dans les réseaux FNAC et Surcouf ; que la société Olitec n'a pas contesté en séance l'information selon laquelle la société Tiscali-Liberty Surf, dont elle avait communiqué en annexe à ses écritures du 19 avril 2002 une commande portant sur dix mille de ses modems et suspendue à la production de résultats de tests, commercialiserait désormais ses packs ADSL avec un modem de marque Olitec ; que, si les modems non référencés ne bénéficient pas, dans le cadre du contrat IP/ADSL des mêmes garanties de qualité de service que les modems référencés, des garanties minimales de qualité de service sont néanmoins prévues ; qu'il

ressort de l'ensemble de ces éléments que ni la sélection par France Télécom dans le cadre de l'un de ses appels d'offres ni même le référencement par France Télécom, ne sont incontournables pour l'accès d'un constructeur au marché des modems ADSL ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les faits dénoncés, tels qu'ils ont été soumis à l'appréciation du Conseil, ne peuvent être considérés comme des indices suffisamment probants de l'existence de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-8 du même code, il y a lieu de rejeter la saisine au fond et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires ;

DÉCIDE

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 02/0033/ F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0034/M est rejetée.

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

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen