



Décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998
relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de la
commercialisation des listes d'abonnés au téléphone

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 17 novembre 1992 sous le numéro F 555 par laquelle la société Filetech a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom ;

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 l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 19 juillet 1993 ;

Vu l'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications du 11 juin 1997 ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence n° 92-MC-11 du 15 décembre 1992 ;

Vu la décision n° 98-DSA-1 du 8 janvier 1998 ;

Vu les observations présentées par la société Filetech, la société France Télécom et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, M. Siouffi, délégué général de l'Union française du marketing direct, entendu conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance et les représentants des sociétés Filetech et France Télécom entendus ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

A.- Le cadre législatif et réglementaire des activités de France Télécom

1. Le statut de France Télécom

Au moment des pratiques dénoncées dans la saisine, France Télécom était une personne morale de droit public créée par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public des postes et télécommunications, placée sous la tutelle du ministre chargé des postes et télécommunications (art. 1^{er}). France Télécom avait pour objet d'assurer " tous services publics de télécommunications dans les relations intérieures et internationales et, en particulier, d'assurer l'accès du service du téléphone à toute personne qui en fait la demande ". Elle avait le monopole de la fourniture du service téléphonique entre points fixes et du service télex (art. 5). Elle avait également pour objet de fournir " dans le respect des règles de la concurrence, tous autres services, installations et réseaux de télécommunications ". En outre, l'exploitant public était habilité à exercer, en France et à l'étranger, " toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à son objet ". A cet effet, il pouvait " créer des filiales et prendre des participations dans des sociétés, groupements, ou organismes ayant un objet connexe ou complémentaire " (art. 7). Enfin, l'article 25 de la loi disposait que les relations de France Télécom avec ses usagers, ses fournisseurs et les tiers sont " régies par le droit commun ".

La loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 a transformé l'établissement public France Télécom en société anonyme de droit privé pour lui conférer une complète autonomie de gestion et la loi n° 96-659 du même jour, relative à la réglementation des télécommunications, consacre la libéralisation totale des

services de téléphonie vocale. France Télécom a perdu le monopole de la fourniture du service téléphonique entre points fixes depuis le 1^{er} janvier 1998.

2. La liste des abonnés et des utilisateurs du téléphone

L'article 4 du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom, applicable au cours de la période examinée, fixe au nombre des " services obligatoires " assurés par l'opérateur public et " ouverts à la concurrence " la publication et la diffusion annuelle d'une ou de plusieurs listes des abonnés au service téléphonique. On désigne communément ces listes sous la dénomination de " pages blanches " et de " pages jaunes " de l'annuaire officiel. L'article D 359 du code des postes et télécommunications prévoit que le titulaire d'un abonnement principal ordinaire et permanent a droit, à ce titre, à un exemplaire de la liste d'abonnés sur laquelle il figure ainsi qu'à ses suppléments éventuels. En sus du service d'annuaire visé à l'article 4, le même cahier des charges prévoit que " France Télécom peut fournir des services d'annuaire électronique associés à ses services de télécommunications et peut également établir et diffuser les annuaires d'autres services de télécommunications " (article 7).

Les abonnés au téléphone peuvent demander à l'opérateur public de ne pas figurer dans les annuaires qu'il édite ou s'opposer à la diffusion et à la commercialisation des informations nominatives les concernant ou bien encore demander à ne pas faire l'objet de démarchage publicitaire effectué par télex ou télécopie. Ils sont alors inscrits en " liste rouge ", " orange " ou " safran ".

a) La " liste rouge "

L'article D 359 du code des postes et télécommunications prévoit que les abonnés peuvent s'opposer à l'inscription de leur nom dans les annuaires moyennant paiement d'un supplément de redevance d'abonnement. Les utilisateurs qui ont exercé cette faculté ne sont inscrits dans aucun annuaire et les informations les concernant détenues par France Télécom ne peuvent faire l'objet d'aucune communication. La liste rouge protège donc l'anonymat des abonnés. Les données relatives à ces abonnés ne sont pas commercialisées.

Le nombre d'abonnés inscrits en liste rouge est passé de 5 306 793 en 1993 à 5 698 232 au 30 mars 1997.

b) La " liste orange "

L'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dispose que : " Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ". Pour l'application de ces dispositions dans le secteur des télécommunications un décret n° 89-738 du 12 octobre 1989 a ajouté un article R10-1 au code des postes et télécommunications. Dans sa rédaction actuelle issue du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990, modifié par le décret n° 94-373 du 6 mai 1994, cet article dispose : " Les personnes *physiques ayant souscrit un abonnement au service du téléphone fixe ou du télex peuvent, en application de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, demander, sans redevance supplémentaire, à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'exploitant public. Est interdit l'usage par quiconque, à des fins commerciales ou de diffusion dans le public, des informations nominatives extraites des dits annuaires concernant les personnes mentionnées à l'alinéa précédent. Toutefois ces informations peuvent être utilisées ou communiquées aux seules fins d'édition des listes d'utilisateurs mentionnés à l'article R 10 "*

L'article 7 du cahier des charges de France Télécom (décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990) prévoit que : " Dans les conditions prévues à l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications, tout abonné peut s'opposer à ce que son nom figure sur les listes commercialisées par France Télécom. France Télécom ne peut commercialiser les informations contenues dans les annuaires que dans le respect des dispositions législatives et réglementaires protégeant l'identité humaine, les libertés individuelles ou publiques et l'intimité de la vie privée ".

Les personnes ayant demandé à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires publics et commercialisées par France Télécom sont inscrites sur une liste dite " liste orange ". Cette liste a été

mise en place dès 1985 mais l'interdiction résultant du deuxième alinéa de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications n'est entrée en vigueur que le 22 janvier 1992.

Dans " la lettre de France Télécom " adressée en décembre 1994 à ses abonnés, l'opérateur public présente le service de la liste orange de la manière suivante : *" L'inscription en liste orange vous permet d'être protégé des sollicitations commerciales ou publicitaires effectuées à partir des fichiers achetés à France Télécom. Vous n'apparaîtrez plus sur ces listes (sauf celles cédées aux autres éditeurs d'annuaires), conformément aux avis favorables de la CNIL. L'inscription en liste orange est gratuite. Vos coordonnées continueront à figurer dans tous nos annuaires (Pages blanches, Pages jaunes, annuaire électronique). "*

Le nombre d'abonnés inscrits sur la liste orange était de 247 558 en 1993, il s'élevait au 30 mars 1997 à 563 199. Ce nombre réduit d'abonnés peut s'expliquer, notamment, par le fait que l'inscription en liste rouge rend superflue l'inscription en liste orange. Au total, le nombre d'abonnés dont France Télécom ne commercialise pas les coordonnées est donc voisin de six millions.

c) La " liste safran "

L'article 10 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social prévoit que : *" Les personnes physiques ou morales peuvent demander à ne pas faire l'objet de démarchage publicitaire effectué par télex ou télécopie en se faisant inscrire dans un fichier public rassemblant les personnes qui ne souhaitent pas recevoir de telles correspondances. L'inscription dans le fichier est gratuite. "* L'article R 10-2 du code des postes et télécommunications prévoit que : *" Les personnes physiques ou morales ayant souscrit un abonnement au service téléphonique ou au service télex peuvent demander à être inscrites, sans redevance supplémentaire, dans le fichier institué par l'article 10 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989. Est interdit le démarchage publicitaire effectué par télex ou télécopie de toute personne inscrite depuis plus de deux mois dans le fichier "*.

Le nombre d'abonnés inscrits dans ce fichier, dénommé " liste safran ", est passé de 14 598 en 1993 à 71 191 au 30 mars 1997.

Les entreprises détentrices de fichiers contenant des numéros de télex ou de télécopie, y compris celles dont les fichiers ont été constitués à partir d'autres sources que celle de l'annuaire, peuvent demander à France Télécom de réaliser le " marquage " de leurs propres fichiers des abonnés inscrits en liste safran afin de respecter la volonté de ces derniers.

b. - Les activités du Service national des annuaires téléphoniques

1. La gestion de la liste des abonnés au téléphone

Le Service national des annuaires téléphoniques (SNAT) qui appartient à la direction des annuaires, elle-même intégrée à la division multimédia de la branche " Grand public " de l'entreprise France Télécom, gère, édite et commercialise les listes d'abonnés au téléphone. Il tient à jour la liste des abonnés sous la forme d'un fichier informatisé national qui comporte diverses informations. Cette " base annuaire " des abonnés contient obligatoirement le nom, le prénom ou l'initiale du prénom, la dénomination commerciale, l'adresse et le numéro de l'abonné au réseau fixe ou mobile. A titre facultatif, elle peut également comporter des mentions complémentaires relatives aux titres, grades, ou fonctions électives ..., à l'adresse (résidence, numéro de voie, localité), à la profession, à la nature du produit de télécommunication (téléphone, télécopie, télex, radiotéléphonie ...), aux codes INSEE, SIREN, SIRET, NAF, aux noms de marque et à l'adresse de messagerie Télétel ou Internet.

La gestion de la base annuaire incombe au SNAT, mais les inscriptions des abonnés au téléphone sont essentiellement effectuées par les 600 agences de France Télécom. Toute modification affectant une ligne téléphonique entraîne l'envoi d'une information vers la base annuaire. 50 000 modifications, en moyenne, sont quotidiennement adressées par les agences à la base annuaire. Les informations relatives aux abonnés ayant demandé leur inscription en liste rouge, orange ou safran sont également saisies par les agences commerciales, lesquelles adressent un courrier au client lui confirmant la prise en compte de sa demande. Elles procèdent à la transmission de l'information vers la base annuaire

qui procède à un " marquage " du fichier annuaire de France Télécom pour permettre, ensuite, de mettre en oeuvre le service rendu afférent à la liste concernée. Cette mise à jour de la base annuaire est réalisée au moins deux fois par mois. La gestion de ces inscriptions est centralisée dans une base unique, qui alimente les différentes " applications de parution " pour les annuaires électronique et imprimés, pour le service des renseignements par opérateurs et aussi pour les bases de commercialisation des fichiers (Marketis et Téladresses).

2. La commercialisation de la liste des abonnés : les services proposés et leur tarification

L'administration des télécommunications commercialise la liste, ou des extraits de liste, des abonnés et des utilisateurs. Mais le cahier des charges de l'opérateur public rappelle que l'entreprise " *ne peut commercialiser les informations contenues dans ses annuaires que dans le respect des dispositions législatives et réglementaires protégeant l'identité humaine, les libertés individuelles ou publiques et l'intimité de la vie privée* ". Deux restrictions réglementaires et une restriction légale limitent la commercialisation par France Télécom des informations contenues dans les listes d'abonnés, il s'agit de la " liste rouge ", de la " liste orange " et de la " liste safran ". L'activité de commercialisation de fichiers par France Télécom s'effectue en conformité avec les avis émis par la CNIL aux termes de ses délibérations n° 83-47 du 5 juillet 1983, n° 85-22 du 18 juin 1985 et n° 91-32 du 7 mai 1991. France Télécom revendique des droits d'auteur sur les annuaires et le fichier de la liste des abonnés au téléphone et des utilisateurs en application de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 et de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985.

Le SNAT commercialise les informations de la liste des abonnés en exécution du " service obligatoire " des annuaires et dans le cadre de ses activités concurrentielles de vente de fichiers, au terme de prestations plus ou moins élaborées, fournies par ses services Marketis et Téladresses.

a) Dans le cadre de la fourniture des annuaires

France Télécom assure la publication et la diffusion d'annuaires imprimés en exécution du service obligatoire, et fournit en outre un service d'annuaire électronique.

L'annuaire électronique qui était un service facultatif au moment des pratiques examinées relève, aujourd'hui, de la mission de service universel de France Télécom, en application du nouvel article L 35-1 du code des P&T (Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications). Il permet la consultation par le public de la liste de l'ensemble des abonnés au service téléphonique. Cette liste n'est pas expurgée des abonnés inscrits sur les listes orange et safran puisque sa vocation n'est pas de permettre la constitution de fichiers.

En application de l'article 5 de son cahier des charges (décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996), France Télécom a l'obligation de mettre à la disposition du public cette liste à " un prix abordable ". Ainsi, la consultation de l'annuaire électronique est gratuite les trois premières minutes et le tarif est de 0,37 F TTC/minute pour les minutes suivantes (Cf. tarif A 3210 du catalogue des prix). La tarification n'est pas établie en fonction des données communiquées mais du temps de consultation.

b) Dans le cadre des activités de vente de fichiers

France Télécom commercialise le fichier des abonnés et des utilisateurs des réseaux publics de télécommunications, sous les marques Téladresses et Marketis.

- Le service Téladresses

Les prestations :

France Télécom indique que, depuis janvier 1985, Téladresses est " le service offrant des possibilités de location d'adresses et des prestations sur mesure liées au traitement des fichiers (validation, restructuration ...) en plus de la mise à disposition ".

Des documents publicitaires présentent le service Téladresses comme le " partenaire " en matière de marketing direct des entreprises. Il se propose d'assurer la promotion des produits, la prospection des

nouveaux clients, le développement des ventes en s'appuyant sur l'exploitation du " 1^{er} fichier de France, celui des abonnés au téléphone de France Télécom, soit : 2,5 millions de professionnels - 18 millions de particuliers ". Les documents publicitaires indiquent que les 45 000 nouvelles coordonnées des particuliers ou d'entreprises enregistrées chaque jour par les 600 agences de France Télécom sont " répercutées en temps réel sur les fichiers Téladresses " ce qui confère à ce service une " fiabilité particulière ".

France Télécom précise que les extraits de listes d'adresses commercialisés ne donnent lieu qu'à des tris correspondant aux classifications autorisées. Cependant, Téladresses est en mesure de mettre en oeuvre de très larges critères de segmentation pour parvenir à sélectionner la clientèle visée par l'opération de marketing : en fonction du lieu de résidence (France entière, régions, départements, localités, voies, etc.), du sexe, du prénom, des titres de civilités, de l'activité professionnelle, de la possession d'un Minitel, mais aussi en fonction d'autres critères de consommation et de comportements, mis en oeuvre au moyen de logiciels de " scoring " protégés par les marques " génotypes coref[®] ", " Téléstyles[®] BCA ".

Ce service propose soit la " mise à disposition " (cession) de fichiers extraits de la base annuaire et réalisés selon les critères spécifiés par l'annonceur, soit leur " location ".

Dans le premier cas, le fichier réalisé par Téladresses est expédié à l'annonceur sur le support de son choix (disquettes, bandes magnétiques, étiquettes, listings...), il peut être utilisé directement une ou plusieurs fois. Dans le second cas, le fichier ne peut être utilisé qu'une seule fois. Il n'est jamais remis au client mais traité directement par France Télécom ou remis à des prestataires agréés (routeur, agence de télémarketing) qui réalisent l'opération pour le compte du client.

Dans un cas comme dans l'autre, les conditions générales de ce service prévoient que " France Télécom est propriétaire du fichier qu'il commercialise, notamment en sa qualité d'auteur et de producteur, en application de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 et de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 ". Un serveur Minitel 3614 code TELAD permet aux clients de procéder eux-mêmes au dénombrement de leurs cibles et de saisir leurs commandes lorsqu'elles portent sur de faibles volumes.

- La tarification de Téladresses :

" La commercialisation des fichiers d'abonnés et d'utilisateurs des réseaux publics de télécommunication " fait l'objet d'une tarification spéciale des services de France Télécom sous une rubrique " L 12 " : " Autres services ". Cette tarification distingue entre la " location " d'adresses pour la réalisation d'un publipostage ou d'un publitélex, et la " cession " de liste avec numéros d'appel téléphoniques ou télex, d'adresses, d'adresses avec numéros d'appel téléphonique ou télex.

En cas de location, le prix facturé est de 0,30 F HT par adresse extraite du fichier alphabétique ou professionnel, qui se décompose, selon France Télécom, en deux éléments : la valeur du copyright de 0,25 F HT et les frais techniques de 0,05 F HT.

Dans le cas de la cession d'informations, le cessionnaire peut utiliser le fichier autant de fois qu'il le souhaite. Le prix du numéro d'appel est facturé 0,60 F HT (0,55 de copyright et 0,05 de frais techniques), le prix de l'adresse est de 0,90 F HT (le tarif ne précise pas la part du copyright et des frais techniques) enfin le prix de l'adresse avec numéro d'appel est facturé 1,20 F HT (le tarif ne précise pas la part du prix correspondant au copyright et aux frais techniques). Peuvent s'ajouter à ces éléments des suppléments de prix pour tris spécifiques conformément à l'article L 122 du tarif.

Il est prévu, à la rubrique L 124 du tarif, des remises quantitatives qui varient de 6 à 50 % en fonction du nombre d'adresses cédées. Ces taux de remise s'appliquent à la seule valeur du copyright des adresses pour les commandes inférieures ou égales à un million d'adresses, ils s'appliquent intégralement sur le tarif de base pour les commandes d'un montant supérieur à un million.

France Télécom indique que le copyright représente la contrepartie de l'utilisation d'un fichier créé, structuré et maintenu à jour en temps réel et que les frais techniques correspondent aux frais qui sont engagés par le SNAT à l'occasion de chaque commande pour l'ouverture du dossier, la sélection des adresses selon les critères demandés et l'édition du fichier sélectionné sur disquette, bande ou étiquette.

- Le service Marketis

A l'occasion de l'examen du décret du 12 octobre 1989 qui a institué la " liste orange ", le Conseil d'Etat aurait demandé à France Télécom de mettre en place un service permettant aux entreprises d'accéder à des listes d'abonnés expurgées de cette " liste orange ". Pour répondre à cette recommandation, France Télécom a conçu le service télématique Marketis mis en service le 17 décembre 1991 après l'avis favorable émis le 7 mai 1991 par la CNIL (délibération n° 91-032).

Les prestations

Marketis est présenté par France Télécom comme le " service en ligne " de commercialisation, pour les besoins de prospection commerciale des entreprises, des adresses des abonnés au téléphone paraissant dans les annuaires de France Télécom. Il met en ligne les coordonnées des abonnés en parution, à l'exclusion de ceux inscrits en liste rouge, en liste orange ou en liste safran.

Le centre d'interrogation informatique Marketis est implanté dans le réseau " Annuaire électronique " sur le " centre d'interrogation multi-applications ", accessible par Télétel 2. Ce centre propose un dialogue spécifique pour la sélection des listes et l'accès aux bases documentaires du réseau de l'annuaire électronique expurgées des coordonnées des abonnés inscrits en listes rouge et orange. Il assure toutes les fonctions de dialogue et de transfert de fichiers : saisies des critères de sélection, recherche dans les bases documentaires, affichage des listes d'adresses sélectionnées. Trois critères de segmentation, seulement, sont proposés aux utilisateurs de ce service : par rubrique professionnelle, par rue pour les plus grandes villes de France, par ordre alphabétique avec possibilité de ciblage sur le prénom combinable avec un tri par rue. Les bases documentaires du réseau annuaire électronique ont fait l'objet de développements spécifiques pour répondre aux besoins de Marketis notamment en ce qui concerne la prise en compte de la liste orange.

Le service est accessible par le réseau Télétel 36.14 suivi du code Marketis. Pour accéder aux listes et les transférer sur son propre équipement terminal, l'utilisateur doit être muni d'une carte pastel. Après contrôle et acceptation de la carte, le client peut formuler sa demande à partir de l'écran d'accueil, en fonction des critères de sélection qui lui sont proposés. Le transfert de fichiers s'effectue en mode " Vidéotex " par l'intermédiaire d'un micro-ordinateur équipé d'un logiciel de chargement de fichiers ou d'un Minitel avec imprimante.

La licence de droit d'usage de ce service prévoit que : " Le service Marketis permet à l'utilisateur d'accéder aux listes ci-dessus définies et de les transférer sur son propre équipement terminal. France Télécom est titulaire des droits d'auteur sur les annuaires officiels et sur le service Marketis. A ce titre, France Télécom accorde à l'utilisateur un droit personnel, incessible et non exclusif du service Marketis et des informations qu'il contient. Ce droit d'usage permet à l'utilisateur : d'accéder aux listes figurant dans le service Marketis ; de sélectionner les informations fournies par le service selon les critères qu'il aura retenus ; de transférer les listes d'informations qui résultent de la sélection opérée sur son propre équipement terminal, aux fins exclusives de réaliser des opérations de publicité directe ou de mettre à jour des fichiers déjà existants, sous réserve des dispositions ci-après. (art.4-1). "

Le transfert de liste consiste à recevoir du serveur Marketis une liste d'adresses élaborée " sans critères de nom complet ", par exemple toutes les adresses d'une localité ou d'une rue. Ce mode de sélection aboutit généralement à des listes assez longues. Il est utilisé lorsque le client souhaite créer de toute pièce un nouveau fichier. A l'opposé, " la mise à jour " consiste, en partant d'un fichier déjà existant, à soumettre au serveur Marketis une requête incluant un nom complet et une localisation géographique afin de vérifier la validité des informations déjà détenues. Pour vérifier un fichier, il convient, par conséquent, de faire une requête pour chaque adresse présente dans le fichier.

" Il est interdit à l'utilisateur : de réaliser à partir des listes transférées des opérations de publicité directe par automates d'appels diffusant des messages préenregistrés ; de transférer à des tiers le droit d'usage qui lui a été accordé, en particulier de vendre, louer, échanger ou prêter à titre onéreux ou gracieux des listes d'informations qu'il aura obtenues. " (art. 4.2). En outre, " l'utilisateur peut, pour ce qui concerne les opérations de traitement des adresses et les travaux de routage : soit les réaliser lui-même avec les équipements informatiques et de routage qui lui sont propres ; soit en confier la réalisation à France Télécom (SNAT) ou à des prestataires choisis sur la liste des entreprises agréées à cet effet par France Télécom " (art. 4.4).

La tarification du service

Le prix du service comprend, d'une part, le coût des communications au tarif Télétel 2 en vigueur ; d'autre part, le coût des adresses transférées, calculé sur la base d'un prix unitaire en vigueur pour cent octets. Le prix de l'adresse facturée par Marketis correspond au tarif A 9310 du catalogue des prix de France Télécom, soit 0,304 F HT et 0,37 F TTC par adresse. Ce prix, à la différence de ceux de Téladresses, n'est pas décomposé par France Télécom en copyright et en frais techniques. Néanmoins la licence de droit d'usage de Marketis prévoit que " France Télécom est titulaire des droits d'auteur sur les annuaires officiels et sur le service Marketis. A ce titre, France Télécom accorde à l'utilisateur un droit personnel, incessible et non exclusif du service Marketis et des informations qu'il contient ". Le prix de 0,37 F prend en compte la valeur du copyright.

Ainsi, en application de ce tarif, l'acquisition par un opérateur des 23 350 000 adresses commercialisables offertes par le service Marketis lui serait facturée au prix de 7 000 000 de francs hors taxes, auquel il conviendrait d'ajouter le prix des 11 675 heures de connexion nécessaires au serveur Minitel, soit 214 820 F HT.

La facturation et le recouvrement des sommes dues sont effectués dans les conditions prévues par le contrat d'abonnement téléphonique (art. 5).

La tarification de ce service est effectuée selon la procédure applicable aux services offerts par l'opérateur public en concurrence conformément aux dispositions des articles 33 et 34 du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990.

Selon France Télécom la différence essentielle entre les prestations proposées par Téladresses et celles proposées par Marketis tient au niveau des prestations fournies à l'occasion de la constitution des fichiers d'adresses cédés :

Marketis offre une formule en self-service, c'est-à-dire que le client, qui doit être équipé du matériel lui permettant la connexion, doit faire lui-même une partie du travail : saisie des adresses en fonction de critères limités de sélection. Ce service, accessible uniquement par Minitel aux possesseurs d'une carte " pastel " France Télécom, permet à une entreprise de transférer sur ses propres équipements informatiques le fichier des abonnés au service téléphonique expurgé de ceux inscrits sur la liste orange et la liste rouge, à des fins de traitement et dans le but d'opérations de marketing direct. Téladresses permet la location ou la cession de fichiers d'adresses et de numéros de téléphone réalisés par la mise en œuvre de très nombreux critères de tris et offre aux entreprises des produits " clé en main " pour des opérations de publipostage et de télémarketing. Le client reçoit directement un fichier sur un support magnétique ou papier. En outre ce service met à la disposition de la clientèle des conseillers en marketing.

Mais, en définitive, Marketis et Téladresses constituent deux offres de commercialisation d'adresses effectuées à partir du même fichier annuaire de France Télécom. Marketis propose uniquement la mise à disposition d'adresses alors que Téladresses propose la location et la mise à disposition d'adresses : le prix de mise à disposition des adresses fournies par Marketis est identique à celui de la location d'adresses offert par Téladresses.

- La liste nationale sur CD ROM avec possibilité d'extraction des adresses

France Télécom met à la disposition des utilisateurs le fichier national des abonnés au téléphone sur support disque compact (CD ROM), assorti d'une carte à mémoire donnant accès à la lecture sur micro-ordinateur des données inscrites sur le disque. Ce disque peut être remis à jour quatre fois par an, au plus. Il est alors vendu au prix de 11 300 F à 28 000 F selon le nombre de postes d'accès autorisés. Il est prévu une possibilité d'extraction des données du fichier sur disque qui s'effectue par lot de 25 000 données " extractibles ", c'est-à-dire expurgées de la liste orange, au prix de 0,60 F par adresse (cf. tarif L 14). L'acquisition de la totalité du fichier par extraction de ce disque coûte environ 14 000 000 F.

- La mise en conformité des fichiers détenus par des tiers avec la liste safran

La mise en conformité d'un fichier externe avec la liste safran est facturée au prix de 500 F lors de la première demande et 250 F lors des suivantes, auxquels il convient d'ajouter la facturation de la déduplication (ou topage) qui s'élève à 30 F pour 1 000 adresses s'il s'agit d'un tri départemental et de 50 F pour 1 000 adresses s'il s'agit d'un tri national.

c. - Le secteur d'activité : le " marketing " direct

Le " marketing ", ou mercatique, regroupe l'ensemble des techniques qui ont pour objet la commercialisation des produits et services. Le " marketing direct " recouvre un ensemble de prestations complexes et peut se définir comme " toute forme de communication et de vente s'adressant directement au client ". Il se différencie des méthodes de publicité commerciale classiques qui font appel aux médias. Le marketing direct sur fichiers ou marketing de bases de données est une forme élaborée de marketing direct qui permet à partir de fichiers d'adresses regroupant un très grand nombre de personnes (souvent plusieurs millions) de créer, par la mise en œuvre de critères de tri appropriés des sous-fichiers plus restreints rassemblant une catégorie de consommateurs adaptée à un segment de marché donné géographiquement délimité. Ces sous-fichiers sont ensuite exploités pour réaliser des opérations de démarchage commercial sous forme de messages ou d'offres personnalisés par voie postale (mailing), par téléphone (phoning) ou par télécopie (faxing). Des opérateurs se sont spécialisés dans la constitution et le négoce de ce type de fichiers. Pour constituer ces fichiers " ciblés " les entreprises spécialisées dans ce type de prestations ont besoin d'accéder à d'importantes bases de données. Certaines exploitent à des fins de marketing leur propre fichier de clientèle, d'autres achètent ces informations à des détenteurs de fichiers, notamment aux gestionnaires de fichiers publics, d'autres enfin et plus récemment constituent ces bases de données par l'envoi de questionnaires.

Les professionnels du secteur distinguent deux catégories de bases de données : les fichiers dits " de comportements " dans la mesure où, en raison de leur mode de constitution sélectif, ils contiennent déjà des informations relatives aux habitudes de consommation des personnes, et les " fichiers dits de compilation " généralement plus volumineux mais pauvres en données comportementales. Les premiers correspondent aux fichiers clientèle de certaines entreprises ou aux " méga-bases " de données comportementales, les seconds comprennent notamment les fichiers publics exhaustifs. Mais, cette distinction traditionnelle tend aujourd'hui à s'estomper, en pratique, dans la mesure où les fichiers de compilation sont susceptibles d'enrichissement et l'ampleur des fichiers dits de comportements ne cesse de s'accroître.

Certains détenteurs de fichiers, qu'ils gèrent pour les nécessités de leur activité commerciale principale ou pour remplir leur mission de service public, exploitent cette ressource sur le marché de la vente de fichiers destinés à la réalisation de marketing direct. Il existe environ 600 propriétaires de fichiers en France. On compte parmi les plus importants : La Redoute, L'Express, Régilist, Yves Rocher... et cinq ou six gestionnaires de fichiers publics : France Télécom, l'INSEE, les chambres de commerce, la Préfecture de police (fichier des cartes grises).

L'annuaire du marketing direct 1992, édité par le groupe ADT, répertorie, sous la rubrique d'activité " fichiers ", 198 entreprises dont une centaine ont pour activité l'analyse et la constitution de fichiers et 152 ont pour activité, à titre exclusif ou non, la location ou la vente de fichiers. Les opérateurs qui interviennent dans ce secteur spécifique peuvent être répartis en trois groupes en fonction de leur développement : les leaders, qui réalisent des chiffres d'affaires compris entre 300 et 500 MF tels Sysmark, Cegedim, Alitek, Basse SA, SIS, les entreprises qui réalisent entre 30 et 60 MF de chiffre d'affaires telle France Télécom, enfin, les petites entreprises qui réalisent moins de 30 MF de chiffre d'affaires comme Filetech (6 MF).

Les courtiers en fichiers vendent des fichiers directement exploitables sans effectuer aucune opération de traitement ; ils n'ont donc pas besoin d'accéder à des bases de données. On en dénombre 130 environ qui traitent approximativement 25 % de la location d'adresses. 35 d'entre eux traitent plus de la moitié des fichiers commercialisés sur le marché.

Le marketing direct est devenu aujourd'hui le deuxième poste de dépenses de communication des entreprises françaises, tous secteurs confondus. La " Documentation française " indique que la publicité (messages dans les grands médias) représente 37 % des dépenses de communication, le marketing direct 31 % dont 14 % pour le mailing, 2 % pour le marketing téléphonique, 12,3 % pour les

éditions publicitaires et 2,4 % pour les prospectus, enfin, la promotion des ventes : 16 %. Le marketing de bases de données (mailing et marketing téléphonique) représenterait donc 16 % du total des dépenses de communication.

En 1995, d'après une étude d'Havas Média du 19 mars 1996, les dépenses publicitaires se sont élevées à 147,7 milliards de francs, dont 45,4 milliards pour le marketing direct. Sur ces 45,4 milliards, 23,6 ont été consacrés au mailing et au marketing téléphonique.

D. - Les pratiques relevées

La société Filetech exerce ses activités dans le secteur du marketing direct. Son activité principale est la constitution de fichiers de prospection destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct. Pour fournir ces prestations de service, elle exploite sa propre base de données qui contient environ 23 millions d'adresses. Cette base est constituée, pour l'essentiel, de l'annuaire des abonnés au téléphone, mis à jour quatre à six fois par an, et est constamment enrichie par des analyses informatiques réalisées notamment par des logiciels dits de "scoring". La société Filetech se procure les informations de la liste des abonnés au téléphone dont elle a besoin par le procédé du "téléchargement" de l'annuaire électronique mis à la disposition de ses abonnés par France Télécom. Le transfert de fichiers par téléchargement s'effectue en mode "Vidéotex" par l'intermédiaire d'un micro-ordinateur équipé d'un logiciel de chargement de fichiers ou d'un Minitel avec imprimante. A seule fin de réaliser cette opération, la société Filetech a souscrit 110 abonnements de lignes téléphoniques auprès de l'opérateur public. Depuis 1992, la totalité des dépenses afférentes au coût du transfert de l'annuaire supporté par la société Filetech s'élève à 4 429 162 F. En 1995, le coût du téléchargement effectué par Filetech s'est élevé à 1 336 400 F, et en 1996 à 1 100 000 F.

L'opérateur public dénonce le caractère déloyal, voire frauduleux, de la pratique du téléchargement ; il considère que la partie saisissante détourne l'annuaire électronique de sa finalité contractuelle pour exploiter librement le contenu de la liste des abonnés au téléphone en fraude de ses droits d'auteur. L'offre de services à laquelle la société Filetech prétend avoir accès, au prix de la consultation de l'annuaire, est disponible sur un autre service télématique, le service Marketis, voire le service Téladresses, dont les tarifs, qui comprennent la perception des droits de reproduction, sont beaucoup plus élevés. L'acquisition par un opérateur des 23 350 000 adresses commercialisables offertes par le service Marketis lui serait facturée au prix de 7 000 000 de francs hors taxes, auquel il conviendrait d'ajouter le prix des 11 675 heures de connexion nécessaires au serveur Minitel, soit 214 820 F HT. France Télécom ne peut, à ce jour, se prévaloir d'aucune décision de justice ayant, sur quelque fondement que ce soit, consacré les droits de propriété intellectuelle qu'elle revendique sur la liste des abonnés au téléphone et qui aurait sanctionné civilement la société Filetech en réparation du préjudice commercial dont elle se plaint. Aujourd'hui, France Télécom entend se prévaloir des dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la protection juridique des bases de données qui a transposé en droit interne la directive communautaire 96/9/CE du 11 mars 1996. Depuis l'entrée en vigueur de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications en 1992, la société Filetech doit, sous peine de sanctions pénales, radier de ses fichiers constitués à partir de la base annuaire le nom des personnes ayant demandé à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'opérateur public, c'est-à-dire de celles qui sont inscrites sur la "liste orange". L'annuaire électronique ne permettant pas l'identification de ces personnes et Filetech ayant poursuivi l'exploitation à des fins de marketing direct de fichiers extraits de l'annuaire électronique non expurgées, cette société et son gérant ont été condamnés par la cour d'appel de Versailles le 2 juillet 1997 pour avoir procédé à un traitement d'informations nominatives concernant des personnes physiques abonnées au téléphone malgré leur opposition fondée sur des motifs légitimes en application des dispositions des articles 26, 41 et 42 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et 226-18 et 226-24 du code pénal.

La société Filetech a saisi le Conseil de la concurrence car elle estime que France Télécom abuse de sa position dominante sur le marché en lui interdisant de continuer à exploiter les ressources de la liste des abonnés au téléphone au prix de la consultation de l'annuaire électronique en l'obligeant à recourir aux services plus onéreux offerts par Marketis ou Téladresses qui commercialisent des listes d'abonnés préalablement expurgées. La société Filetech demande, en conséquence, au Conseil d'enjoindre à France Télécom de lui communiquer le contenu de la liste orange, afin de lui permettre d'expurger ses fichiers, ou d'offrir tout autre service permettant aux opérateurs concurrents de

retrancher de leurs propres fichiers les coordonnées des personnes figurant sur la liste orange ou d'accéder à des fichiers expurgés à un prix raisonnable, c'est-à-dire orienté vers les coûts de la prestation fournie.

France Télécom fait valoir que la communication ou la cession des informations relatives aux abonnés inscrits sur la liste orange, par quelque moyen direct ou indirect que ce soit, lui sont interdites par les dispositions de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications, pris en application de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et par celles de l'article 7 de son cahier des charges adoptées conformément aux délibérations de la CNIL. Elle estime que les conditions dans lesquelles elle met à la disposition des entreprises divers services ayant pour objet la cession à titre onéreux de listes extraites de l'annuaire préalablement expurgées de la liste orange ne portent aucune atteinte à la concurrence.

E. - Les avis de la CNIL et de l'ART

1. L'avis de la CNIL

Conformément aux dispositions de l'article 16 du décret du 29 décembre 1986, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a transmis au Conseil, le 19 juillet 1993, son avis sur la présente saisine.

La Commission indique que l'obligation pour France Télécom de publier des listes d'abonnés confirme le caractère public de fait de ces listes précédemment affirmé dans son avis n° 58-22 du 18 juin 1985 qui relevait déjà : " peuvent être considérés [...] comme du domaine public le nom, le prénom ou l'initiale du prénom, conformément à la circulaire du 5 août 1983, l'adresse et le numéro de téléphone des abonnés ".

Elle constate qu'un certain nombre d'entreprises utilisent depuis longtemps ces listes à des fins commerciales (extractions pour des publipostages ...) et que, lorsque ces listes ne sont pas achetées à France Télécom, plusieurs moyens de récupération sont utilisés, notamment le téléchargement de l'annuaire électronique. Elle note que ces opérations de téléchargement ne sont pas pour l'instant rendues techniquement impossibles, qu'au contraire la présence d'un opérateur de troncature et la généralisation de la recherche par rue facilitent ce téléchargement.

La CNIL relève que la liste des abonnés de France Télécom, de par sa richesse et sa mise à jour, représente pour les annonceurs et les professionnels du marketing direct un outil incomparable et qu'elle s'est prononcée en faveur de la commercialisation de cette liste par France Télécom par délibération n° 83-47 en date du 5 juillet 1983. Elle rappelle que la création de la liste orange a reçu son approbation par délibération n° 85-22 du 18 juin 1985, avant d'être consacrée par le décret n° 89-738 du 12 octobre 1989, et que la mise en place du système Marketis permettant d'accéder au contenu des listes commercialisées par France Télécom expurgées de la liste orange a fait l'objet d'un avis favorable de sa part par délibération n° 91-032 du 7 mai 1991. Aussi, la définition et la réglementation de la liste orange sont telles qu'il n'existe pas sur le marché de produit qui lui soit directement substituable.

La CNIL considère que sa délibération n° 85-22 du 18 juin 1985 n'autorise pas la commercialisation du contenu de la liste orange et que la communication de cette liste à la société Filetech ne pourrait se faire qu'en violation de cette délibération, mais aussi de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications qui ne prévoit que la commercialisation de listes expurgées. En outre, elle fait remarquer que " cette diffusion de listes de personnes ne désirant pas être importunées par diverses sollicitations et son utilisation seraient difficilement contrôlables ".

Enfin, la Commission envisage la possibilité de mettre en place un système comparable à celui de la liste safran pour les télécopieurs prévue à l'article R 10-2 du code des postes et télécommunications qui autorise la déduplication des listes des tiers par l'opérateur public. Mais elle relève que cette solution présenterait l'inconvénient de permettre des reconstitutions partielles de la liste orange par comparaison entre les fichiers avant et après déduplication et qu'en outre, à la différence de la liste orange, la liste safran a été créée par la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et qualifiée de " fichier public ".

2. L'avis de l'ART

En application des dispositions de l'article L 36-10 de la loi n° 96-659 du 29 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunications a transmis au Conseil, le 11 juin 1997, son avis sur la présente saisine.

Elle estime que " les fichiers d'abonnés au service téléphonique pourraient constituer une ressource essentielle pour les entreprises qui souhaitent exercer des opérations de marketing direct, et notamment de télémarketing, et qu'il n'existe pas de produit substituable : le fichier des abonnés du fait des informations contenues et de sa représentativité de la population française constitue une source d'informations inégalée et unique pour les professionnels du secteur du marketing direct ". Elle considère que " la réglementation posée par l'article R 10-1 de code des postes et télécommunications ne permet pas à France Télécom de fournir de façon directe la liste orange, ce qui aurait pour effet de rendre public un fichier de comportements relatif aux personnes hostiles à toute prospection commerciale, que par conséquent, Filetech n'est pas fondée à demander communication de la liste orange, et que cette société ne peut utiliser à des fins commerciales, notamment de marketing direct, des fichiers d'abonnés dans lesquels figurent les personnes inscrites en liste orange ".

Enfin, l'ART est d'avis que les recommandations du nouveau cahier des charges de France Télécom (décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996) qui prévoient que : " Les activités, services et éléments de réseaux utilisés par France Télécom sont valorisés à leur prix de cession externe ou, à défaut, par référence aux prix pratiqués par France Télécom à l'égard des utilisateurs ou des opérateurs qui s'interconnectent à son réseau " n'apparaissent pas respectées ; que France Télécom pourrait avoir abusé de sa position dominante, que cette pratique serait contraire à un principe de non discrimination compte tenu, d'une part, de la position dominante de France Télécom pour la collecte et la commercialisation des données relatives aux abonnés au téléphone, et d'autre part, du caractère concurrentiel du marché " aval " sur lequel interviennent Filetech et France Télécom.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la prescription :

Considérant que France Télécom soutient qu'un délai de plus trois ans s'est écoulé entre la saisine du Conseil par lettre de la société Filetech en date du 17 novembre 1992 et le premier acte d'instruction du dossier accompli par le rapporteur le 21 juin 1996 à l'occasion de l'audition du dirigeant de l'entreprise saisissante, M. Birenbaum, et que, ni la décision rendue par le Conseil le 15 décembre 1992 statuant sur la demande de mesures conservatoires présentée par la société Filetech, ni la demande d'avis adressée par le président du Conseil à la CNIL le 28 mai 1993 et l'avis émis par cette autorité le 15 juillet 1993 n'ont pu interrompre la prescription ;

Mais considérant que la décision du Conseil n° 95-MC-11 en date du 15 décembre 1992, puis la demande d'avis adressée par le président du Conseil à la CNIL sont des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques dénoncées ; qu'en effet si, par sa décision du 15 décembre 1992 le Conseil a rejeté la demande de mesures conservatoires, il a estimé qu'il n'était pas exclu que les faits entrent dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et considéré qu'il y avait bien lieu, en conséquence, de procéder à l'instruction au fond du dossier ; que l'avis de la CNIL a été sollicité sur le fondement des dispositions de l'article 16 du décret du 1^{er} décembre 1986 qui prévoit que " *Le Conseil de la concurrence communique aux autorités administratives énumérées en annexe du présent décret toute saisine entrant dans le champ de leur compétence. Ces autorités administratives disposent d'un délai de deux mois pour faire part de leurs observations éventuelles. Celles-ci sont jointes au dossier* " ; que les saisines de ces autorités afin de recueillir leurs avis et la jonction de ces avis au dossier de la procédure constituent des formalités obligatoires préalables au prononcé de toute décision sur le fond ; que, dans ces conditions, les faits ne sont pas couverts par la prescription prévue par l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et peuvent être valablement qualifiés au regard des dispositions de ladite ordonnance ;

Sur l'étendue de la saisine du Conseil :

Considérant que France Télécom soutient que le Conseil ne peut examiner les pratiques ayant fait l'objet du troisième grief notifié relatif à la mise en œuvre d'une discrimination de prix sur le marché de l'exploitation de fichiers à des fins d'opérations de marketing direct dès lors qu'elles ne sont pas visées dans la saisine de la société Filetech et qu'elles n'ont pas donné lieu à une saisine d'office ; Mais considérant que le Conseil de la concurrence, qui s'est prononcé sur la recevabilité de la saisine de la société Filetech dans sa décision du 15 décembre 1992, est saisi *in rem* et n'est ni lié par les demandes de la partie saisissante, ni par les faits énoncés dans la saisine, ni par les qualifications proposées ; qu'il peut examiner, sans avoir à se saisir d'office en application de l'article 11 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les pratiques anticoncurrentielles relevées au cours de l'instruction dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, ces pratiques concernent les mêmes marchés ou des marchés connexes, sont antérieures à l'acte de saisine, se rattachent aux comportements économiques dénoncés, visent le même objet ou peuvent avoir les mêmes effets ; que le moyen doit être écarté ;

Sur la définition des marchés,

Considérant qu'un marché se définit comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande d'un produit ou d'un service spécifique, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux ;

En ce qui concerne les fichiers de prospection,

Considérant que la réalisation d'opérations de marketing direct par voie postale, par appels téléphoniques, par fax ou télécopie suppose au préalable la constitution de listes de prospects ; que des opérateurs se sont spécialisés dans l'analyse et la constitution de ces fichiers de prospection extraits de bases de données informatisées par la mise en œuvre de techniques statistiques élaborées ; qu'ainsi, la société Filetech propose, parmi d'autres services, " la constitution de fichiers pour mailing, phoning et faxing par extraction sur la base de la quasi-exhaustivité des 27 millions d'adresses de particuliers et d'entreprises " ; qu'elle met en œuvre, pour créer des fichiers ciblés, une combinaison de critères de sélection sociodémographiques, signalétiques, géographiques au moyen de logiciels de " scoring " ; qu'il ressort, par ailleurs, des documents de présentation des services Marketis et Téladresses et des déclarations des responsables du SNAT recueillies au cours de l'instruction que ces services mettent à disposition des fichiers de prospection extraits de la liste exhaustive des abonnés au téléphone par application de nombreux critères de segmentation ;

Considérant que France Télécom soutient qu'elle n'intervient pas sur le même marché que la société Filetech dans la mesure où les fichiers de prospection qu'elle commercialise sous les marques Téladresses et Marketis ne seraient pas aussi " segmentés " ou " enrichis " que ceux de la société Filetech ; qu'il s'agirait de " produits bruts " alors que Filetech propose des " prestations sur mesure " ; que, de plus, les prestations offertes par Marketis et Téladresses " n'utiliseraient pas la totalité de la base annuaire " ;

Mais considérant qu'il ressort d'annonces publicitaires pour les activités de " télémarketing " de France Télécom que : " Pour toucher précisément vos cibles de nombreux critères de segmentations peuvent être combinés entre eux, sur tous les niveaux géographiques " pour parvenir à la constitution d'un " fichier à la carte " ou que : " Pour une précision encore plus grande, les géotypes Coref[®] prennent en compte des critères de consommation et de comportement. Ils permettent de cibler la population la plus proche possible du profil de vos clients " ; que le tarif de France Télécom pour la commercialisation des fichiers d'abonnés et d'utilisateurs des réseaux publics de télécommunication applicable à compter du 1^{er} janvier 1989 prévoit à la rubrique L 122 la liste des prix pour " suppléments pour tris spécifiques " par adresse en fonction de nombreux critères de sélection ; que, plus récemment, France Télécom s'est rapprochée de la société BCA, spécialisée dans le domaine des statistiques, pour enrichir la qualité de ses prestations ; que le préambule du protocole d'accord provisoire signé le 23 avril 1996 avec cet opérateur indique : " Afin de faire face à la concurrence des fichiers de comportement, France Télécom souhaite apporter une qualification de type CSP aux données de son fichier commercialisé sous le nom de Téladresses " ; qu'en outre, France Télécom figure dans l'annuaire du marketing direct édité par l'organisation professionnelle " groupe ADT " en 1992 à la rubrique " analyse et constitution de fichiers, mise à jour de fichiers, location et vente de fichiers " au même titre que la société Filetech et environ 200 autres entreprises françaises et est

affiliée comme la partie saisissante au Syndicat national de la communication directe et au Cercle du marketing direct ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il existe un marché des fichiers de prospection, sur lequel France Télécom et la société Filetech sont en concurrence ;

En ce qui concerne la liste des abonnés et des utilisateurs du téléphone,

Considérant que la liste des abonnés au téléphone présente trois caractéristiques originales ; qu'en premier lieu, elle regroupe l'ensemble des abonnés et des utilisateurs du téléphone, soit plus de 30 millions d'adresses de personnes physiques ou morales représentant 95 % des foyers ; qu'en deuxième lieu, cette liste est mise à jour quasiment en temps réel ; qu'en troisième lieu, elle comporte le " marquage " des abonnés inscrits en liste rouge, orange et safran, chacune de ces listes constituant un sous-fichier de la base annuelle ;

Considérant que la publication et la cession des informations contenues dans l'annuaire sont de nature à favoriser les échanges économiques ayant un lien direct, ou non, avec les activités de télécommunications ; qu'en l'espèce, des liens étroits existent entre le marché de la liste des abonnés au téléphone et celui sur lequel se négocient les fichiers de prospection ; que la CNIL, dans son avis du 15 juillet 1993, souligne, à cet égard, que " La liste des abonnés de France Télécom, de par sa richesse et sa mise à jour, représente pour les annonceurs et les professionnels du marketing direct un outil incomparable " ; que l'Autorité de régulation des télécommunications considère de même que : " Les fichiers d'abonnés au service téléphonique pourraient constituer une ressource essentielle pour les entreprises qui souhaitent exercer des opérations de marketing direct, et notamment de télémarketing et qu'il n'existe pas de produit substituable : le fichier des abonnés du fait des informations contenues et de sa représentativité de la population française constitue une source d'informations inégalée et unique pour les professionnels du secteur du marketing direct " ; que la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, dans ses dispositions codifiées à l'article L 35-4 du code des postes et télécommunications, prévoit que l'organisme qui tient à jour la liste de l'annuaire universel " fournit, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée comportant sous réserve des droits des personnes concernées, les informations [contenues dans l'annuaire universel]. Cette fourniture donne lieu à rémunération reflétant les coûts " ;

Considérant que les opérateurs intervenant dans le secteur du marketing direct expriment une demande portant à la fois sur l'accès à la liste complète des abonnés au téléphone figurant dans l'annuaire et sur des listes mises à jour et commercialisées par l'opérateur public dans des conditions rendant leur utilisation compatible avec le respect des dispositions législatives et réglementaires protégeant l'identité humaine, les libertés individuelles ou publiques et l'intimité de la vie privée ;

Considérant que France Télécom soutient, en premier lieu, que les opérateurs intervenant dans le secteur du marketing direct disposent d'autres sources d'informations tout aussi complètes que la liste des abonnés au téléphone pour constituer leurs fichiers de prospection ; qu'elle cite, à titre d'exemples, les fichiers " Hexagone " et " Hexadata " exploités par la société Consodata qui, selon elle, comptent 20 millions de foyers et 15 millions d'adresses, le fichier Régilist des Trois Suisses qui comporte 15 millions d'adresses, ou bien encore le fichier Sirene de l'INSEE ;

Mais considérant que les fichiers du type de ceux constitués notamment par la société Consodata sont de création récente et n'existaient pas dans leur état actuel au cours de la période examinée ; que, de plus, leur constitution n'est pas encore achevée comme le remarque Ivan Letessier dans la revue Capital en mars 1997 : " Pour être vraiment efficace, ces mégabases de données devraient idéalement posséder en mémoire le profil de tous les foyers français, soit 24 millions de familles ; or, à ce jour les deux [leaders] n'en revendiquent chacun qu'à peine deux millions " ; que cet état de fait est d'ailleurs admis par l'opérateur public lui-même lorsqu'il relève dans ses observations : " Des opérateurs tels Clays ou Consodata investissent des ressources considérables pour constituer, par distribution de questionnaires à multicritères des bases de données enrichies ayant vocation à atteindre progressivement des tailles voisines de celle de l'annuaire téléphonique " ; que le fichier Regilist est moitié moindre que celui de la base annuelle et qu'enfin le fichier Sirene ne regroupe que des entreprises ;

Considérant que France Télécom fait valoir, en deuxième lieu, qu'elle n'aurait jamais été saisie par un opérateur, pas même par la société Filetech, d'une demande de cession de l'intégralité de la liste des

abonnés au téléphone ; qu'ainsi le nombre moyen d'adresses communiquées par Marketis à l'occasion de chaque commande s'élève à 334 seulement et à 30 000 lorsque la commande est adressée à Téladresses ; que France Télécom conteste, dans ces conditions, l'utilité pour les opérateurs intervenant dans le secteur du marketing direct d'avoir accès à la base annuaire exhaustive compte tenu de sa pauvreté en informations comportementales ;

Mais considérant, d'une part, qu'outre le fait que depuis plusieurs années France Télécom s'attache à enrichir cette base de données pour la rendre plus performante, le très petit nombre d'informations recensées relatives aux comportements de consommation des ménages peut être précisément recherché par certains utilisateurs pour lesquels cette " neutralité " apparaît au contraire comme une caractéristique valorisante, ainsi qu'il a été confirmé par l'expert entendu en séance ; que la société BCA, partenaire de France Télécom dans son activité de télémarketing, a également souligné l'intérêt que présente la liste des abonnés au téléphone en indiquant que : *" Si les fichiers de comportement possèdent pour certains de nombreuses variables de segmentation (notamment les fichiers des grands véricistes), des ciblage souvent pointus ne permettent d'isoler qu'une cible au potentiel limité et parfois sursollicitée compte tenu de l'intérêt généralement porté à cette cible par différents annonceurs concurrents [...] le fichier Téladresses, [regroupe] près de 21,5 millions d'adresses prospectables soit un potentiel trois fois supérieur aux plus importants des fichiers véricistes "* ;

Considérant, d'autre part, que France Télécom propose diverses offres de vente de la base annuaire dans son intégralité ; qu'ainsi, la totalité de la liste des abonnés est cédée par Marketis pour le prix de 7 millions de francs ou, par extraction des informations contenues dans l'annuaire, sur CD ROM pour le prix de 14 millions de francs ; qu'en outre, le téléchargement de l'annuaire électronique est techniquement possible ;

Considérant qu'il résulte de ces constatations que l'opérateur public cède l'intégralité des informations commercialisables contenues dans la liste des abonnés au téléphone et que cette offre répond à la demande émanant d'opérateurs qui souhaitent exploiter ce fichier dans son intégralité ;

Considérant, en troisième lieu, que France Télécom reconnaît que les utilisateurs de fichiers sur le marché du marketing direct ont besoin de données actualisées ou de mettre à jour leurs propres fichiers pour atteindre le plus grand nombre possible de " prospects " ; qu'elle-même utilise la mise à jour quotidienne de la liste des abonnés comme argument publicitaire pour la vente des fichiers commercialisés par Téladresses dont elle vante la " fraîcheur " ; qu'elle évalue les gains de productivité réalisés par les entreprises grâce à cette fonction de " mise à jour " de leurs fichiers anciens à environ 120 MF par an ; que, de fait, depuis 1985 tous les opérateurs peuvent soumettre leurs propres fichiers au SNAT pour les actualiser par l'élimination des données périmées et la recherche des nouvelles coordonnées ; que, cependant, France Télécom qui vend la liste des abonnés dans son intégralité ne propose aucun service d'abonnement aux acquéreurs de la totalité de la base pour en assurer la mise à jour et justifie sa position en contestant la nécessité pour un opérateur de détenir l'intégralité de la base annuaire ;

Considérant que France Télécom soutient néanmoins que d'autres bases de données seraient tenues à jour périodiquement, voire en temps réel ; que tel serait notamment le cas de la base Consodata et des fichiers clients de la société Canal Plus ou des entreprises concessionnaires du service des eaux ;

Mais considérant que la mise à jour du premier de ces fichiers d'une périodicité trimestrielle est beaucoup moins fréquente que celle de la base annuaire et que les deux autres fichiers cités en exemple par France Télécom, à les supposer offerts aux opérateurs sur le marché considéré, ne sauraient assurer la mise à jour de fichiers détenus par des tiers avec la même efficacité que celle des services de France Télécom, compte tenu, notamment, de leur dimension plus restreinte ;

Considérant ainsi que l'opérateur public, qui gère la base annuaire tenue à jour en temps réel, est en mesure de proposer la mise à jour des fichiers détenus par des tiers et qu'il a décidé d'offrir cette prestation pour répondre à la demande des professionnels du secteur du marketing direct ; que, dès lors et en tout état de cause, le moyen tiré de ce que le nombre moyen d'adresses demandé par commande serait toujours limité est inopérant, l'ensemble de la base annuaire devant être tenue à jour ;

Considérant, enfin, que, selon France Télécom, il n'y aurait qu'un seul marché à prendre en considération, celui de la commercialisation d'adresses sur lequel elle ne disposerait que de 3 % de part de marché ; qu'elle ne reconnaît pas l'existence d'un marché spécifique de la liste des abonnés au téléphone ;

Mais considérant qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient France Télécom, dès lors qu'il existe, d'une part, une offre de la liste des abonnés au téléphone exhaustive et tenue à jour, commercialisée sous différentes formes et, d'autre part, des opérateurs demandeurs de telles prestations, la rencontre de cette demande et de cette offre constitue un marché, nonobstant le fait que son fonctionnement est gouverné par des contraintes spécifiques, notamment celles liées au respect des dispositions législatives et réglementaires protégeant l'identité humaine, les libertés individuelles ou publiques et l'intimité de la vie privée ;

Sur le monopole de France Télécom sur l'établissement et la gestion de la liste des abonnés au téléphone :

Considérant que l'opérateur public est seul à détenir, par l'exercice des missions qui lui sont réservées par la loi, l'ensemble des informations sur ses abonnés qui permettent la constitution des annuaires et la mise en œuvre des services afférents aux listes orange et safran dont ne disposent pas ses concurrents ;

Considérant que le monopole de l'établissement de la liste des abonnés au téléphone par l'opérateur public découle du monopole légal qu'il détenait sur le marché des télécommunications entre points fixes en application de l'article 5 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 ; que France Télécom était, au cours de la période examinée, le fournisseur exclusif de la liste exhaustive des abonnés au téléphone, tenue à jour et expurgée des listes orange et safran ; qu'en conséquence, France Télécom détenait, au cours de la période considérée, une position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone du fait de son monopole sur le service téléphonique entre points fixes ;

Sur les pratiques relevées :

Considérant que la société Filetech estime que France Télécom abuse de sa position dominante en lui interdisant d'exploiter les ressources de la liste des abonnés au téléphone au prix de la consultation de l'annuaire électronique, en l'obligeant à recourir aux services plus onéreux offerts par les services Marketis et Téladresses pour pouvoir commercialiser des listes d'abonnés préalablement expurgées des noms des personnes inscrites en liste orange ;

En ce qui concerne la gestion de la liste orange,

Considérant que France Télécom est tenue de commercialiser les données extraites de l'annuaire téléphonique en respectant les dispositions législatives et réglementaires protégeant l'identité humaine, les libertés individuelles ou publiques et l'intimité de la vie privée, notamment celles du décret n° 89-738 du 12 octobre 1989 modifié qui figurent à l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications ; que cet article dispose que : " Les personnes physiques ayant souscrit un abonnement au service du téléphone fixe ou du télex peuvent, en application de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, demander, sans redevance supplémentaire, à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'exploitant public. Est interdit l'usage par quiconque, à des fins commerciales ou de diffusion dans le public, des informations nominatives extraites desdits annuaires concernant les personnes mentionnées à l'alinéa précédent. Toutefois ces informations peuvent être utilisées ou communiquées aux seules fins d'édition des listes d'utilisateurs mentionnés à l'article R 10 " ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, d'une part, que France Télécom ne peut communiquer, céder ou commercialiser la liste orange, par quelque moyen direct ou indirect, sous quelque forme que ce soit et, d'autre part, que les opérateurs cessionnaires de ces " listes " sont eux-mêmes tenus de " ne pas faire usage, à des fins commerciales ou de diffusion dans le public, des informations nominatives extraites desdits annuaires concernant les personnes ", qui sont inscrites sur cette liste ; que cette interdiction, qui ne s'impose qu'aux seuls détenteurs de fichiers extraits des annuaires de France Télécom vise non seulement l'utilisation de ces données à des fins d'opérations de télémarketing, mais également toutes les autres formes d'exploitation commerciale, notamment le

marketing par voie postale, à l'exception toutefois du démarchage par télécopie dont l'interdiction est prévue par les dispositions de l'article 10 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 et par celles de l'article R 10-2 du code des postes et télécommunications ; qu'ainsi, les opérateurs qui ont acquis des droits de reproduction des listes extraites de l'annuaire, dans le cadre des " licences de droit d'usage " de Marketis ou de Téléadresses, sont tenus, avant de réutiliser les informations nominatives contenues dans ces listes, postérieurement à leur acquisition, de les expurger des abonnés nouvellement inscrits en liste orange pour se conformer aux exigences de l'article R 10-1 précité ; qu'en effet, les fichiers utilisés à plusieurs reprises demeurent des " listes extraites des annuaires commercialisés par l'exploitant public " dans le cadre des " licences de droit d'usage " concédées par France Télécom à ces opérateurs ;

Considérant par ailleurs que, si les détenteurs de fichiers constitués à partir d'autres sources d'informations que celle de l'annuaire téléphonique ne sont pas réglementairement astreints au respect de la liste orange, alors même que les fichiers qu'ils exploitent recèleraient des informations protégées par cette liste, ils peuvent néanmoins légitimement vouloir respecter la volonté des abonnés inscrits dans ce sous-fichier de l'annuaire, dès lors qu'ils utilisent des numéros de téléphone pour réaliser des opérations de marketing direct ; qu'en effet, la conformité à la liste orange d'un fichier destiné à la réalisation d'une opération de marketing direct est une qualité qui renforce sa valeur puisqu'elle garantit le respect de la volonté des usagers, lesquels, pour la plupart, se croient protégés contre toute sollicitation commerciale par téléphone dès lors qu'ils sont inscrits en liste orange, et assure à son utilisateur des gains de productivité en évitant le démarchage inutile d'une clientèle réputée insensible à ce type d'action commerciale ; qu'il est donc utile, pour les opérateurs intervenant dans le secteur du marketing direct, de disposer des informations nécessaires pour respecter la liste orange ; qu'en outre, les organisations professionnelles préconisent le respect de la volonté exprimée par les consommateurs qui conditionne dans une certaine mesure le développement de ce secteur économique ; que les précautions prises par les organisations professionnelles pour ne pas importuner les consommateurs les ont, d'ailleurs, conduites à créer un fichier " repoussoir " appelé fichier Robinson/Stop publicité ; que, cependant, ce fichier privé ne saurait constituer une solution de substitution satisfaisante à la liste orange ; qu'en effet, ce fichier, mis en place par le Syndicat des entreprises de vente par correspondance et à distance, n'est destiné qu'à limiter les envois publicitaires par voie postale et non le démarchage par téléphone, télécopie et fax et regroupe environ cinq fois moins de références que la liste orange, que sa notoriété auprès du public est moindre, et surtout qu'il ne s'impose pas aux professionnels du marketing, seules les entreprises abonnées à ce service s'engageant à respecter cette liste ; qu'ainsi, la CNIL a relevé dans son avis du 15 juillet 1993 que " la définition même de la liste orange, liée au fichier des abonnés de France Télécom, fait qu'il n'existe pas sur le marché de produit qui lui soit directement substituable " ;

Considérant dans ces conditions que, contrairement aux affirmations de France Télécom, la liste orange instituée par le décret n° 89-738 du 12 octobre 1989 pris en application de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, présente des spécificités par rapport aux " fichiers d'opposants " que tout opérateur est tenu de constituer par application des dispositions législatives précitées ;

Considérant qu'il convient enfin de rappeler qu'à l'occasion de l'examen du décret du 12 octobre 1989, le Conseil d'Etat a demandé à France Télécom de mettre en place un service permettant aux entreprises d'accéder à des listes d'abonnés expurgées de la " liste orange " ; que la CNIL, dans son avis émis le 7 mai 1991 par délibération n° 91-032, a indiqué que les modifications envisagées du fichier des inscriptions, en vue de répondre à la recommandation du Conseil d'Etat, avaient pour finalité de " permettre à tout abonné au téléphone ayant souscrit un contrat carte pastel de constituer s'il le souhaite, des fichiers d'abonnés au téléphone en les extrayant par voie télématique du fichier des inscriptions dans l'annuaire du téléphone ", et que " la création de ce service dénommé Marketis [était] de nature à accroître le nombre de publipostages et de messages téléphoniques " ; que le service Marketis a donc bien été conçu et autorisé afin de permettre aux opérateurs concurrents de France Télécom sur le marché des fichiers de prospection destinés au marketing direct d'exploiter les ressources de la liste des abonnés au téléphone dans le respect de la liste orange ;

Considérant ainsi que la liste des abonnés au téléphone, qui constitue pour les opérateurs ayant recours au marketing direct une ressource unique, n'est exploitable qu'à la condition d'être expurgée des noms inscrits en liste orange ; qu'en outre, une qualité essentielle et commercialement déterminante des fichiers de prospection comportant des numéros de téléphone, qu'ils soient extraits

ou non des annuaires et commercialisés par l'opérateur public, résulte notamment de leur conformité à la liste orange ; que, quel que soit le contexte légal et réglementaire dans lequel sont collectées et diffusées les données de l'annuaire téléphonique, France Télécom se livre, sur l'un et l'autre des marchés de la liste des abonnés au téléphone et des fichiers de prospection ci-dessus délimités, à une activité de service à laquelle, conformément aux dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, s'appliquent les règles définies par la dite ordonnance ;

En ce qui concerne les pratiques constatées,

Considérant, en premier lieu, que France Télécom soutient qu'en commercialisant des fichiers extraits de la base annuaire, préalablement expurgés de la liste orange aux conditions tarifaires de Marketis, et en refusant d'offrir toute autre prestation de tri destinée à ceux qui ne souhaiteraient pas faire l'acquisition des informations contenues dans la base annuaire, elle permet aux opérateurs d'exercer leurs activités sur le marché des fichiers de prospection dans des conditions compatibles avec le respect de leurs obligations légales et sans abuser de sa position ;

Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la " licence de droit d'usage du service Marketis ", France Télécom se réserve des " droits d'auteur " sur les informations communiquées aux utilisateurs de ce service ; que le prix de l'adresse cédée aux utilisateurs du service Marketis est fixé à 0,30 F HT à la rubrique A 9310 du catalogue de France Télécom auquel s'ajoute le prix de la communication au tarif Télétel 2 et celui de l'abonnement à la " carte pastel " ;

Considérant, d'une part, que le prix de l'adresse cédée par Marketis correspond exactement à celui auquel France Télécom négocie ses propres fichiers de prospection dans le cadre de la location d'adresses prévue par le tarif de Téladresses fixé à la rubrique L 12 du catalogue, qui se décompose en frais technique à concurrence de 0,05 F et en " copyright " à concurrence de 0,25 F ; qu'à défaut d'éléments comptables pertinents fournis par l'opérateur public pour justifier la structure du prix du service Marketis, il peut être admis, par analogie avec le tarif de Téladresses, que 17 % au plus du prix du service couvrent les " frais techniques " engagés à l'occasion de la cession de chaque adresse, alors que 83 % au moins représentent la perception par France Télécom de droits d'auteur ;

Considérant, d'autre part, que France Télécom propose d'expurger les fichiers détenus par des tiers des noms de la liste safran au prix de 0,03 ou de 0,05 F par adresse vérifiée ; qu'enfin, les 110 000 adresses contenues dans le fichier " Stop publicité ", fichier " repoussoir " privé mis en place par les professionnels de la vente par correspondance, sont vendues au prix de 4 500 F, soit environ 0,04 F l'adresse ;

Considérant ainsi que l'adresse cédée par Marketis est facturée 0,30 F, alors que l'adresse après déduplication (ou topage) des adresses en liste safran est facturée par France Télécom 0,05 F ou 0,03 F et que les frais techniques en cas de location ou de cession d'adresses par Téladresses s'élèvent à 0,05 F, soit un montant de six à dix fois moins élevé ; qu'il résulte de la comparaison de ces tarifications que le prix du service Marketis apparaît hors de proportion avec le coût des moyens techniques nécessaires pour accéder aux informations de la liste des abonnés expurgée ou à une prestation de tri permettant d'expurger les fichiers détenus par des tiers du nom des abonnés figurant sur la liste orange et ne s'explique que par la perception de droits d'auteur ;

Considérant que le refus de France Télécom de communiquer aux opérateurs les informations qui leur sont nécessaires pour utiliser les fichiers dans des conditions légales contraint ceux d'entre eux qui veulent accéder à la ressource de la liste des abonnés au téléphone expurgée, ou apurer leurs propres fichiers, à faire l'acquisition à titre onéreux de listes d'adresses préalablement expurgées par l'opérateur public au tarif de la location de fichiers de prospection, qui comprend le versement de droits d'auteur sur les informations communiquées ;

Considérant que ces contraintes ne peuvent être justifiées par la perception de droits d'auteur sur ces informations qui présentent un caractère public ; qu'aucune décision de justice n'a reconnu le caractère d'œuvre de l'esprit à la liste des abonnés au téléphone ; que, de surcroît, l'Autorité de régulation des télécommunications a estimé, dans un avis remis le 22 septembre 1997 au secrétaire d'Etat à l'industrie, que compte tenu des recettes générées par les annuaires sous forme imprimée et électronique et par le service des renseignements téléphoniques, la charge nette imputable au titre du service universel pour ces services était nulle ; que les coûts de collecte et de gestion de la liste des

abonnés au téléphone sont donc largement amortis par les recettes des annuaires et du service des renseignements ;

Considérant, par ailleurs, que France Télécom a, dans un article paru dans le numéro 20 de la revue Juris PTT intitulé " Pour une meilleure protection de l'annuaire France Télécom. Le nouvel article R 10-1 du code des Postes et télécommunications ", admis que les dispositions de l'article R 10-1 pouvaient protéger non seulement l'abonné, mais également la liste des abonnés au téléphone, en indiquant : " Une solution originale au problème de la protection de l'annuaire officiel vient d'être mise en place par le nouvel article R 10-1 du code des P&T en interdisant l'usage par quiconque à des fins commerciales ou de diffusion dans le public des informations extraites de la liste orange, il protège notamment contre le téléchargement de l'annuaire de France Télécom. Cette pratique du téléchargement qui consiste à pirater l'annuaire électronique par voie télématique, grâce à des logiciels spécifiques, est très fréquente car elle permet de disposer, à un coût très faible, du fichier des abonnés. Or, elle porte préjudice non seulement à France Télécom dont le travail de constitution et de mise à jour du fichier des abonnés est utilisé, sans droit, par des tiers, mais également aux abonnés qui ne sont pas protégés quand ils le souhaitent contre certains démarchages [...] C'est qu'en effet l'article R 10 ne vise pas seulement à protéger l'abonné pris individuellement, quoique ce soit son but essentiel, mais également à assurer la protection de l'annuaire, en tant que tel " ;

Considérant, en outre, que les conditions tarifaires d'accès au service Marketis pour des opérateurs qui ont précédemment acquis des droits de reproduction sur la liste des abonnés au téléphone les autorisant à faire un usage illimité des données transférées par l'opérateur public les obligent, pour expurger à nouveau ces données de la liste orange avant chaque utilisation, à réactualiser l'ensemble de leur fichier par le rachat de toutes les adresses qu'il contient au prix unitaire de 0,37 F ; que l'application du tarif A 9310 conduit ainsi France Télécom à percevoir, pour une opération marginale qui ne concerne qu'une très faible fraction de la liste de base, des droits assis artificiellement sur la totalité de la liste, contraignant le cessionnaire des données à payer un prix sans rapport avec le coût de la prestation effectivement demandée ;

Considérant, dans ces conditions, que le tarif A 9310 de Marketis, qui fixe le prix de l'adresse communiquée au même prix que celui des adresses que France Télécom commercialise sur le marché des fichiers de prospection, alors qu'une prestation de tri moins coûteuse pourrait être offerte aux demandeurs sans aucun surcoût pour France Télécom, ferme l'accès à la ressource de la liste des abonnés au téléphone, à des conditions tarifaires la rendant exploitable pour l'établissement de fichiers de prospection ; que cet état de fait est confirmé par le nombre moyen limité d'adresses communiquées aux utilisateurs du service Marketis à l'occasion de chacune de leurs commandes ; qu'il convient, en outre, de relever que la licence de droit d'usage de Marketis prévoit que les utilisateurs de ce service peuvent " pour ce qui concerne les opérations de traitement des adresses et les travaux de routage en confier la réalisation à France Télécom " alors que Marketis avait été créé pour permettre aux entreprises qui commercialisent des produits concurrents à ceux de l'opérateur public sur le marché du marketing direct de constituer leur propres fichiers à partir de la liste des abonnés au téléphone ;

Considérant, en second lieu, que France Télécom commercialise, sous la marque Téladresses, des fichiers destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct ; que, conformément aux prescriptions de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications, ces fichiers, extraits de la liste des abonnés au téléphone, ne contiennent aucune information relative aux personnes inscrites en liste orange ; que Téladresses est un service du SNAT qui dispose, par conséquent, d'un accès direct à une base de commercialisation de la liste des abonnés au téléphone expurgée des listes rouge, orange et safran ; que techniquement Téladresses ne recourt pas à Marketis pour fournir ses prestations mais à une source interne à France Télécom directement issue de la base de données des abonnés au service téléphonique ; que le directeur des annuaires de France Télécom a confirmé que " les services Marketis et Téladresses accèdent au même fichier source " ; que pour assurer la conformité de ses fichiers de prospection extraits de l'annuaire avec la liste orange, Téladresses ne les soumet pas à Marketis avant de les commercialiser sur le marché du marketing direct ; Considérant que France Télécom fait valoir que les prix auxquels sont commercialisés les fichiers par Téladresses, qui se situent dans la moyenne des prix du marché, sont calculés en tenant compte, notamment, du coût afférent à la collecte et à la gestion des informations de la base annuaire ;

Mais considérant que le fait pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché de biens ou de services utilisés pour l'exercice d'une activité sur le marché aval concurrentiel sur lequel elle est également présente d'offrir ces biens et ces services à de prix supérieurs aux charges qu'elle s'impute à elle-même pour leur utilisation peut avoir pour effet d'empêcher ses concurrents de se maintenir ou d'entrer sur un marché aval ; que l'article 18 du nouveau cahier des charges de France Télécom, tel qu'il résulte du décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996, traduit cette règle au plan comptable en précisant que : "*Les activités, services et éléments de réseaux utilisés par France Télécom sont valorisés à leur prix de cession externe ou, à défaut, par référence aux tarifs pratiqués par France Télécom à l'égard des utilisateurs ou des opérateurs qui s'interconnectent à son réseau*" ; que le prix de l'adresse cédée par Marketis correspond exactement à celui auquel France Télécom négocie ses propres fichiers de prospection dans le cadre de la location d'adresses prévue par le tarif de Téladresses fixé à la rubrique L 12 du catalogue ; qu'il est établi par cette seule constatation que France Télécom ne s'impute pas, à l'occasion de la commercialisation des fichiers de prospection de Téladresses, des charges d'accès à la liste des abonnés expurgée de la liste orange équivalentes à celles que supportent les utilisateurs du service Marketis ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que France Télécom a abusé de sa position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone en mettant en œuvre, sur le marché " aval " des fichiers de prospection, une discrimination de prix, en s'imputant des charges d'accès à la structure qu'elle gère moindres que celles qu'elle facture à ses concurrents ; que ces pratiques, ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des fichiers de prospection, mises en œuvre par une société en position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone, sont prohibées par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que, bien que la commercialisation des fichiers de France Télécom ne soit quasiment réalisée qu'à l'intérieur des frontières nationales, les pratiques examinées, produisant leurs effets sur l'ensemble du territoire national, partie substantielle du Marché commun, peuvent affecter le commerce entre les Etats membres dès lors qu'elles peuvent avoir des répercussions sur les courants commerciaux, notamment en empêchant des entreprises d'autres pays de la Communauté européenne de pénétrer sur le marché français des fichiers de prospection ; que ces pratiques sont, par conséquent, également prohibées par l'article 86 du traité de Rome ;

Sur l'application du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant qu'aux termes du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " Les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application " ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 de ladite ordonnance ; que, par ailleurs, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques en cause sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes ;

Considérant que France Télécom invoque le respect des dispositions réglementaires de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications, pris en application de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, pour justifier les pratiques qui lui sont reprochées ;

Mais considérant que l'article R 10-1 se borne à préciser le droit des personnes physiques ayant souscrit un abonnement à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires commercialisés par l'exploitant public et l'interdiction d'utiliser à des fins commerciales ou de diffusion publique les informations nominatives concernant ces personnes ; qu'il ne peut, dès lors, être valablement soutenu que le refus d'offrir une prestation de tri en procédant au marquage des fichiers détenus par des tiers ou l'application de conditions tarifaires discriminatoires pour la vente des prestations fournies par Marketis résultent directement et nécessairement des dispositions de l'article R 10-1 du code des postes et télécommunications ; que les pratiques en cause ne peuvent, par suite, bénéficier des dispositions du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un

délaï déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 p. 100 du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos " ;

Considérant que les pratiques revêtent une gravité particulière dans la mesure où, loin d'être fortuites ou occasionnelles, elles ont eu pour objet et pu avoir pour effet d'empêcher systématiquement et durablement l'entrée de concurrents sur le marché des fichiers de prospection ; que le dommage à l'économie doit s'apprécier en tenant compte du fait que ce marché est évalué à 23,6 milliards de francs et que ces pratiques ont pu avoir pour effet de faire obstacle au développement du progrès technique sur le marché des fichiers de prospection dans la mesure où elles ont restreint la constitution, le développement et l'exploitation des fichiers de compilation, qui représentent un segment important du marché ;

Considérant que, compte tenu des éléments d'appréciation généraux et individuels ci-dessus indiqués, il y a lieu d'infliger à la société France Télécom, dont le chiffre d'affaires pour le dernier exercice clos disponible est de 131 516 204 778 F, une sanction pécuniaire de 10 000 000 F,

Décide :

Article 1^{er}.- : Il est établi que la société France Télécom a enfreint les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome.

Article 2.- : Une sanction pécuniaire de 10 000 000 F est infligée à la société France Télécom.

Article 3.- Il est enjoint à la société France Télécom, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision, et jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu par l'article L 35-4 du code des postes et télécommunications (loi n° 96-659 du 26 juillet 1996) chargé de tenir à jour la liste de l'annuaire universel, de fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande la liste consolidée comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel et de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenus par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire ; ces prestations devront être proposées dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix reflétant les coûts liés aux opérations techniques de " déduplication " ou de " topage " de ces fichiers, à l'instar de la prestation prévue au catalogue de France Télécom à la rubrique L 13 qui prévoit la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers.

Délibéré, sur le rapport de M. Henri Génin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M Cortesse, vice-président, Mme Boutard-Labarde, MM Robin, Rocca, Thiolon et Urbain, membres.

Le rapporteur général,

La présidente,

Marie Picard

Marie-Dominique Hagelsteen