



**Décision n° 04-D-67 du 1^{er} décembre 2004
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur
de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements
de téléphonie mobile**

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu les lettres enregistrées les 22 juillet 1998 et 1^{er} septembre 1998, respectivement sous les numéros F 1066 et F 1078, par lesquelles la société Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu la décision n° [98-MC-11](#) du 21 octobre 1998, par laquelle le Conseil a rejeté les mesures conservatoires demandées par la société Concurrence ;

Vu la décision de jonction du 20 septembre 2002 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, entendus lors de la séance du 26 octobre 2004, la société Concurrence ayant été régulièrement convoquée ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La société Concurrence dénonce, dans ses saisines enregistrées sous les numéros F 1066 et F 1078 et courriers successifs :

- Le caractère anticoncurrentiel de la vente de services de téléphonie mobile sous forme de pack,
- le contrôle par les opérateurs des prix de vente des packs aux consommateurs,
- les conditions de distribution en dépôt vente,
- les conditions discriminatoires de rémunération des distributeurs,
- les mesures de rétorsion à l'encontre de la société Concurrence, prises par les opérateurs Itineris et SFR.

B. LE SECTEUR

1. LA TÉLÉPHONIE MOBILE

2. La téléphonie mobile numérique (norme GSM) enregistre, en France métropolitaine, une croissance rapide quelques années après le début du déploiement de leurs réseaux par les opérateurs. Deux d'entre eux, France Télécom et SFR, ont été autorisés à exploiter ces réseaux et à fournir les services correspondants à partir de mars 1991. Le troisième, Bouygues Télécom, a obtenu sa licence en décembre 1994. Le nombre d'abonnés à un service de téléphonie mobile a quasiment doublé chaque année, de 1997 à 1999, à l'époque des faits dénoncés dans la saisine. On comptait, selon l'observatoire des marchés publié par l'ART, 5,8 millions d'abonnés au 31 décembre 1997, 11,2 millions au 31 décembre 1998 et 20,6 millions au 31 décembre 1999. Le chiffre d'affaires du secteur était évalué à 5,3 Mds d'euros en 1999.
3. Parmi les offres grand public des opérateurs, on distingue les services prépayés, sans engagement, et les abonnements dont les durées d'engagement s'échelonnent de six à vingt-quatre mois. Bien que non engagé de façon formelle, le client d'une offre prépayée doit procéder annuellement à un nombre minimal de rechargements afin de ne pas perdre le bénéfice de sa ligne (conservation du numéro de téléphone qui lui a été attribué). La part des cartes prépayées dans le chiffre d'affaires des opérateurs mobiles était estimée, selon l'observatoire des mobiles de l'ART, à 8,5 % en 1999.
4. A l'époque des faits dénoncés dans la saisine, France Télécom exploitait son réseau mobile et fournissait les services correspondants par l'intermédiaire de sa division France Télécom Mobiles (ci-après FTM). Son chiffre d'affaires pour cette activité était estimé, en 1998, à 24,5 Mds de francs (3,74 Mds d'euros), en hausse de 43 % par rapport à celui de 17 Mds (2,6 Mds d'euros) réalisé en 1997.
5. La société SFR, filiale à 80 % du groupe Cegetel, a réalisé en 1997 un chiffre d'affaires de 9,6 Mds de francs (1,46 Mds de francs).
6. La société Bouygues Télécom, filiale du groupe Bouygues, a déployé un réseau utilisant la norme DCS 1800, différente de la norme GSM 900 instaurée par les deux autres opérateurs. Elle a lancé ses premières offres commerciales en 1996, en proposant notamment une gamme de forfaits prépayés. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 593 millions de francs en 1997 (90,4 millions d'euros) et à 3,8 Mds de francs en 1998 (580 millions d'euros).
7. Selon les chiffres de l'observatoire des mobiles de l'ART au 31 août 1999, les abonnés de FTM, au nombre de 7,6 millions, représentaient 49,3 % d'un parc total estimé, à cette date,

à 15,5 millions. Ceux de SFR (5,6 millions) représentaient 36,5 % du total, et ceux de Bouygues Télécom (2,2 millions), 14,2 %.

2. LE DÉVELOPPEMENT DES PACKS

8. La commercialisation de « packs », comprenant un terminal, une carte SIM, un numéro de téléphone et un formulaire d'abonnement, a soutenu la croissance du marché en fournissant une solution au problème du coût élevé, pour les utilisateurs, de l'investissement dans un terminal mobile. Avec le système des packs, et en échange de l'engagement d'abonnement pour une certaine durée, les opérateurs ont largement subventionné les terminaux en permettant l'acquisition à un prix modique, voire gratuitement, grâce à une prime de l'ordre de 1000 Francs en 1996, ramenée à environ 500 Francs début 1998, sauf promotions spéciales.
9. Outre le fait de réduire le coût d'accès à la technologie pour l'utilisateur, les packs présentent de nombreux avantages, comme la facilité d'emploi et la possibilité de pré-programmer des touches spécifiques pour les services associés. L'appareil étant pré-programmé pour accéder à un réseau, sa mise en service en est grandement facilitée. Ce concept de « prêt à l'emploi » simplifie les démarches d'abonnement et permet donc la distribution des packs dans des points de vente non spécialisés (restaurant, station service, banque ...).
10. Les opérations telles que l'intégration d'une carte SIM, la pré-programmation des appareils, le conditionnement spécifique à l'opérateur, l'ajout d'accessoires (chargeur, poche, kit piéton ...) sont effectuées en usine par le fabricant, pour le compte de l'opérateur, pour en optimiser la logistique. Surtout, la généralisation des packs a permis l'obtention de prix d'achat plus intéressants auprès des constructeurs, grâce à l'importance des volumes commandés par les opérateurs.
11. A l'époque des faits, près de 80 % des nouveaux abonnements de téléphonie mobile grand public étaient souscrits sous forme de packs.

3. LA DISTRIBUTION DES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE

12. Lors de l'ouverture de leurs réseaux, les deux puis trois opérateurs de téléphonie mobile ont eu à identifier et développer des canaux de distribution aptes à assurer la diffusion des services de téléphonie mobile auprès du grand public, leurs services étant dans un premier temps (comme la radiotéléphonie) réservés à des professionnels et entreprises, du fait du coût d'équipement en terminaux et d'une couverture limitée. France Télécom et SFR ont fait appel, dès 1991, à des sociétés de commercialisation de services (ci-après SCS), prenant en charge la commercialisation du service, la gestion et la facturation des abonnés en assumant le risque financier, et percevant une commission versée par l'opérateur. Bouygues Télécom n'a pas eu recours aux SCS.
13. La société Avenir Télécom, grossiste en téléphonie mobile, a expliqué, dans un procès-verbal du 2 juin 1999, le recul de ce canal de distribution à l'époque des faits dénoncés dans la saisine : « Depuis le lancement de Bouygues Télécom, les opérateurs, et plus particulièrement France Télécom, ont adopté une politique de contrôle de la commercialisation de leurs produits dans une optique d'amélioration de leur rentabilité, meilleure efficacité marketing et surtout défense de leur fonds de commerce à moyen terme. Cette politique a visé à réduire l'influence des SCS qui à terme sont susceptibles de

concurrer les opérateurs sur toutes les gammes de produits, mobile ou fixe, comme le montre le développement de MobilCom ou de Talkline en Allemagne. Cette politique s'est traduite par plusieurs actions ; une standardisation des produits, le développement des packs, une restructuration de la structure de commissionnement, le développement des chaînes intégrées. Ces mesures ont accéléré le processus de transformation des circuits de distribution qui est un phénomène normal dans un cycle de développement de marché au profit de la grande distribution (GSA), des chaînes spécialisées (GSS) et des réseaux intégrés des opérateurs ... ». Ces sociétés se sont alors recentrées, pour la plupart, sur le marché des besoins professionnels spécifiques (gestion de flottes, prêts de terminaux, leasing ...). Celles qui ont maintenu leurs activités à destination du grand public ont développé leurs propres packs, concurrents de ceux des opérateurs, à l'instar de certains distributeurs.

14. Les opérateurs ont utilisé des circuits de distribution très variés et plus ou moins longs : livraison directe du détaillant par l'opérateur ; SCS ou grossiste puis détail ; SCS puis grossiste puis détail.
15. S'agissant du détail, on comptait plus de 10 000 points de vente en 1998/1999, plus de 100 boutiques s'ouvrant chaque mois. Les réseaux intégrés (Agences France Télécom, boutiques SFR, boutiques Bouygues Télécom) assuraient 28 % des ventes (respectivement 17%, 10% et 1%). Les réseaux de boutiques indépendants spécialisés en téléphonie mobile (The Phone House, Phone Shop, Point Telecom, Vidélec...) représentaient 8% des ventes. Les grandes surfaces spécialisées en électronique (Darty, FNAC, Boulanger, Connexion...) constituaient 23% des débouchés. Les grandes surfaces alimentaires et les grands magasins assuraient 28% des ventes. Le solde des ventes passait par des spécialistes indépendants (5%), les spécialistes en autoradio (3%) et les ventes directes par les opérateurs (5%).
16. Les premiers coffrets OLA de France Télécom, créés en juin 1997, ont été commercialisés en dépôt-vente, aux conditions définies par l'opérateur. Près de la moitié des abonnements OLA ont été, en 1998, souscrits par l'intermédiaire des agences France Télécom, près de 16% auprès des grandes surfaces alimentaires, et 6% chez Darty et à la FNAC. Les ventes aux grossistes ont représenté 5,6 % du total. En revanche, pour la distribution des services Itinériss, France Télécom privilégiait, à l'époque des faits, 8 SCS, dont sa filiale France Télécom Mobiles Services (ci-après FTMS), Darty et son réseau d'agences. Les premiers coffrets Itinériss (Loft Itinériss) n'ont été lancés qu'en juillet 1998. Les services aux professionnels étaient essentiellement assurés par la filiale EGT du groupe France Télécom (près d'un quart), et par l'intermédiaire de grossistes.
17. S'agissant de SFR, elle utilisait, à l'époque des faits, trois modes de distribution en gros : les SCS indépendantes, sa filiale C2 GSM pour les ventes en grande distribution et sa filiale Cellcorp pour les ventes aux réseaux indépendants et aux grossistes. Le grossiste Avenir Télécom était son premier client (13,5 % des ventes), en 1998. Au total, 20,4 % des ventes de SFR, soit 7,7 % du marché passait par l'intermédiaire de grossistes ayant conclu avec SFR un contrat de « *partenaire SFR* » (avenir, JCA, Bardou, Audim, Dirland et Mega-Hertz). Les six grossistes partenaires couvrent 2696 points de vente dont 1680 pour Avenir Telecom, soit respectivement 30,8 % et 19,2 % des 8748 points de vente recensés SFR.
18. La distribution des services de Bouygues Télécom était, en 1998, principalement assurée par les grandes surfaces alimentaires (près d'un quart des ventes pour les trois premières enseignes) et les grandes surfaces spécialisées en électronique (plus de 10 % pour Darty et la FNAC). Dans un premier temps, cet opérateur n'a pas eu recours aux grossistes.

Jusqu'en juin 1999, il n'a distribué ses packs que sous la forme de dépôt-vente, et donc aux conditions qu'il imposait.

4. LA DISTRIBUTION DES TERMINAUX NUS

19. La généralisation des packs a été à l'origine d'une forte croissance du taux de pénétration des terminaux sur le marché national. Elle a également concentré la demande en terminaux chez les trois opérateurs mobiles et leur a donné un rôle moteur dans la promotion des marques de terminaux, plus de 88 % des terminaux étant vendus dans un pack. L'offre des terminaux est mondiale, les deux premiers constructeurs étant l'américain Motorola et le suédois Ericsson. De 1996 à 1998, le constructeur français Alcatel est devenu leader sur le marché national, passant de 2,8 % des ventes à 21,4 %.
20. Indépendamment des offres de « *pack* », tous les opérateurs proposent des terminaux nus, sans abonnement, pour répondre à la demande de renouvellement en cas de perte, vol, ou désir de bénéficier des dernières innovations. Ces terminaux nus sont proposés par les opérateurs à des prix nettement moins avantageux que ceux des ventes avec souscription d'abonnement ou prolongement d'abonnement, puisque l'acquisition de ces appareils n'est pas subventionnée.
21. Les terminaux nus sont également proposés par les différents détaillants qui s'approvisionnent auprès des constructeurs sans passer par les opérateurs mobiles.

C. LES PRATIQUES RELEVÉES

22. L'enquête administrative a essentiellement relevé des pratiques relatives à la commercialisation des packs SFR, notamment parce que France Télécom et Bouygues Télécom ont privilégié le recours au système du dépôt vente à des conditions définies par eux.

1. LES CONDITIONS DE DISTRIBUTION DES PACKS OLA ET ITINÉRIS.

23. Un courrier de la société France Télécom adressé à la société Concurrence le 15 juillet 1999 était ainsi rédigé : « ... la commercialisation des mobiles OLA en dépôt vente est soumise à la condition de suivre les conditions tarifaires fixées par France Télécom Mobiles. Le 6 juillet dernier, suite à la visite du chef de secteur, les packs OLA 5110 d'Alcatel étaient respectivement affichés dans votre vitrine au tarif de 410 F et 0 F... ». FTM a ainsi commenté ce courrier dans un procès-verbal établi le 2 juillet 1999 : « Cela n'entraînait pas pour autant une atteinte à la liberté commerciale des distributeurs qui pouvaient parfaitement, s'ils le souhaitaient, remettre un chèque cadeau à tout acheteur d'un coffret OLA (...), de nombreux distributeurs utilisent une partie de leur marge pour fournir des cadeaux. Si la SA Concurrence préfère proposer un chèque à ses clients, elle est parfaitement libre d'adopter une telle politique commerciale... ».
24. Une circulaire de la société France Télécom Mobiles Distribution fait référence à un « *prix national unique* » pour le lancement du premier coffret Itinériss Philips Générie à l'été 1998. Dans leurs déclarations relatives à ce courrier les représentants de France Télécom

ont insisté sur le fait que la circulaire précisait également qu'il s'agissait d'un prix conseillé.

2. LES CONDITIONS DE DISTRIBUTION DES PACKS SFR

a) Les prix de vente aux consommateurs

25. Il a été relevé que les contrats de distribution signés par la filiale de SFR, Cellcorp, avec les distributeurs indépendants, faisaient obligation de « *n'apporter aucune modification de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixés par SFR pour la souscription des abonnements aux services ...* ». De même, les contrats de « *grossistes partenaires* » passés par Cellcorp prévoyaient que le distributeur rattaché au grossiste « *...établit les demandes d'abonnement aux services et ce, aux tarifs et conditions fixés par SFR...* ». En revanche, les conventions passées par l'autre filiale SCS de SFR, C2 GSM, avec la grande distribution, ne contiennent pas ce type de clause.
26. Les contrats « *grossistes partenaires SFR* » prévoyaient aussi que les distributeurs s'engageaient à « *respecter la politique et la stratégie commerciale définie par SFR ainsi que les règles relatives à la co-publicité(...)* Les grossistes et ses canaux de distribution s'engagent à respecter les chartes graphiques et de communication de la marque et du logo SFR ».
27. Sur la base de cette clause, la société Concurrence s'est vu reprocher son opération « *Pack SFR à 0 F* » au motif que les packs comprenaient la vente d'un abonnement. SFR lui exposait par courrier du 20 août 1998 : « *Vous faites paraître sur la vitrine de votre magasin situé 131 rue de Rennes à Paris depuis le mois de juillet 1998 une publicité proposant les packs SFR et notamment le Pack SFR Complice à 0 franc. Cette publicité appelle de notre part les remarques suivantes :*
- Pour bénéficier du prix à 0 franc, le consommateur doit au préalable émettre un chèque du montant du pack, et vous prouver par la suite qu'il a bien souscrit aux différents services indiqués sur la vitrine et qui sont les suivants : un abonnement au réseau GSM de SFR d'une durée de douze mois, un abonnement au service de facturation détaillée et au prélèvement automatique.*
- Or, il n'est pas indiqué dans les conditions d'abonnement insérées dans les packs que le consommateur ait l'obligation de souscrire à la facturation détaillée et au prélèvement automatique.*
- En outre, votre vitrine comprend des affiches SFR relatives aux packs SFR modifiées. A ce titre, elles ne respectent plus la charte graphique de SFR.*
- Enfin, vous avez paraphé et signé un contrat de distribution en date du 29 mai 1998 selon lequel « le point de vente s'engage à n'apporter aucune modification, de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixés par SFR pour la souscription des abonnements aux Services » (article 4.2.1). Par le biais de l'opération que vous proposez aux consommateurs, vous modifiez les conditions de commercialisation du service SFR et ne respectez donc pas vos obligations contractuelles à l'égard de SFR.....».*
28. SFR a adressé les mêmes remarques au distributeur parisien Electronica, et à la société Watr, à Toulouse, en ajoutant : « *Le prix indiqué pour la vente de ce pack ne nous semble pas conforme, sauf erreur de notre part, à la législation sur la revente à perte.* ».

29. Ces mises en garde de SFR ont été relayées par les grossistes Allo Télécom et Diafax dans des courriers adressés aux revendeurs respectivement le 12 octobre 1998 et le 18 juin 1999.

b) L'engagement de quasi-exclusivité

30. Les conventions « *grossistes partenaires* » comportent un engagement de quasi-exclusivité à l'égard de SFR : « ...*Le grossiste partenaire est astreint à une quasi-exclusivité... (il s'engage à ce que chaque mois, au moins 90% du nombre total des abonnements enregistrés par le grossiste partenaire à travers ses canaux de distribution et leurs points de vente en radiotéléphonie cellulaire en France soient des lignes SFR validées par SFR et...en conséquence, à ne pas commercialiser dans ses canaux de distribution en France des services en radiotéléphonie publique identiques ou similaires à ceux offerts par SFR pour des concurrents directs ou indirects de celle-ci dans une proportion supérieure à 10 % du nombre d'abonnements mensuel total ou des services prépayés enregistrés par ses canaux de distribution en radiotéléphonie cellulaire et ce, pendant toute la durée de la présente convention.* ». Les conventions sont rédigées dans les termes suivants en ce qui concerne leur durée : « *Elle [la convention] est conclue pour une première période contractuelle qui débute le jour de la signature de la présente convention de l'année en cours et se termine trois années suivant la fin de cette année et se renouvellera ensuite par tacite reconduction par période annuelle, sauf dénonciation par l'une des parties, trois mois avant son terme, par lettre recommandée avec accusé de réception.* ». L'acceptation de cette clause est rétribuée 100 Francs par abonnement.
31. Un représentant de la société SFR a déclaré, le 2 juin 1999, à propos de cette clause : « *Cela signifie donc que le grossiste s'engage à réaliser 90 % d'abonnements SFR par l'intermédiaire des points de vente appartenant à son sous-réseau et ayant demandé leur rattachement dans les conditions prévues en annexe Ibis. Aujourd'hui, par exemple, Avenir Télécom compte environ 2500 points de vente qui ont demandé ce rattachement alors que le réseau d'Avenir Télécom comprend environ 5000 points de vente dans son intégralité. Ainsi, l'engagement d'Avenir Télécom consiste à réaliser 90 % par l'intermédiaire des points de vente ayant souscrit au contrat et exclusivement par l'intermédiaire de ceux-ci. Les autres distributeurs du sous-réseau ne sont pas concernés par cet engagement.* ». En 2000, SFR a de nouveau modifié cette clause pour revenir à 80 % d'abonnements SFR.
32. Un représentant d'Avenir Télécom a expliqué : « *..SFR a souhaité radicaliser sa distribution en faisant souscrire dès l'origine un contrat 80/20, puis depuis le 1^{er} avril 1999, un contrat 90/10. Le caractère stimulant du contrat c'est une rémunération supplémentaire de 100 F par ligne et la rétribution « Airtime » de 3% sur notre parc d'abonnés.* ».
33. Le rapport d'enquête précise également que « *pour respecter la clause de quasi-exclusivité, le grossiste a intérêt à prendre dans sa liste surtout des distributeurs engagés dans la vente de SFR, sinon, le cas échéant, il ne peut que refuser de prendre les abonnements des opérateurs concurrents émanant de ses distributeurs figurant dans sa liste qui eux sont libres de s'approvisionner en coffrets Bouygues ou France Télécom auprès d'un autre grossiste.* ».

c) Le code distributeur

34. Le contrat de grossiste partenaire prévoit également la liste des distributeurs finals qui peut être actualisée à tout moment. Les distributeurs concernés se voient attribuer « *un code*

personnalisé de gestion de validation des abonnements, ce dernier devant être rattaché à celui du grossiste partenaire dont il dépend.. ». La société SFR explique cette obligation par la nécessité de lutter contre les fraudes : *« SFR a décidé de ne plus rémunérer les options qui sont enregistrées par les points de vente sur le générique du grossiste puisqu'il est difficile pour SFR de connaître le nom du distributeur qui a ouvert des lignes sur un code générique, le code ayant pour titulaire unique le grossiste. Or, cette façon d'opérer aboutissait à permettre aux distributeurs de proposer aux consommateurs des opérations juridiquement répréhensibles et notamment la souscription par le distributeur d'options sur son exemplaire d'abonnement après avoir recueilli la signature de l'abonné pour un forfait seulement. ».*

35. Certains grossistes ou distributeurs ont regretté que ce code gêne la diversification de leurs achats de packs SFR par les distributeurs : *« A un moment donné, le distributeur ne peut pas diversifier ses achats sauf à perdre divers éléments de rémunération car il commandera sous le code générique du grossiste.. »* (société Diafax) ; *« Si cette façon de procéder a pour origine la lutte contre les fraudes, elle a l'inconvénient de nuire à la fluidité des achats. »* (société Bright Point) ; *« alors que Itinériss/OLA nous permet de travailler avec tous les grossistes simultanément, SFR, au contraire veut imposer aux distributeurs un grossiste unique. »* (Atoucom). Le rapport d'enquête note que *« les moyens de contourner cette règle sont légion, notamment grâce à l'enregistrement sous le code d'un collègue ».*

d) L'action anti-fraude de SFR

36. La société SFR a engagé, le 10 mars 1999, des poursuites contre les revendeurs parisiens Electronica, Atou'Com et Phone Paradise pour des ouvertures frauduleuses de lignes, puis a adressé aux SCS et grossistes travaillant avec lui une circulaire leur demandant de cesser toute relation commerciale avec les distributeurs concernés.

D. PROPOSITION DE NON-LIEU

37. Sur la base de ces constatations, une proposition de non-lieu à poursuivre la procédure a été notifiée, le 16 juin 2004, à la société Concurrence.

II. Discussion

38. Aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce : *« Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure ».*

Sur la légalité du concept de pack

39. Dans sa saisine, la SA Concurrence met en cause le prix de vente des terminaux intégrés dans les packs, en soutenant que les appareils sont revendus en l'état, sans aucune

modification et que les prix bas auxquels ils sont vendus dans les packs constitueraient, d'une part, une infraction à la législation sur les ventes à perte, d'autre part une violation de la prohibition des prix abusivement bas résultant de l'article L. 420-5 du code de commerce. Ils témoigneraient également d'une entente anticoncurrentielle entre les opérateurs mobiles et les constructeurs de terminaux. La saisissante avance qu'il est impossible à un détaillant de se fournir en terminaux auprès des constructeurs à des prix permettant de concurrencer celui des terminaux vendus en packs.

40. Toutefois, il ne relève pas de compétence du Conseil d'apprécier la licéité de la vente par pack au regard de l'article L. 442-2 du code de commerce. Il note cependant que la DGCCRF, dans sa note 6285 du 1er août 1996 a estimé que la vente d'un terminal modifié pour inclure un abonnement à un prix subventionné par l'opérateur ne relève pas de la vente à perte. Par ailleurs, la Direction Générale de la Concurrence de la Commission Européenne, dans sa note IV du 22 juillet 1996, a estimé que la pratique consistant à dédier un terminal à un réseau par la pré-programmation de sa carte SIM était licite, dès lors que l'acheteur a la possibilité d'un effacement de cette programmation du terminal sans qu'une intervention du constructeur soit nécessaire.
41. En l'espèce, les éléments au dossier confirment que le financement par les opérateurs de tout ou partie du coût d'acquisition du terminal est systématiquement lié à la souscription d'un abonnement d'une certaine durée (matérialisé par la carte SIM indispensable à l'activation du terminal). Il est également lié au verrouillage des terminaux sur le réseau de l'opérateur, pour une durée qui ne doit pas excéder six mois. Le fait que les opérateurs aient confié aux constructeurs du mobile la réalisation de prestations logistiques incluant la pré-programmation et le conditionnement des packs ne permet pas de conclure qu'il est vendu en l'état : le terminal n'est pas vendu « nu », puisqu'il inclut une carte SIM préprogrammée qui donne accès au réseau d'un seul opérateur.
42. Le prix bas des terminaux vendus dans les packs n'implique pas que l'opérateur vende en dessous de ses coûts, le financement du terminal constituant un coût d'acquisition qui peut être couvert par les recettes d'abonnement sur la durée de celui-ci. Le fort développement du marché permis par la technique des packs atteste, au surplus, que les consommateurs ont bénéficié de ces dispositions. Au niveau de la distribution de détail, la facilité de mise en œuvre des abonnements offerte par les packs s'est traduite par une multiplication des points de vente et donc une intensification de la concurrence.
43. S'agissant des terminaux nus, les tarifs pratiqués par les opérateurs ou les distributeurs pour l'achat d'un terminal seul, sans aucune souscription d'abonnement, non pré-programmés ne comprenant pas de personnalisation réseau, ne bénéficient pas d'une prime à la souscription. Aucun élément au dossier ne permet d'établir que les constructeurs, de leur propre initiative ou dans le cadre d'une entente avec les opérateurs mobiles, auraient mis en œuvre des conditions de vente discriminatoires à l'égard de certains détaillants ou tendant à l'organisation de pénuries pour empêcher l'approvisionnement ou le développement de ce marché. Les pénuries constatées résultent de la croissance exponentielle de la demande et des effets de mode qui ont parfois dépassé les capacités de production des constructeurs.
44. Le financement des terminaux offerts aux abonnés dans le cadre des packs ne constitue donc pas une pratique prohibée par les articles L. 420-1 ou L. 420-5 du code de commerce.

Sur la politique de prix maximum conseillés des opérateurs et l'obligation d'indiquer un code distributeur

45. La société Concurrence soutient que les opérateurs imposent les prix de revente des packs aux consommateurs comme en attesterait, s'agissant des packs OLA, le courrier qui lui a été adressé par la société France Télécom, le 15 juillet 1999 (cf. § 23 ci-dessus), et celui que lui a adressé SFR, le 20 août 1998 (cf. § 27 ci-dessus).
46. Le commissaire du gouvernement fait valoir dans ses observations que les éléments recueillis dans le cadre de l'enquête sur les pratiques mises en œuvre par SFR établissent, selon lui, que SFR a imposé à ses distributeurs, alors qu'ils ne s'inscrivaient pas dans un système de dépôt-vente, de ne pas communiquer sur un prix de vente des packs inférieur au prix conseillé, y compris lorsque l'intégrité des packs n'était pas en cause, mettant en avant, le cas échéant, de prétendues infractions à la législation sur la revente à perte, bien que celle-ci ne s'applique pas en l'espèce. Selon lui, l'obligation faite aux distributeurs d'indiquer un code d'identification lors des saisies de commandes doit s'analyser comme la mise en place d'un système de surveillance des distributeurs permettant éventuellement des mesures de rétorsion à leur encontre. Il en conclut que SFR aurait mis en œuvre une pratique de prix imposés prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.
47. Toutefois, selon la jurisprudence du Conseil (cf. décision n° [04-D-33](#)), plusieurs éléments doivent être réunis afin d'établir l'existence d'une entente entre un fournisseur et ses distributeurs visant à empêcher la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence : en premier lieu, des indices permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, en second lieu, le fait que les prix ainsi déterminés auraient été effectivement pratiqués par ces distributeurs, révélant l'existence d'un accord de volontés, et donc d'une entente, en troisième lieu, des éléments montrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix.
48. En l'espèce, aucune pratique n'a été relevée à l'encontre des sociétés Bouygues Télécom ou France Télécom, le courrier adressé par cette dernière à la société Concurrence, en date du 15 juillet 1999, se bornant à rappeler à ce distributeur qu'il ne pouvait modifier les conditions tarifaires de l'abonnement aux services de téléphonie mobiles inclus dans le pack qu'il proposait au prix de 0 Franc. Il ne ressort pas de ce courrier que France Télécom se serait opposé au reversement, par la société Concurrence, d'un chèque cadeau aux acheteurs.
49. S'agissant des conditions tarifaires de la distribution des packs SFR, la réaction de SFR face à certaines offres de vente de packs à un prix inférieur au prix conseillé s'explique par la prise en compte de préoccupations qui n'étaient pas illégitimes comme le montre l'analyse des courriers adressés à ce propos par SFR aux distributeurs concernés versés au dossier. D'une part, dans les courriers adressés à la société Concurrence, le 20 août 1998 (cf. ci-dessus § 27) et aux distributeurs Electronica et Wat, l'opérateur s'inquiète de la pratique consistant à présenter le prix de vente comme une promotion par rapport au prix de vente conseillé alors qu'il ne s'agit pas du même produit puisque l'offre des distributeurs inclut des options non obligatoires dans le pack conçu par l'opérateur, comme la facturation détaillée et le prélèvement automatique, pratique susceptible, selon SFR, d'induire en erreur le consommateur. D'autre part, il relève le détournement des supports publicitaires fournis au logo de SFR. Enfin, il rappelle que les distributeurs ne peuvent modifier les conditions de l'abonnement aux services SFR.

50. Plusieurs déclarations de grossistes, de distributeurs indépendants mais aussi de grands réseaux (FNAC, Carrefour) font état de la liberté dont ils disposent pour fixer leurs prix et le rapport d'enquête décrit des cas de différence de prix sur des packs ayant donné lieu à des remboursements de la part de Phone House ou de la FNAC à des consommateurs ayant constaté des écarts avec les prix pratiqués par d'autres distributeurs, comme Darty, Auchan ou de petits indépendants, dans la même zone de chalandise. Les distributeurs ont ainsi présenté des offres associant terminal et abonnement à un prix inférieur, voire gratuitement, mais le plus souvent en modifiant les composantes des packs fournis pas les opérateurs (par exemple : durée du forfait, nature et nombre des options souscrites, durée de l'abonnement). Un certain nombre de sociétés de commercialisation de services et de distributeurs ont créé leur propre pack à leur marque, associant un abonnement à l'un ou l'autre des trois opérateurs à un terminal qu'ils avaient sélectionné et souvent à des accessoires. Dans les cas où les composantes des packs de ces offres n'étaient pas modifiées, le distributeur était en mesure d'offrir un équipement en plus (housse, casque, chargeur ...) ou un remboursement de prime distributeur sous forme de chèque.
51. De fait, aucun élément au dossier ne permet d'établir que SFR a mis en place des mesures de rétorsion à l'encontre de distributeurs qui auraient pratiqué des prix inférieurs au prix conseillé. Les actions entreprises par SFR, s'agissant de la société Electronica, s'expliquent par les plaintes émanant de consommateurs et faisant état de pratiques frauduleuses auxquelles se serait livré ce distributeur.
52. S'agissant du code par lequel les distributeurs doivent s'identifier pour la passation de leurs commandes, les pratiques frauduleuses qui ont pu être constatées, telles que la vente forcée d'options, préjudiciables aux consommateurs, rendent plausibles les explications avancées par SFR pour sa mise en place. Aucun élément au dossier ne démontre qu'il s'intégrerait dans un système de surveillance des prix de vente au consommateur ou qu'il aurait un objet ou un effet anticoncurrentiel. De fait, aucune exclusivité n'est associée à l'emploi de ces codes de rattachement : un distributeur peut utiliser plusieurs codes de rattachement de différents grossistes pour tirer partie des écarts entre politique de rémunération entre grossistes. Les distributeurs interrogés par l'enquêteur ont ainsi témoigné être « rattachés » à plusieurs grossistes (de façon permanente ou transitoire). Le rapport d'enquête atteste, enfin, l'existence d'une procédure prévue par SFR pour permettre aux distributeurs le changement de grossiste.
53. En conséquence, il ne peut être établi que la société SFR et ses distributeurs ou grossistes aient empêché la fixation des prix de vente aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence dans le cadre d'une entente prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Sur la clause de quasi exclusivité de SFR

54. Le commissaire du gouvernement note que cette clause est au nombre des clauses indirectes de non-concurrence, visée à l'article 5 du règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant les accords verticaux, dès lors qu'elles sont d'une durée supérieure à cinq ans. Il soutient qu'en l'espèce, ces clauses ne sont pas limitées dans le temps et que, dans ces conditions, leur prohibition est absolue, même lorsque le fournisseur détient moins de 30 % du marché. Il estime qu'il n'est pas démontré, en l'état du dossier, que cette clause, ainsi que le code de rattachement à un grossiste, n'a pas eu pour effet de renforcer la dépendance à l'égard de SFR, facilitant d'autant le contrôle des publicités portant sur le prix des packs SFR et les rétorsions possibles. Il estime que la combinaison de ces trois pratiques permet à SFR de se prévaloir des avantages d'un déposant vis-à-vis de ses dépositaires sans avoir à en supporter les charges.

55. Le règlement CE n° 2790/99 de la Commission européenne concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux, prévoit une exemption d'application du paragraphe 1 de cet article aux accords de distribution, dits "*accords verticaux*", conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par ce dernier sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens ou services ne dépasse pas 30 %, sauf si l'accord contient des clauses "*noires*", à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligerait chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement). L'article 5 de ce règlement ajoute que ne sont pas exemptables certaines obligations, et notamment toute obligation directe ou indirecte de non concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée. L'article premier, a) définit une obligation de non concurrence comme « *toute obligation directe et indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels...* ».
56. SFR détenait, à l'époque des faits, une part de marché évaluée, en nombre d'abonnés, à 36,5 %. En conséquence, et sans qu'il soit besoin d'analyser la clause litigieuse au regard de l'article 5a) du règlement précité, le contrat partenaire grossiste ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie prévue à l'article 2, point 1, de ce même règlement.
57. Dans ce cas de figure, il convient, pour l'analyse de l'objet et de l'effet de l'obligation en cause au regard des dispositions de l'article 81 du traité de l'Union, de se référer à la communication de la commission relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales et notamment ses paragraphes 138 à 160 dans lesquels la commission analyse les effets des clauses de non concurrence (chapitre 2.1, Monomarquisme), et de s'en inspirer pour leur analyse au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce. La commission note, de façon préliminaire, que de telles clauses risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché. La clause de la convention partenaire grossiste par laquelle les grossistes s'engagent à ce que chaque mois, au moins 90 % du nombre total des abonnements enregistrés par le grossiste partenaire à travers ses canaux de distribution et leurs points de vente en radiotéléphonie cellulaire en France soient des lignes SFR validées par SFR répond en effet à la définition citée ci-dessus des obligations de non concurrence. La commission recommande cependant d'apprécier les risques de verrouillage au cas par cas en fonction d'un certain nombre de critères (pouvoir de marché du fournisseur, barrières à l'entrée, durée de la clause, part de marché liée, stade de la distribution).
58. Il convient, à titre liminaire, de souligner les caractéristiques du marché de la téléphonie mobile sur lequel opèrent SFR et les fournisseurs concurrents. Le Conseil a considéré, dans une décision n° [04-D-22](#) du 21 juin 2004 que la téléphonie mobile constituait, à l'époque des faits dénoncés dans la présente affaire, un marché pertinent distinct notamment des services de téléphonie fixe, sur lequel France Télécom, leader du marché avec 49,3 % du parc d'abonnés, n'était cependant pas en position dominante, compte tenu, en particulier, du recul de ses parts de marché en 1998. De même, il ne peut être considéré que SFR, avec 36,5 % du parc d'abonnés en août 1999, et compte tenu de l'existence d'un opérateur plus puissant, occupait une position dominante.

59. Ce marché se caractérise par d'importantes barrières à l'entrée : importance des coûts fixes liés au déploiement du réseau, nécessité d'obtenir une licence d'opérateur mobile. De fait, l'entrée de nouveaux opérateurs n'était pas envisagée à l'époque des faits. Le risque de verrouillage de la distribution lié à l'obligation de non concurrence ne peut donc être analysé qu'en ce qui concerne les opérateurs concurrents déjà présents sur le marché de la téléphonie mobile. Il apparaît d'emblée faible pour France Télécom qui dispose, avec le réseau des 700 agences France Télécom, d'un réseau de distribution qui lui est exclusivement lié. Il doit être analysé pour Bouygues Télécom, troisième entrant sur le marché, dont la part de marché était limitée à 14,2 % du parc d'abonnés en août 1999.
60. Les risques de verrouillage du marché dépendent également de la durée de la clause. La commission considère (point 141) qu'entre un an et cinq ans, les effets d'une telle clause doivent être appréciés sur la base d'un bilan pro-concurrentiel et anticoncurrentiel. En l'espèce, la durée de l'obligation était identique à celle de la convention « *partenaires grossistes* », soit 3 ans, renouvelable par tacite reconduction pour un an et pouvant être dénoncée trois mois avant l'échéance. Au bout de trois ans, le grossiste était donc libre de changer de fournisseur ou de renoncer au bénéfice de la convention « *grossiste partenaire SFR* ». Dans les faits, l'obligation, dans sa version correspondant à la définition d'une clause de non-concurrence, c'est-à-dire obligeant l'acheteur à se fournir pour au moins 90 % en services contractuels auprès de SFR, a été imposée en avril 1999 et supprimée en 2000, date à laquelle les conventions ont été renégociées sur de nouvelles bases dont un quota imposé ramené à 80 %.
61. Les risques pour la concurrence peuvent également résulter de l'importance de « *la part de marché liée, autrement dit la fraction de la part de marché totale qui résulte des ventes effectuées par le biais d'obligations de monomarchisme* » (point 141 des lignes directrices). Au cas présent, en 1999, seul SFR mettait en œuvre des clauses de quasi exclusivité avec les grossistes indépendants. Selon les éléments figurant au dossier (cote 120 du rapport), la convention « *grossiste partenaire SFR* » a été signée par six grossistes qui assuraient globalement, en 1998, la distribution de 20,4 % des ventes de l'opérateur, soit, rapporté au parc total d'abonnés mobiles, 7,4 % sur les 36,5 % d'abonnés SFR au 31 août 1999. Il ressort cependant de la déclaration d'un représentant SFR, citée au paragraphe 31 ci-dessus, que les grossistes partenaires ne demandent pas le rattachement à la convention de l'ensemble de leurs points de vente, Avenir Télécom n'ayant ainsi demandé que le rattachement de la moitié de ses 1680 points de vente, alors qu'à lui seul, il assure 13,5 % des ventes SFR. Aucun élément au dossier ne permet cependant d'évaluer précisément la part du total des ventes SFR d'Avenir Télécom représentée par les ventes SFR de la moitié des 1680 points de vente. De même, en ce qui concerne les autres grossistes partenaires, la part de leurs ventes SFR liée par la clause de non concurrence n'est pas précisée. En retenant, comme estimation basse, que la moitié des ventes SFR déclarée par les grossistes partenaires est assurée par des détaillants rattachés à la convention, et, comme estimation haute, que la totalité des ventes SFR déclarée par les grossistes partenaires est assurée par des détaillants rattachés à la convention, on obtient une fourchette de 3,7 % à 7,4 % de part de marché globale liée par la convention partenaire grossiste.
62. Toutefois, la part de marché libre, c'est-à-dire distribuée par des grossistes, ou une autre forme de distribution commandant l'accès au consommateur final, libres de distribuer les produits Bouygues Télécom était relativement limitée, compte tenu de l'importance de l'intégration verticale entre opérateurs mobiles et circuits de distribution. Les agences de France Télécom ont ainsi distribué plus de la moitié des abonnements OLA en 1998. L'effet de cette intégration verticale sur la fermeture des réseaux de distribution et

l'absence de multimarquisme à l'intérieur de ces réseaux est beaucoup plus important que celui qui résulte de l'obligation de non concurrence de la convention « *grossiste SFR* ». La commission rappelle, au point 142 des lignes directrices, que : « *On considère généralement qu'une part de marché liée de moins de 5 % ne saurait contribuer de façon significative à un tel effet cumulatif de verrouillage* ». Il résulte de l'évaluation de la part de marché liée imputable à la convention grossiste partenaire de SFR, faite au paragraphe 61, soit entre 3,7 et 7,4 %, que cette convention ne contribue pas de façon significative à l'effet de verrouillage du marché.

63. Par ailleurs les risques de fermeture de l'accès des concurrents à la distribution doivent s'analyser différemment selon que l'obligation de non-concurrence s'applique au stade de la distribution en gros ou au stade du détail car c'est au stade du commerce de détail que les accords de non-concurrence peuvent affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. En l'espèce, la possibilité, rappelée dans le rapport d'enquête (cf. § 33 ci-dessus), laissée aux distributeurs de détail appartenant au réseau d'un des grossistes partenaires SFR, de s'approvisionner en produits Bouygues Télécom ou France Télécom auprès d'un autre grossiste, même s'ils ont demandé leur rattachement à la convention partenaire SFR, illustre le fait qu'une obligation de non-concurrence imposée au stade du gros peut n'avoir que des effets très dilués au stade du détail. Ainsi, le code d'identification imposé aux distributeurs par SFR, rattachant ceux-ci à un grossiste, pour leurs ventes SFR, a été mis en cause par certains distributeurs en ce qu'il rendait moins fluide le passage d'un grossiste à un autre, pour les ventes de produits SFR, mais non en ce qu'il limitait leur possibilité de recourir à d'autres grossistes pour les ventes de produits concurrents. Aucune disposition conventionnelle n'interdit à un distributeur de travailler avec plusieurs grossistes simultanément. Les distributeurs indépendants auditionnés ont déclaré utiliser de façon permanente plusieurs grossistes, afin de faire jouer la concurrence entre eux.
64. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la clause de non-concurrence de la convention « *grossiste partenaire SFR* », dans sa version en vigueur entre avril 1999 et 2000, n'était pas susceptible de restreindre significativement l'accès à la distribution des opérateurs concurrents de SFR.
65. En conséquence, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce.

DÉCISION

Article unique. - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M. Biron, par M. Nasse, vice-président, président la séance, Mmes Mader-Saussaye et Pinot, ainsi que MM. Bidaud, Charrière-Bournazel, Honorat et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

Le vice-président,
Philippe Nasse