



Décision n° 07-D-37 du 7 novembre 2007
relative à une saisine de l'Association de défense, d'éducation et
d'information du consommateur (ADEIC) à l'encontre de pratiques
mises en œuvre par le Groupe France Télécom et sa filiale Orange
dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 18 novembre 2007 sous les numéros 05/0086 F et 05/0087 M, par laquelle l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par le Groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu les lettres des 18 janvier 2006 et 23 février 2006 par laquelle l'ADEIC a retiré sa demande de mesures conservatoires ;

Vu la décision 06-C-09 du 1^{er} mars 2006 par laquelle le président du Conseil de la concurrence a donné acte à l'ADEIC de son désistement de sa demande de mesures conservatoires et a classé le dossier enregistré sous le numéro 05/0087 M ;

Vu la décision du rapporteur général du Conseil de la concurrence en date du 9 mars 2006 prononçant la jonction de l'instruction de la saisine de l'ADEIC avec celle de la saisine de la société Bouygues Telecom enregistrée le 23 novembre 2006 sous le numéro 05/0088 F ;

Vu la décision du rapporteur général du Conseil de la concurrence en date du 30 mai 2007 prononçant la disjonction de la saisine de l'ADEIC et de celle de la saisine de la société Bouygues Telecom enregistrée le 23 novembre 2006 sous le numéro 05/0088 F ;

Vu l'avis 07-0706 adopté par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le 6 septembre 2007 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) entendus lors de la séance du 23 octobre 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. PROCEDURE

1. Par lettre enregistrée le 18 novembre 2005 sous les numéros 05/0086 F et 05/0087 M, l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ci-après ADEIC) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par le groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce.
2. Par lettre du 23 novembre 2005, le rapporteur général du Conseil de la concurrence demandait à l'ADEIC de régulariser sa saisine au regard des dispositions de l'article 30 du décret 2002-689 du 30 avril 2002 (devenu article R. 463-1 du code de commerce) en communiquant les statuts de l'association ainsi que le mandat confié à son président pour déposer une saisine devant le Conseil de la concurrence. Par courrier du 7 décembre 2005, l'ADEIC a régularisé sa saisine en complétant celle-ci par les documents manquants demandés par le rapporteur général.
3. Dans un courrier du 13 décembre 2005 adressé au Conseil de la concurrence, l'ADEIC « *ayant découvert par la presse que la société Bouygues Telecom aurait saisi le Conseil des mêmes faits que ceux qui faisaient l'objet de la saisine de l'ADEIC* » estimait que « *si tel était le cas [...] une jonction s'impose dans un souci de bonne administration de la justice* ».
4. Par une lettre du 18 janvier 2006 confirmée par une lettre du 23 février 2006, l'ADEIC a retiré sa demande de mesures conservatoires. Par une décision n° 06-C-09 du 1^{er} mars 2006, le président du Conseil de la concurrence a donné acte à l'ADEIC de son désistement de sa demande de mesures conservatoires et a classé le dossier enregistré sous le numéro 05/0087 M.
5. Par une décision du 9 mars 2006, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a procédé à la jonction de l'instruction de la saisine de l'ADEIC avec celle de la saisine de la société Bouygues Telecom enregistrée le 23 novembre 2006 sous le numéro 05/0088 F.
6. Par une décision du 30 mai 2007, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a disjoint l'instruction de la saisine de l'ADEIC de celle de la saisine de la société Bouygues Telecom enregistrée le 23 novembre 2006 sous le numéro 05/0088 F qui a été retirée par cette dernière entreprise.

B. LES PRATIQUES DENONCEES

7. L'ADEIC allègue dans sa saisine que le groupe France Télécom et sa filiale Orange ont abusé de leur position dominante en concluant un partenariat avec le réseau Photo Europe (composé, selon elle, de 280 magasins Photo Service et 300 magasins Photo Station) envisageant la distribution exclusive des services de téléphonie mobile offerts par Orange France dans ces boutiques. L'ADEIC souligne dans sa saisine qu'à la fin du mois de mars 2005, Orange disposait d'une part de marché de 47,3 % sur le marché de la téléphonie mobile et que « *sur le marché pertinent de la téléphonie mobile, la société France Télécom exerce une influence significative au sens des dispositions de l'article L 37-1 du CP et CE (avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997)* ». Le partenariat avec Photo Europe, qui ferait passer « *la part de France Télécom dans la distribution de téléphonie mobile exclusive* » de 46,67 % à 58,81 %, constituerait un abus de position dominante.
8. Par ailleurs, l'ADEIC soutient que le groupe France Télécom et sa filiale Orange ont violé l'article L. 420-1 du code de commerce en concluant avec le groupe Photo Europe un accord de distribution exclusive des produits et services de Orange dans les réseaux de boutiques Photo Service et Photo Europe. Selon l'ADEIC, « *le déséquilibre manifeste de la situation commerciale de services de téléphonie mobile de proximité crée un cloisonnement du marché au bénéfice exclusif de l'opérateur historique* ».

II. Discussion

A. L'IMPORTANCE DE LA DISTRIBUTION DANS LE SECTEUR DE LA TELEPHONIE MOBILE

9. Dans le secteur de la téléphonie mobile, les canaux de distribution apparaissent aujourd'hui comme des éléments stratégiques dans la concurrence entre opérateurs. La distribution des services de téléphonie mobile peut s'opérer soit par l'intermédiaire de réseaux de distributions internalisés, soit par des réseaux de distribution indépendants qui distribuent tantôt les services de plusieurs opérateurs tantôt les services d'un opérateur exclusif.
10. Ainsi, les services de Orange sont distribués, de manière exclusive, dans les agences du groupe France Télécom (environ 700 points de vente) ainsi que par le réseau de boutiques indépendantes Mobistore (environ 150 points de vente). Les services de SFR sont distribués de manière exclusive dans un réseau d'environ 700 'Espaces SFR' exploités par des entreprises indépendantes dont SFR est parfois un actionnaire de référence. Les services de Bouygues Telecom sont distribués de manière exclusive par un réseau d'un peu moins de 500 boutiques dont la moitié de 'Clubs Bouygues Télécom' possédés par l'opérateur. Ces réseaux de distribution exclusifs, qui constituent l'essentiel de la distribution mono-marque, représentent presque la moitié des actes de vente du marché.

11. Par ailleurs, les services des trois principaux opérateurs sont également distribués par l'intermédiaire de distributeurs indépendants multi-marques. Parmi les distributeurs multi-marques, les chaînes de la grande distribution alimentaire ou spécialisée représentent le canal le plus dynamique avec près d'un quart des actes de vente du marché des services de téléphonie mobile. Ainsi, plus de 10 % des actes de vente sont réalisés dans les seules enseignes de la grande distribution alimentaire. Parallèlement, outre des petites boutiques indépendantes, des réseaux de distributeurs indépendants multi-marques, le plus souvent franchisés, réalisent l'essentiel du reste de la distribution non exclusive. Ainsi, les 280 boutiques à l'enseigne The Phone House constituent un acteur important de la distribution indépendante. La distribution multi-marques représente encore un peu plus de la moitié des actes de vente du marché.
12. L'arrivée des opérateurs virtuels (*Mobile Virtual Network Operators - MVNO*) sur le marché des services de téléphonie mobile il y a quelques années a souligné l'importance des réseaux de distribution pour les acteurs du secteur. En effet, la majorité des MVNO ont cherché à profiter de réseaux de distribution déjà bien implantés pour commercialiser leurs services. NRJ mobile distribue ainsi ses services dans le réseau d'agences bancaires du CIC et du Crédit mutuel. Les distributeurs, conscients d'être un maillon essentiel du secteur de la téléphonie mobile, ont fait le choix de devenir eux-mêmes opérateurs virtuels. Par exemple, Carrefour a créé son MVNO, Carrefour Mobile, tandis qu'Auchan développe Auchan Mobile. Leclerc a très récemment annoncé le lancement de ses propres services de téléphonie mobile.
13. La distribution mono-marque a tendance à croître rapidement aux dépens de la distribution multi-marques qui reste néanmoins légèrement majoritaire en terme d'actes de vente. Comme le souligne l'ARCEP dans son avis, « *depuis quelques années, les opérateurs de réseaux mobiles ont procédé à une internalisation de leur distribution, dont une première étape s'est traduite par la disparition progressive des sociétés de commercialisation de services (SCS)* ». Cette recherche de la maîtrise d'un réseau de distribution exclusif s'explique par plusieurs facteurs. Si cette évolution peut présenter des risques pour l'intensité de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, elle peut contribuer, par ailleurs, à une amélioration de la qualité de services et de conseil au profit des consommateurs.
14. Tout d'abord, le marché de la téléphonie mobile étant devenu mature, au-delà de la conquête de nouveaux clients, les opérateurs concentrent essentiellement leurs stratégies sur la rétention de leurs clients via diverses politiques de fidélisation. Dans ce contexte, la distribution mono-marque participe à ces politiques de fidélisation en réduisant les arbitrages inter-opérateurs lorsque le client a pénétré dans la boutique du distributeur de son opérateur. En effet, les conseils du vendeur seront nécessairement liés aux services d'un opérateur défini. A titre d'illustration, on peut constater que plus des trois quarts des réengagements non réalisés par téléphone le sont dans des boutiques de distribution mono-marque. Comme le souligne l'ARCEP dans l'avis qu'elle a rendu au Conseil : « *la concurrence ne peut que pâtir de l'extension de la distribution exclusive, laquelle peut certes permettre de valoriser davantage les produits offerts, mais restreint surtout la possibilité pour les consommateurs de procéder à une comparaison immédiate des prestations d'opérateurs concurrents. Une telle évolution apparaît d'autant plus préoccupante que le secteur est déjà marqué par des écarts significatifs et stables de parts de marché, ainsi qu'un dynamisme et une fluidité limités* ».
15. Si, comme le souligne l'ARCEP, le développement de la distribution mono-marque peut effectivement être un élément tendant à réduire les possibilités d'arbitrage immédiat du

consommateur, il convient de remarquer que cette stratégie menée par les opérateurs constitue par ailleurs une réponse à la complexification des services de téléphonie mobile. En effet, si pendant longtemps les services de téléphonie mobile étaient presque exclusivement constitués de services de transmission vocale, ils évoluent rapidement vers de nouveaux services avec notamment le développement des SMS, des MMS, de Internet mobile et plus généralement vers des échanges de données. Cet enrichissement des services liés au mobile s'est accompagné d'une complexification des terminaux mais aussi des offres des opérateurs. L'adoption par les consommateurs de ces nouvelles fonctionnalités (à forte valeur ajoutée) nécessite des investissements importants de la part des opérateurs en matière de conseils aux consommateurs. Il ne s'agit plus seulement de vendre mais aussi de conseiller le client pour lui permettre et l'inciter à utiliser les nouveaux services issus des dernières innovations technologiques. Ainsi, les opérateurs ont investi dans la formation et la spécialisation de vendeurs, dans des boutiques plus interactives permettant aux clients de découvrir et de familiariser avec ces nouveaux usages et en consacrant davantage de temps et de ressources au conseil des clients. Ces investissements spécifiques qui profitent largement aux consommateurs ne peuvent être réalisés par les opérateurs s'ils n'offrent pas une rentabilité suffisante. Or, le développement de circuits de distribution mono-marque permet aux opérateurs d'investir dans une distribution riche en conseils en limitant le risque que ces investissements puissent profiter à leurs concurrents.

B. LES PRATIQUES DENONCEES PAR LA SAISINE

16. En application de l'article L. 462-8, alinéas 1 et 2, du code de commerce, le Conseil de la concurrence « *peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable (...) s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

a) Sur l'allégation d'abus de position dominante du Groupe France Télécom et sa filiale Orange sur le marché de la téléphonie mobile

17. Dans sa saisine, l'ADEIC semble retenir comme marché pertinent le marché de la téléphonie mobile. Pour étayer son allégation de dominance, l'ADEIC fait notamment référence à un avis du Conseil de la concurrence en date du 24 septembre 1997 (n° 97-A-19) rendu à l'Autorité de régulation des télécommunications (ci-après ART) reconnaissant à France Télécom le statut d'opérateur puissant. Tout d'abord, il convient de souligner que la notion d'opérateur puissant est distincte de la notion d'opérateur en position dominante, la première appartenant aux analyses de marchés *ex ante*, la seconde au contentieux, nécessairement *ex post* ; l'appréciation que peut porter *ex ante* le Conseil de la concurrence dans le cadre d'un avis de la procédure d'analyse sectorielle des marchés ne saurait aucunement préjuger une appréciation contentieuse qui doit être menée de manière singulière pour chaque espèce. Par ailleurs, l'avis du 24 septembre 1997 rendu à l'ART, qui a désigné France Télécom comme étant « puissant » sur le marché de la téléphonie mobile, se fonde sur l'article 4 de la directive n° 97/33/ CEE relatif aux droits et obligations d'interconnexion qui précise : « 3. *Un organisme est réputé puissant sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25 % d'un marché donné des*

télécommunications dans une zone géographique d'un Etat membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités ». Ainsi, la société SFR avait pu être qualifié d'opérateur exerçant une influence significative sur le marché de la téléphonie mobile aux côtés de France Télécom ; les notions d'opérateur exerçant une influence significative et d'opérateur occupant une position dominante étaient, dans le cadre réglementaire en vigueur à l'époque, tout à fait distinctes. Enfin, le secteur de la téléphonie mobile a très sensiblement évolué ces dix dernières années et la référence à un avis datant de 1997 est, en l'espèce, dépourvue de toute pertinence.

18. En outre, l'ADEIC souligne que la société Orange dispose d'une part de marché de 47,3 % sur le marché de la téléphonie mobile en France à la fin de l'année 2004. Une telle part de marché n'est pas à elle seule un indice suffisant pour envisager une position dominante alors que le marché ne compte que trois principaux acteurs et que le second détient une part de marché d'environ 36 %. Dans un avis n° [05-A-09](#) du 4 avril 2005 rendu à l'ARCEP, le Conseil de la concurrence avait analysé les marchés des services de téléphonie mobile sans envisager de position dominante de la société Orange sur le marché de détail.
19. Au-delà de ces considérations relatives à l'existence d'une éventuelle position dominante, il convient de souligner que la saisine n'identifie aucune pratique abusive en se bornant à estimer que la part de France Télécom dans la distribution de téléphonie mobile exclusive augmentera si l'accord de partenariat est mis en œuvre. Dès lors, sans qu'il soit besoin de se prononcer plus en avant sur la délimitation du marché pertinent et la position des sociétés du groupe France Télécom sur celui-ci, l'absence d'identification de toute pratique abusive conduit à écarter les allégations d'abus de position dominante avancées par la saisissante.

b) Sur l'allégation d'entente entre le groupe Photo Europe et le groupe France Télécom

20. La saisine prétend que le partenariat conclu entre le groupe Photo Europe et le groupe France Télécom aboutira à un déséquilibre manifeste de la distribution commerciale de services de téléphonie mobile de proximité, source de cloisonnement du marché au bénéfice exclusif de l'opérateur historique. Le réseau des magasins du groupe Photo Europe se compose des enseignes Photo Station (environ 240 boutiques en France) et Photo Service (environ 260 boutiques en France). Les boutiques Photo Station sont essentiellement situées au cœur des villes alors que les boutiques Photo Service sont généralement exploitées au sein de centres commerciaux (pour environ 200 d'entre elles).
21. Concernant les boutiques Photo Station, aucun élément du dossier ne laisse prévoir que l'accord de distribution conclu avec le groupe France Télécom puisse créer des obstacles importants au développement du réseau commercial des autres opérateurs. En effet, la disponibilité des fonds de commerce dans le centre des villes apparaît a priori suffisante pour qu'il soit possible en quelques années de développer un réseau de distribution efficace de services de téléphonie mobile.
22. Concernant les boutiques Photo Service, il ressort des données publiques (disponibles notamment sur Internet) que dans une proportion très significative de 200 centres commerciaux accueillant des boutiques Photo Service, les opérateurs commercialisent leurs services dans des boutiques mono-marque ainsi que dans des points de vente multi-marques. Ainsi, France Télécom dispose déjà d'une agence de distribution mono-

marque (notamment des agences France Télécom) dans plus de 50 % de ces centres commerciaux, SFR dans près de 60 % d'entre eux et Bouygues dans plus d'un tiers d'entre eux. Par ailleurs, dans la quasi-totalité des centres commerciaux où sont présentes les boutiques Photo Service, les services de téléphonie mobile des trois principaux opérateurs sont proposés par des distributeurs multi-marques et notamment par les grandes surfaces alimentaires ou spécialisées.

23. Au vu des éléments apportés par la saisine, il n'apparaît donc pas que l'accord de partenariat conclu entre le groupe France Télécom et le groupe Photo Europe a pu créer « un cloisonnement du marché au bénéfice exclusif de l'opérateur historique ».

III. Conclusion

24. Il résulte de ce qui précède que l'ADEIC n'a pas apporté d'éléments suffisamment probants pour étayer sa saisine. La saisine au fond enregistrée sous le numéro 06/0094 F doit donc être rejetée.

DECISION

Article unique : La saisine de l'ADEIC enregistrée sous le numéro 05/0086 F est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Darodes de Tailly, par Mme Anne Perrot, vice-présidente, présidant la séance, M. Nasse et Mme Aubert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Anne Perrot