



**Décision n° 10-D-07 du 2 mars 2010
relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le
secteur des titres cadeaux prépayés**

L'Autorité de la concurrence (section II),

Vu la lettre, enregistrée le 5 août 2009 sous les numéros 09/0101 F et 09/0102 M par laquelle la société Titres Cadeaux a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le secteur des titres cadeaux prépayés et sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Vu les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du Code de commerce modifié ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 09-DSA-304, n° 09-DSA-305 et n° 09-DSA-306 du 4 décembre 2009 ;

Vu les observations présentées par la société Titres Cadeaux, la société Kadéos et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Titres Cadeaux et Kadéos entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 26 janvier 2010,

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par lettre enregistrée le 5 août 2009, la société Titres Cadeaux (ci-après Titres Cadeaux) a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Kadéos (ci-après Kadéos) qui auraient pour objet ou pour effet de verrouiller *les marchés de la distribution et de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes*. Selon la saisissante, Kadéos détiendrait une position dominante sur ces marchés, *abuserait de cette position et prendrait part à des ententes anticoncurrentielles, en introduisant systématiquement des clauses d'exclusivité dans ses contrats avec les commerçants acceptant et distribuant sa carte, et en verrouillant techniquement l'accès aux terminaux de paiement électroniques installés chez les commerçants partenaires*.
2. Accessoirement à sa saisine au fond, Titres Cadeaux a sollicité, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, qu'il soit enjoint à Kadéos de :
 - *« cesser de proposer une quelconque forme d'exclusivité à son profit aux enseignes susceptibles d'accepter ses cartes cadeaux ;*
 - *adresser aux enseignes avec lesquelles elle a conclu un accord d'acceptation de ses cartes cadeaux un courrier officiel déclarant qu'elle renonce au bénéfice de toute exclusivité stipulée à son profit ;*
 - *s'abstenir de toute mesure visant à obtenir le respect des clauses d'exclusivité stipulées à son profit dans tout accord qu'elle aurait conclu avec une enseigne pour l'acceptation de ses cartes cadeaux ;*
 - *ne pas s'opposer à la migration des solutions logicielles utilisées par ses enseignes partenaires vers une solution multicarte ».*

B. LE SECTEUR D'ACTIVITE

1. Présentation du secteur

3. Le secteur d'activité concerné est celui des titres cadeaux qui permet au bénéficiaire d'un titre d'acheter un produit ou un service auprès d'un vendeur ou d'un prestataire qui l'accepte. Les titres cadeaux peuvent être matérialisés sur différents supports :
 - les chèques cadeaux qui sont des titres d'une valeur définie ;
 - les cartes cadeaux qui prennent la forme d'une carte prépayée, généralement de la taille d'une carte de crédit ;
 - les coffrets qui proposent des produits ou des services à caractère thématique.

4. Il existe des titres multi-enseignes, acceptés par un nombre variable de commerçants partenaires, appartenant généralement à différents univers de consommation (loisirs, culture, habillement, voyages...) et des titres mono-enseignes, acceptés dans une enseigne unique.
5. La valeur cumulée des chèques et des cartes émis en France était de 1,3 milliard d'euros en 2004, correspondant presque exclusivement à des chèques, et de 2,1 milliards d'euros en 2008, correspondant à 25 % de cartes et 75 % de chèques environ. Le secteur connaît une forte croissance.
6. La carte cadeaux prépayée est apparue il y a plus de dix ans aux Etats-Unis, dans les réseaux de grands magasins et de distributeurs spécialisés. En Europe, les premières cartes ont été lancées en 2002 au Royaume Uni. En France, le lancement de la première carte est intervenu en 2005.
7. Le fonctionnement du secteur des titres cadeaux correspond à celui d'un marché « *bi-face* » (*two-sided market*). Cette qualification a été retenue par le ministre chargé de l'économie dans sa décision du 17 février 2006, relative au projet d'entreprise commune des sociétés Natexis Banque Populaire et Banque Postale ayant abouti à la création de la société saisissante Titres Cadeaux. Cette décision explique ainsi que : « *la viabilité économique du prestataire de titres cadeaux repose sur son rôle d'interface entre deux types d'agents distincts, les commerçants d'une part, et les consommateurs d'autre part. La satisfaction retirée de l'usage d'un titre cadeau est fonction, pour le consommateur, du nombre et de la qualité des commerçants qui l'acceptent ; inversement, un commerçant sera plus enclin à accepter un titre cadeau s'il est susceptible d'être utilisé par un grand nombre de clients. La valeur économique accordée à l'utilisation de l'interface n'est donc pas indépendante, pour chaque agent, des choix opérés par l'autre type d'agents. En permettant une interconnexion entre deux types d'acteurs, l'interface joue un rôle de catalyseur des transactions* ».
8. Sur la première face du marché, l'émetteur commercialise ses titres, soit auprès d'organismes intermédiaires (collectivités, comités d'entreprise, entreprises...), soit auprès de personnes physiques. Aux termes de la décision précitée, « *ces deux segments de la demande arbitrent entre les différents émetteurs de chèques cadeaux, non en fonction du prix puisqu'il est identique entre tous, fixé à sa valeur faciale, mais en fonction de la qualité et de la composition du portefeuille d'enseignes partenaires* ». Les titres sont ensuite offerts comme cadeau à un utilisateur final.
9. Sur l'autre face du marché, l'émetteur et les commerçants s'agrément mutuellement par contrat. Les commerçants acceptent de recevoir les titres cadeaux comme moyen de paiement de leurs produits ou prestations de services. Ils obtiennent ensuite de l'émetteur la contrepartie financière du titre. Aux termes de la décision précitée : « *La demande repose sur la volonté de développer la clientèle des commerçants au moyen de ces titres cadeaux offerts à diverses occasions (fêtes, anniversaires...).* L'offre repose quant à elle sur la capacité à diffuser auprès du plus large public ce support potentiellement utilisable dans les magasins des enseignes partenaires ». Par ailleurs, les commerçants peuvent distribuer les titres cadeaux à leur clientèle de personnes physiques.
10. Le prix pratiqué sur le marché aval de la vente des titres est généralement équivalent à la valeur des titres. Il correspond soit à la valeur faciale des chèques, soit à la valeur d'activation des cartes. Une remise quantitative peut être envisagée pour les clients

institutionnels, comme les comités d'entreprises, qui achètent un volume important de titres.

11. Sur le marché amont, l'émetteur perçoit en échange de sa prestation de référencement une commission d'acceptation versée par le commerçant. Le montant de cette commission est de l'ordre de 7 à 10 % du montant hors taxes des ventes générées chez les commerçants affiliés grâce à la mise en relation avec les consommateurs porteurs de titres. Cette commission peut être d'un montant sensiblement inférieur quand le contrat ne concerne que l'acceptation des titres, à l'exclusion de leur distribution. Les commerçants distributeurs des titres auprès de leur clientèle particulière perçoivent quant à eux une commission de distribution versée par l'émetteur. Le montant de cette commission est de l'ordre de 6 % du montant hors taxes de la valeur des titres distribués. La commission de distribution peut se compenser avec la commission d'acceptation, l'émetteur percevant alors le solde net.
12. Les commerçants peuvent aussi bien distribuer des chèques que des cartes. En pratique, la distribution de titres cadeaux par des commerçants concerne surtout les cartes, qui sont plus adaptées à la commercialisation directe que les chèques, car elles peuvent être mises à disposition du public sur des présentoirs et n'ont pas de valeur avant leur activation en caisse. Ainsi, les contrats conclus par les émetteurs au titre des chèques sont essentiellement des contrats d'acceptation.

2. Les entreprises concernées

13. Titres Cadeaux, la saisissante, a été créée le 30 mars 2006. Son capital social est détenu à parts égales par Natixis (groupe Banque Populaire – Caisse d'Épargne) et SF2, société holding propriétaire des filiales de la Banque Postale. Titres Cadeaux a développé un chèque cadeau multi-enseignes et prépare le lancement d'une carte cadeau multi-enseignes.
14. Kadéos, mise en cause dans la présente affaire, a été créée en 1999, au sein du groupe Pinault-Printemps-Redoute (ci-après PPR). Son capital social était initialement détenu à 50 % par PPR Holding et à 50 % à parts égales par trois sociétés appartenant au groupe PPR : Fnac, Redcats (La Redoute) et Conforama. La société a été cédée le 30 mars 2007 au groupe Accor, pour un montant de 210 millions d'euros. Accor Services était déjà présent dans le secteur des titres cadeaux avec sa structure Accentiv' House, et un rapprochement entre les deux entités est en cours sous la dénomination « Accentiv' Kadéos ». En décembre 2009, le conseil d'administration d'Accor a décidé de procéder à une séparation entre ses activités d'hôtellerie et ses activités de services, qui devrait être effective à compter de la mi-2010.
15. A sa création, Kadéos avait principalement pour objet de stimuler le chiffre d'affaires de PPR en orientant les consommateurs achetant ses chèques, puis ses cartes, vers les enseignes du groupe PPR. Depuis sa cession à Accor, Kadéos a élargi le panel de ses distributeurs partenaires à des enseignes n'appartenant pas au groupe PPR. En 2005, Kadéos a été l'un des premiers acteurs du secteur à lancer une carte cadeau prépayée sur le marché français. En 2009, la société a lancé une gamme de coffrets cadeaux dénommés « Boîte à cadeaux ».

3. Le cadre juridique

16. L'encadrement juridique de l'émission de titres cadeaux varie selon le support matériel de ces titres.
17. En vertu des dispositions de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier, la mise à disposition et l'émission de moyens de paiement sont en principe réservées aux établissements de crédit. L'exercice de cette activité réglementée est notamment soumis à l'obtention d'un agrément délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).
18. Les chèques cadeaux ne constituent pas des instruments de paiement et leur émission est libre (voir l'arrêt en date du 6 juin 2001 de la Cour de cassation, Société La Redoute France et autres / Société Tir Groupé). A l'inverse, les cartes prépayées constituent des moyens de paiement et leur émission est donc réglementée.
19. L'article L. 511-7 du code monétaire et financier autorise toutefois les entreprises à « *émettre des instruments de paiement délivrés pour l'achat auprès d'elle[s] ou auprès d'entreprises liées avec elle[s] par un accord de franchise commerciale, d'un bien ou d'un service déterminé* ». Cette exception permet aux entreprises d'émettre librement des cartes prépayées mono-enseigne mais ne s'applique pas aux cartes prépayées multi-enseignes.
20. Les cartes prépayées et les chèques dématérialisés ont la nature de monnaie électronique. La directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 sur la monnaie électronique a créé des règles particulières pour l'émission de ce type d'instruments. Cette réglementation est moins contraignante que celle qui s'applique aux établissements de crédit, mais encadre néanmoins l'accès et l'exercice de l'activité et soumet les établissements de monnaie électronique à une surveillance prudentielle.
21. Afin d'échapper aux contraintes liées à l'obtention du statut d'établissement de crédit ou d'établissement de monnaie électronique, les émetteurs de cartes prépayées multi-enseignes peuvent solliciter une exemption d'agrément auprès du CECEI en application des dispositions du II de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier.
22. Dans sa version applicable aux faits de l'espèce, cet article prévoyait que l'exemption peut être accordée à « *une entreprise exerçant toute activité de mise à disposition ou de gestion de moyens de paiement lorsque ceux-ci ne sont acceptés que par des sociétés qui sont liées à cette entreprise (...) ou par un nombre limité d'entreprises qui se distinguent clairement par le fait qu'elles se trouvent dans les mêmes locaux ou dans une zone géographique restreinte ou par leur étroite relation financière ou commerciale avec l'établissement émetteur, notamment sous la forme d'un dispositif de commercialisation ou de distribution commun* ». Dans un communiqué de presse du 30 mars 2007, le CECEI a précisé que seuls des liens particulièrement étroits, et notamment l'existence d'une clause d'exclusivité représentant un élément fort de constitution d'une communauté d'intérêt et circonscrit à un nombre limité d'adhérents, permettaient de bénéficier de l'exemption. Un simple réseau commun de paiement est considéré comme insuffisant.

23. Dans le secteur des titres cadeaux, quatre entreprises, dont Kadéos, ont sollicité et obtenu une dispense d'agrément du CECEI sur le fondement des dispositions précitées.
24. Les conditions de l'exemption d'agrément ont été assouplies lors de la transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007, relative aux services de paiement dans le marché intérieur. L'article L. 511-7 du code monétaire et financier, dans sa version applicable à compter du 1^{er} novembre 2009, prévoit désormais que le comité peut exempter « *une entreprise fournissant des services bancaires de paiement, pour l'acquisition de biens ou de services dans les locaux de cette entreprise ou dans le cadre d'un accord commercial avec elle, s'appliquant à un réseau limité de personnes acceptant ces services bancaires de paiement ou pour un éventail limité de biens ou de services* ». Les représentants du CECEI, entendus au cours de l'instruction, ont indiqué que cette rédaction nouvelle devrait aboutir à l'évolution de la doctrine du comité, qui n'accordera plus qu'une importance secondaire à l'exclusivité des relations commerciales pour accorder l'agrément.
25. Il convient par ailleurs de noter qu'en vertu des dispositions de l'article 34 de la directive 2007/64 précitée, les cartes cadeaux prépayées multi-enseignes ne peuvent pas stocker de fonds pour une valeur excédant 150 euros et plusieurs cartes ne peuvent être utilisées pour un même achat que dans la limite de 150 euros. Ces restrictions ne concernent ni les chèques, ni les cartes mono-enseigne.

C. LES PRATIQUES DENONCEES

26. Titres Cadeaux reproche à Kadéos de s'être livrée à deux types de pratiques qu'elle qualifie d'anticoncurrentielles.
27. En premier lieu, la saisissante reproche à Kadéos d'assortir presque systématiquement les contrats qu'elle signe avec les commerçants d'une clause d'exclusivité, et ce pour des durées importantes, allant jusqu'à cinq ans. Ces enseignes seraient ainsi dans l'impossibilité juridique d'accepter les cartes cadeaux multi-enseignes des concurrents de Kadéos. Or, selon Titres Cadeaux, les distributeurs référencés sur la carte Kadéos constituent les principales enseignes des secteurs d'activité présentant un intérêt en matière de cartes cadeaux. En outre, la saisissante soutient que les enseignes non liées à Kadéos sont pour l'essentiel inaccessibles car elles sont soit liées exclusivement à des émetteurs de cartes appartenant à leur propre groupe, soit équipées de réseaux monétiques hétérogènes ne permettant pas le traitement uniforme de cartes cadeaux, soit enfin réticentes à s'impliquer dans un système de cartes cadeaux.
28. Titres Cadeaux soutient, par ailleurs, que la société Kadéos impose aux commerçants la clause d'exclusivité d'acceptation en la présentant comme une obligation légale découlant de l'exemption d'agrément bancaire qui lui a été accordée par le CECEI sur le fondement des dispositions de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier, alors que cet article n'imposerait nullement une telle obligation, et que Kadéos aurait pu choisir de se faire agréer comme établissement de monnaie électronique ou faire émettre ses cartes par un établissement bancaire partenaire.

29. En second lieu, la saisissante reproche à Kadéos de verrouiller techniquement le marché de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes, en contribuant à l'installation auprès de ses distributeurs partenaires d'une solution informatique de traitement des cartes uniquement compatible avec sa propre carte et en s'opposant à une ouverture du système permettant l'acceptation de plusieurs cartes multi-enseignes concurrentes.

II. Discussion

30. L'article R. 464-1 du Code de commerce dispose que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce.
31. Dans un arrêt TPS en date du 8 novembre 2005, la Cour de cassation a jugé que des mesures conservatoires peuvent être décidées « *dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce (...)* ».

A. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

32. Les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.
33. Se fondant sur le traité et les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité – devenus les articles 101 et 102 du TFUE (JO 2004 C 101, p. 81), l'Autorité de la concurrence considère que trois éléments doivent être démontrés pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir sensiblement affecté le commerce entre Etats membres : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits ou les services faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation (voir décision du Conseil de la concurrence n° [08-D-30](#) du 4 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 novembre 2009).
34. Si Kadéos fait valoir que ses cartes cadeaux ne sont commercialisables qu'en France, les lignes directrices de la Commission précisent que « *la notion de « commerce » n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement* » (point 19). Ainsi, « *le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational* ». (point 22). Enfin, il n'est pas nécessaire que le comportement incriminé ait effectivement affecté le commerce intracommunautaire,

mais seulement qu'il soit de nature à avoir un tel effet (voir l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 7 octobre 1999, Irish Sugar, T-228/97, Rec p. II-2969, point 170).

35. Les abus de position dominante commis sur le territoire d'un seul État membre sont susceptibles, dans certains cas, d'affecter le commerce intracommunautaire. Les lignes directrices précitées exposent ainsi que « *lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés* » (paragraphe 93). De même, il est indiqué que « *lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce* ». (paragraphe 96).
36. Par ailleurs, en ce qui concerne les accords verticaux couvrant un seul Etat membre, les lignes directrices précisent que ceux-ci « *sont notamment susceptibles d'affecter les courants d'échange entre Etats membres lorsqu'ils rendent plus difficile aux entreprises d'autres Etats membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établissement (effet d'éviction)* » (paragraphe 86). Normalement, ce type d'accord n'est susceptible d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire « *que lorsqu'ils couvrent une proportion significative du marché* » (paragraphe 87). Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le commerce entre Etats membres peut être affecté par une mesure qui empêche une entreprise de s'établir dans un autre Etat membre pour y fournir des services sur le marché en cause (voir arrêt du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. P. I-8089, point 49).
37. En l'espèce, les pratiques dénoncées, qui portent à titre principal sur des pratiques d'éviction mises en œuvre par Kadéos, sont susceptibles d'élever des barrières à l'entrée sur le marché français de concurrents d'autres Etats-membres, et, par conséquent, d'affecter le commerce intracommunautaire.
38. Dans l'hypothèse, qui devra être confirmée par l'instruction au fond, où les marchés pertinents seraient les marchés français de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes (cf. infra, § 59), Kadéos en détiendrait 53,8 % à 80 % des parts (cf. infra, § 75). Dans ces conditions, l'affectation des échanges pourrait être sensible, que les pratiques soient analysées au regard des dispositions relatives aux abus de position dominante ou qu'elles le soient au regard de celles relatives aux ententes.
39. A ce stade de l'instruction, les pratiques en cause paraissent donc susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire et d'être qualifiées au regard des articles 101 et 102 du TFUE.

B. SUR LES PRATIQUES DENONCEES

1. Sur les marchés pertinents

40. Ainsi que le Conseil de la concurrence le rappelait dans son rapport annuel pour 2001, le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit spécifique. Une substituabilité parfaite s'observant rarement, sont considérés comme substituables et par conséquent se situant sur un même marché, les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.

a) Sur les marchés de produits

Sur la distinction entre un marché de l'acceptation et un marché de la distribution des titres cadeaux

41. Les parties s'accordent à distinguer deux marchés, l'un étant celui de l'acceptation et l'autre celui de la distribution des titres cadeaux. Les éléments recueillis au cours de l'instruction confirment cette distinction, à l'image de celle qui avait été retenue par le Conseil de la concurrence s'agissant du marché « *bi-face* » du chèque-cinéma (voir décision n° [07-D-12](#) du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma).
42. Le marché de l'acceptation met en présence les émetteurs de titres cadeaux et les commerçants qui acceptent ces titres en paiement. Le marché de la distribution met en présence les émetteurs de titres cadeaux et les organismes intermédiaires ou les personnes physiques qui les leur achètent.

Sur la distinction entre un marché des chèques cadeaux et un marché des cartes cadeaux

43. Kadéos soutient que les cartes, les chèques et les coffrets cadeaux appartiennent au même marché global des titres cadeaux, ces trois produits ne se distinguant que par leur support matériel.
44. De prime abord, les cartes et les chèques cadeaux paraissent en effet destinés au même usage. Sur le marché de la distribution, chacun de ces titres est acquis par un organisme intermédiaire ou une personne physique en vue de le transmettre à titre de gratification ou de cadeau à un tiers, qui pourra l'utiliser afin d'acquérir un bien ou un service auprès d'un commerçant. Sur le marché de l'acceptation, l'objectif recherché par les commerçants est une augmentation du chiffre d'affaires, quel que soit le support du titre cadeau accepté. Par ailleurs, aucune différence notable n'a été relevée au cours de l'instruction en termes de prix ou de commissions entre les chèques et les cartes, ni sur le marché de l'acceptation, ni sur celui de la distribution.
45. Cette première analyse correspond à celle du ministre chargé de l'économie dans sa décision précitée en date du 17 février 2006 rendue en matière de concentration, qui avait relevé que : « *Le secteur d'activité concerné par l'opération est celui des titres cadeaux, émis sous forme de chèques et de cartes. Les cartes cadeaux ont la même fonction que les chèques, mais prennent la forme d'une carte prépayée. Ces types de*

produit sont relativement homogènes dans la mesure où seul leur support les différencie ».

46. Il convient toutefois d'observer que le ministre n'a pas, contrairement à ce que prétend Kadéos, défini un marché pertinent des titres cadeaux dans la décision en cause. L'homogénéité relative des chèques et des cartes cadeaux qu'il a relevée ne permet pas nécessairement de conclure à leur substituabilité. Cette question a été laissée ouverte, dès lors que l'opération notifiée n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence, quelles que soient les définitions de marché retenues.
47. Par ailleurs, le marché pertinent doit être apprécié « *dans sa situation contemporaine des pratiques* » (voir décision du Conseil de la concurrence n° [05-D-13](#) du 18 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe Canal + dans le secteur de la télévision à péage). Le Conseil a rappelé dans son rapport annuel pour l'année 2008 que la définition du marché est susceptible de varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution se modifient.
48. En l'espèce, à la date de la décision précitée du ministre chargé de l'économie, le volume d'émission des cartes cadeaux sur le marché français était encore modeste puisque la carte cadeau Kadéos n'a été lancée qu'au cours de l'année 2005. Il était donc vraisemblablement trop tôt pour apprécier si un marché des cartes cadeaux devait être distingué de celui des chèques.
49. Les émissions globales de titres cadeaux sont passées de 1,3 milliard d'euros en 2004 à 2,1 milliards d'euros en 2008 et cette augmentation s'explique essentiellement par le développement des cartes cadeaux, dont le volume d'émission annuelle représente aujourd'hui au moins 500 millions d'euros. Il est donc nécessaire d'effectuer un examen plus approfondi pour déterminer s'il y a lieu d'identifier un marché distinct des cartes cadeaux.
50. En tout état de cause, Kadéos ne peut utilement soutenir que l'Autorité est contrainte juridiquement, dans le cadre de la présente affaire, de suivre l'analyse menée par le ministre de l'économie dans une affaire de concentration. Le Conseil a considéré dans sa décision n° [05-D-32](#) du 22 juin 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, que « *les analyses de marché en matière de contrôle des concentrations revêtent nécessairement un caractère prospectif, alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, elles s'attachent à décrire un marché existant. Il peut en résulter parfois des différences d'appréciation relatives à un même secteur (...)* ». Ce point a été affirmé à nouveau par la décision n° [07-D-09](#) du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France.
51. Les modalités de distribution constituent l'un des critères pris en compte par l'Autorité pour définir un marché pertinent de produits. Ainsi, dans sa décision n° [07-D-12](#) précitée, le Conseil de la concurrence a relevé la spécificité des modes de distribution des chèques-cinéma, commercialisés uniquement auprès d'organismes intermédiaires, pour les différencier d'autres moyens de paiement ou des cartes d'abonnement. En l'espèce, les chèques cadeaux font essentiellement l'objet d'une distribution auprès d'organismes intermédiaires, avec quelques exceptions comme la vente directe dans les bureaux de tabac, les banques et certaines enseignes de distribution. Au contraire, les cartes cadeaux sont proposées par les commerçants directement aux personnes physiques. A la différence du chèque, la mise à disposition de la carte en libre service dans les espaces de vente ne présente en effet

pas de risque financier pour le commerçant, puisque celle-ci est dépourvue de valeur monétaire avant son activation lors du passage en caisse de l'acheteur. Du point de vue des consommateurs, la distribution directe confère à la carte une plus grande accessibilité que le chèque.

52. Outre sa distribution directe aux particuliers, la carte se caractérise par des modalités de gestion spécifiques, qui la rendent plus souple et plus sûre à gérer que le chèque du point de vue des émetteurs de titres cadeaux et des commerçants agréés : elle peut être identifiée par un numéro de série unique ; une compensation est possible entre le commerçant qui active la carte et le commerçant qui la reçoit en paiement ; elle peut être le support d'informations utiles au traitement de données à usage marketing ; elle est plus difficile à contrefaire qu'un chèque.
53. L'existence d'une réglementation spécifique constitue un autre critère de détermination du marché pertinent. Dans sa décision n° [02-MC-01](#) du 24 janvier 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Canal Europe Audiovisuel, le Conseil de la concurrence a ainsi conclu à l'absence de substituabilité entre les services de diffusion de programmes de télévision par câble d'une part et par satellite d'autre part, après avoir notamment relevé que les premiers étaient soumis à un régime d'autorisation alors que les seconds étaient soumis à un régime de simple déclaration. En l'espèce, les cartes cadeaux constituent, ainsi qu'il a été exposé plus haut (paragraphe 15 et suivants), des moyens de paiement, dont l'émission est subordonnée à l'obtention du statut d'établissement de crédit, d'émetteur de monnaie électronique, ou à l'obtention d'une exemption du CECEI, à la différence des chèques cadeaux, dont l'émission est libre.
54. Enfin, d'autres caractéristiques de la carte permettent de la différencier du chèque aux yeux des acheteurs et des porteurs de titres cadeaux : la carte peut être désactivée et remplacée en cas de vol et présente ainsi une réelle sécurité d'utilisation ; elle peut être personnalisée en faveur de son porteur par impression de photographies ou de messages personnalisés ; elle est sécable et peut, le cas échéant, être rechargée.
55. L'ensemble de ces éléments tendent à indiquer une absence de substituabilité entre les cartes et les chèques aux yeux des acheteurs comme des émetteurs et des commerçants. Cette situation présente une certaine analogie avec celle des moyens de paiement du secteur bancaire, où la Commission a considéré que les chèques bancaires ne sont pas situés sur le même marché que les cartes de paiement (voir en ce sens la décision de la Commission européenne du 24 juillet 2002 dans l'affaire Visa International, JOCE L 2002 318/17). Seule une instruction approfondie permettra toutefois de recueillir les éléments permettant de confirmer l'existence de deux marchés distincts.
56. La segmentation du marché aval de la distribution des titres cadeaux n'est pas sans incidence sur le marché amont de l'acceptation. En raison de la distribution directe de la carte auprès des personnes physiques, les commerçants qui acceptent d'être référencés sur une carte cadeau peuvent espérer une diffusion auprès d'une clientèle potentielle plus large que celle du chèque cadeau. A cet égard, il y a lieu de relever que les commerçants partenaires qui disposent de points de vente physiques peuvent coupler leur engagement d'acceptation à un engagement de distribution des cartes au sein de leur réseau.
57. Par ailleurs, les coffrets cadeaux présentent des caractéristiques propres qui, à ce stade, semblent les différencier des titres cadeaux généralistes comme les chèques et les cartes. En effet, majoritairement émis par des opérateurs spécialisés comme les

sociétés Smart&Co ou Wonderbox, ils servent principalement de supports à des prestations de tourisme et de loisir et sont à ce titre soumis au cadre législatif et réglementaire du secteur du tourisme.

Sur la distinction entre un marché de la carte cadeau mono-enseigne et un marché de la carte cadeau multi-enseignes

58. Une segmentation du marché de la distribution de la carte cadeau peut également être envisagée, selon que la carte est mono-enseigne ou multi-enseignes.
59. En effet, ces deux produits présentent des caractéristiques spécifiques qui indiquent une probable absence de substituabilité entre eux. Pour le porteur du titre, consommateur final, la carte multi-enseignes offre un large choix d'enseignes auprès desquelles la carte peut être dépensée, à la différence de la carte mono-enseigne, liée à la notoriété de l'unique enseigne référencée. Pour les commerçants, la carte mono-enseigne permet de capter l'intégralité des flux d'affaires générés par la carte, alors que les flux sont plus diffus s'agissant d'une carte multi-enseignes. Pour les émetteurs, l'émission d'une carte multi-enseignes est réglementée alors que celle d'une carte mono-enseigne est libre, ce qui permet aux commerçants d'émettre leur propre carte. Enfin, la valeur de la carte multi-enseignes est limitée à 150 euros, cette limitation ne s'appliquant pas aux cartes mono-enseigne.

b) Sur le marché géographique

60. Les marchés en cause sont susceptibles de revêtir une dimension nationale dès lors que les cartes cadeaux ont vocation à être distribuées et acceptées sur l'ensemble du territoire national, que leur émission est soumise à une réglementation nationale et qu'elles ne sont ni distribuées ni acceptées dans des points de vente physiques situés hors de France.

c) Conclusion sur les marchés pertinents

61. Il résulte de tout ce qui précède qu'à ce stade de l'instruction, sont susceptibles de constituer des marchés pertinents les marchés français de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes.
62. En outre, alors que l'Autorité ne dispose pas d'éléments permettant de se prononcer sur ce point à ce stade, il n'est pas exclu qu'il y ait lieu de distinguer un marché de la distribution des cartes cadeaux auprès des organismes intermédiaires (collectivités, comités d'entreprise, entreprises...) et un marché de la distribution des cartes cadeaux directement auprès des personnes physiques.

2. Sur la position de Kadéos sur les marchés en cause

a) Sur les parts de Kadéos sur les marchés français de l'acceptation et de la distribution de cartes cadeaux multi-enseignes

63. La part de marché de Kadéos sur le marché de la distribution peut être évaluée en fonction de la valeur d'émission de ses cartes cadeaux. A ce stade, il peut être admis que la part de marché de Kadéos sur le marché de l'acceptation soit également estimée en fonction de la valeur d'émission, dès lors que les commissions versées par

les commerçants sont établies à partir des ventes générées par les cartes, qui sont elles-mêmes fonction de leur valeur d'émission.

64. Selon Titres Cadeaux, la part de marché de Kadéos sur le marché de la distribution, auprès des particuliers et des institutionnels, serait de 53,8 %. Sur ce point, la saisissante se prévaut des données suivantes, au titre de l'année 2008 :

Emetteur	Volume d'émission (millions d'Euros)	% du volume total
Kadéos – Groupe Accor (carte Kadéos)	70	53,8 %
Laser – Groupe Galeries Lafayette (carte Kyrielles)	40	30,8 %
Illicado/Synedis – Groupe Auchan (carte Illicado)	20	15,4 %

Source : Titres Cadeaux

65. Au cours de l'instruction, les représentants de Kadéos ont toutefois déclaré que le volume d'émission de la carte Kadéos était de 86 millions d'euros en 2008. Par ailleurs, le représentant du groupe Laser a indiqué que la valeur d'émission de la carte Kyrielles s'élevait à 1 million d'euros en 2008. Il n'est pas exclu que le volume d'émission de la carte Illicado diffère également du chiffre avancé par Titres Cadeaux. En outre, la société Everest a lancé une nouvelle carte cadeau multi-enseignes le 16 novembre 2009, la carte Best, dont le volume d'émission n'est pas encore connu.
66. Si l'on retient les chiffres indiqués par les représentants de Kadéos et de Laser au cours de l'instruction, la part de marché de Kadéos sur les marchés français de l'acceptation et de la distribution de cartes cadeaux multi-enseignes serait alors supérieure à 80 % en 2008.
67. Si Kadéos indique dans ses observations en date du 12 janvier 2010 que sa part de marché sur le « segment » des cartes cadeaux, qu'elle ne reconnaît pas comme marché pertinent, serait d'environ 21 %, elle ne précise cependant pas les modalités de calcul de ce chiffre.

b) Sur les autres éléments d'appréciation du pouvoir de marché de Kadéos

68. Au-delà de la part de marché, le nombre et la qualité des enseignes affiliées doivent être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché des émetteurs de cartes cadeaux multi-enseignes.
69. Au 8 décembre 2009, vingt-huit distributeurs partenaires acceptaient la carte cadeau Kadéos, à savoir, les enseignes de la Fnac (Fnac, Fnac Eveil & Jeux, Fnac Voyages), celles du Printemps (Printemps, Madelios, Made in Sport, Citadium, Printemps Voyages), Conforama, les enseignes de la Redoute (La Redoute, So Home, AM PM, Anne Weyburn, Somewhere, Taillissime), Surcouf, Sephora, Truffaut, Go Sport, Courir, Relais & Châteaux, Burton, Devred, Vision Plus, Bouchara, Eurodiff, Cyrillus et Vertbaudet.
70. Les concurrents de Kadéos ont référencé un nombre d'enseignes comparable. La carte Illicado a ainsi référencé plus de quarante-cinq enseignes, dont certaines détiennent une position significative dans leur secteur d'activité (ToysR'Us, Jouetland, Auchan, 3 Suisses, Interflora, Leroy Merlin, Yves Rocher, Nocibé, Kiabi, Boulanger...). La carte Kyrielles a référencé une vingtaine d'enseignes physiques

(Galeries Lafayette, BHV, Monoprix, Géant Casino, BUT, Intersport, Marionnaud...) ainsi qu'une centaine d'enseignes au titre de la vente en ligne. Enfin, la carte Best regroupe dix enseignes physiques (Agatha, Truffaut, ToysR'Us, Gap...) et une vingtaine d'enseignes au titre de la vente en ligne.

71. Dans sa saisine, Titres Cadeaux produit une estimation des parts de marché d'une partie des enseignes référencées par Kadéos par univers de consommation, selon des données qui proviendraient notamment d'articles publiés dans l'hebdomadaire LSA en 2008 et 2009 :

Univers de consommation	Enseignes	Part de marché
Beauté et parfumerie	Sephora	26 %
Culture	FNAC	28 %
Sport	Go Sport/Courir	9 %
Electrodomestique	FNAC	13 %
Hôtellerie	Accor	45 %
Meubles et décoration	Conforama	25 %
Mode	La Redoute	3 %
	Printemps	1 %

72. Ces éléments, qui devront être confirmés, montrent que les enseignes affiliées à Kadéos détiennent des positions de marché significatives dans leur univers de consommation respectif. C'est le cas notamment de la Fnac, Sephora et Conforama. De telles enseignes sont susceptibles de conférer un avantage concurrentiel à Kadéos.
73. Par ailleurs, Kadéos a été le premier émetteur de cartes multi-enseignes indépendant ayant réussi à développer un chiffre d'affaires significatif, à côté des émetteurs des cartes Illicado et Kyrielles, qui sont intégrés à des groupes. Kadéos dispose d'un savoir-faire par rapport à ses concurrents qui constitue un avantage concurrentiel. Son antériorité lui confère également sur les marchés considérés une notoriété importante.
74. Enfin, Kadéos est un opérateur important du secteur global des titres cadeaux (chèques et cartes) et son rapprochement avec Accentiv' House, au sein de la structure Accentiv' Kadéos en fera à terme le principal opérateur du secteur, coexistant avec des concurrents directs et des entreprises intégrées à de grands groupes de distribution multi- ou mono-enseignes.

c) Conclusion sur la position dominante

75. Conformément à la jurisprudence communautaire (voir notamment l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européenne du 13 février 1979, Hoffmann-La-Roche, aff. 85/76, Rec. p.461), l'Autorité de la concurrence considère que la part de marché détenue par l'entreprise peut, si elle est très importante, constituer un indice de la détention d'une position dominante.
76. A ce stade de l'instruction, Kadéos, qui dispose d'une part de marché supérieure à 50 % selon la saisissante et vraisemblablement supérieure à 80 % selon les éléments

recueillis au cours de l’instruction, ainsi que d’avantages concurrentiels tenant à la qualité et à la notoriété de son portefeuille d’enseignes, est susceptible de détenir une position dominante sur les marchés français de l’acceptation et de la distribution de cartes cadeaux multi-enseignes.

3. Sur les pratiques dénoncées

a) Sur les clauses d’exclusivité

77. La société saisissante soutient que les exclusivités accordées à Kadéos par les réseaux de distribution affiliés à sa carte faussent le libre jeu de la concurrence sur les marchés de l’acceptation et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes, en violation des articles 101 et 102 TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.
78. Le Conseil de la concurrence a indiqué à de nombreuses reprises que les exclusivités de distribution ou d’achat n’étaient pas anticoncurrentielles par elles-mêmes. Dans sa décision n° [08-D-16](#) du 3 juillet 2008 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Cybervitrine à l’encontre de pratiques mises en œuvre par la société Photomaton, le Conseil rappelle ainsi que : « *la conclusion de clauses d’exclusivité au bénéfice d’une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même, un abus, à la condition que le comportement de l’opérateur dominant n’affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. En effet, elles peuvent être nécessaires pour assurer la rentabilité d’une activité, par exemple du fait de l’existence d’investissements spécifiques ou du fait du caractère particulièrement risqué de l’activité. Toutefois, si de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l’effet - constaté ou potentiel - d’éviction qu’elles comportent un abus de position dominante prohibé par l’article L. 420-2 du Code de commerce et l’article [102] du [TFUE]* ».
79. L’Autorité de la concurrence procède à une analyse au cas par cas des clauses d’exclusivité, afin de s’assurer qu’elles n’instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l’entrée sur le marché, en appréciant l’ensemble de leurs éléments constitutifs, à savoir le champ d’application, la durée, l’existence d’une justification technique à l’exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client (cf. décision n° [08-D-16](#) précitée).

Sur le champ d’application et la portée des clauses d’exclusivité

80. En premier lieu, l’exclusivité ne doit pas présenter un caractère trop général qui aboutirait à interdire aux autres opérateurs potentiels l’accès au marché.
81. Kadéos a produit en observations le contrat-type qu’elle propose aux réseaux de distribution spécialisés, dénommé « Contrat de partenariat » (cote 332), et dont l’objet est l’acceptation et la distribution de la carte cadeau Kadéos dans les points de vente de l’enseigne partenaire. Il comporte une clause d’exclusivité d’acceptation, ainsi libellée : « *Le partenaire s’engage à accepter exclusivement les Cartes Cadeaux multi-enseignes avec réseau d’enseignes acceptantes privatif émises par Kadéos et les sociétés de la division Accor* » (article 12). Kadéos reconnaît

également dans ses observations proposer une clause d'exclusivité de distribution aux enseignes commerciales qu'elle démarche (cote 696).

82. Les contrats signés avec les enseignes du groupe PPR, à savoir la Fnac, La Redoute, Printemps et Conforama, comportent des clauses d'exclusivité d'acceptation et de distribution, conclues avant la cession de Kadéos au groupe Accor. Ainsi, la Fnac est engagée au titre d'une double exclusivité d'acceptation et de distribution des titres cadeaux Kadéos et Accentiv'House, à l'exception de certaines cartes, chèques et coffrets cadeaux spécialisés.
83. S'agissant des autres enseignes, l'exclusivité serait proposée sans être une condition impérative du référencement, et se limiterait généralement à une exclusivité d'acceptation. La société Truffaut, enseigne de jardinage, loisir et animalerie, est liée à Kadéos par un contrat d'acceptation non exclusif et n'a pas reconduit en 2009 la clause d'exclusivité de distribution initialement conclue pour une durée d'un an. De même, la société Up&Net, « *pure player internet* » du secteur des titres cadeaux, qui commercialise des cartes destinées aux achats en ligne, a référencé les enseignes Conforama, Séphora et Fnac éveil & jeux, qui sont liées à Kadéos. Enfin, Kadéos a conclu avec La Poste une convention de distribution portant sur la distribution de ses cartes cadeaux dans le réseau des bureaux de poste dépourvue de toute clause d'exclusivité.
84. Il résulte des informations fournies par Kadéos qu'une clause d'exclusivité d'acceptation est incluse dans la majorité des contrats conclus avec ses distributeurs partenaires, et notamment, avec plusieurs enseignes occupant une position de leader dans leur domaine d'activité (cotes 697 et 698).
85. La portée de ces exclusivités, qui concernent vingt-sept enseignes commerciales, paraît a priori limitée au regard du nombre total d'enseignes opérant sur le territoire français ou de celles qui sont affiliées à des émetteurs sur le marché connexe des chèques cadeaux et qui se chiffrent en centaines.
86. La portée des exclusivités ne peut cependant être appréciée uniquement au regard du nombre d'enseignes affiliées à Kadéos dès lors que certaines de ces enseignes disposent d'une très forte notoriété générale ou sectorielle et d'un chiffre d'affaires significatif dans leur domaine d'activité. Par exemple, dans le domaine des biens culturels, la Fnac détiendrait, d'après les éléments communiqués par la saisissante, 28 % des parts de marché. Il en va de même de l'enseigne Sephora, dans le secteur de la beauté/parfumerie, qui détiendrait une part de marché de 26 %.
87. En outre, Titres Cadeaux fait valoir que la portée des exclusivités dénoncées serait d'autant plus importante que les enseignes disponibles pour un émetteur de cartes cadeaux sont limitées en nombre et en qualité.
88. Pour ce qui concerne les enseignes physiques hors du secteur de la grande distribution, l'hétérogénéité du réseau monétique de certaines enseignes pourrait constituer une barrière technique à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché de l'acceptation de la carte cadeau multi-enseignes. Les auditions des représentants des sociétés Kyrielles et Everest confirment l'existence de ces difficultés techniques, qui paraissent toutefois surmontables (cotes 575 et 580).
89. Pour ce qui concerne la grande distribution, Titres Cadeaux fait valoir que le taux de commission d'acceptation pratiqué dans ce secteur est trop faible en comparaison de celui des enseignes physiques pour obtenir une rentabilité satisfaisante de l'investissement. Par ailleurs, les chaînes de distribution refuseraient le

référencement de leurs concurrents sur une carte commune, ce qui aurait pour effet de restreindre la capacité d'un émetteur de cartes cadeaux à développer son activité.

90. Pour ce qui concerne les enseignes de ventes en ligne, si leur référencement est aisé, notamment du fait de la présence sur le marché du grossiste Up & Net proposant un service de référencement, l'équilibre financier de l'activité d'émission de cartes cadeaux serait plus difficile à atteindre dans ce secteur que dans celui des enseignes physiques puisque les commissions d'acceptation sont partagées avec le grossiste.
91. Ainsi, les enseignes de la grande distribution et de la vente en ligne ne constitueraient pas une alternative suffisante pour un nouvel entrant.
92. Par ailleurs, les éléments recueillis au cours de l'instruction indiquent que Kadéos est le seul acteur du marché à avoir conclu des exclusivités de distribution interdisant aux enseignes partenaires de distribuer leur propre carte cadeau mono-enseigne. C'est le cas notamment du contrat de partenariat conclu avec la Fnac, qui stipule en son article 1^{er} que l'enseigne s'engage «à ne pas mettre sur le marché français à travers son système de distribution d'autres cartes cadeaux prépayées ou chèques cadeaux que les Solutions Cadeaux Kadéos à l'exception des solutions en place à la date des présentes », ces exceptions n'ayant qu'une portée limitée (cote 350). Au contraire, les émetteurs des cartes Illicado et Kyrielles autorisent leurs distributeurs partenaires à émettre leurs propres cartes mono-enseigne.
93. Le couplage d'une exclusivité d'acceptation et d'une exclusivité de distribution interdisant à l'enseigne affiliée l'émission d'une carte mono-enseigne pourrait avoir pour effet de permettre à Kadéos de capter une part importante des recettes de l'enseigne. Il expliquerait ainsi que Kadéos puisse maintenir une part de marché prépondérante. A cet égard, la valeur d'émission de la carte Kadéos, soit 86 millions d'euros en 2008, est sans commune mesure avec celle de la carte Kyrielles, soit 1 million d'euros au titre de la même année, alors même que cette dernière est adossée à un groupe de distribution prestigieux, les Galeries Lafayette, et dispose d'un portefeuille d'enseignes de qualité.
94. Il résulte de ce qui précède qu'en dépit du faible nombre d'enseignes liées à Kadéos par des clauses d'exclusivité d'acceptation ou de distribution, la portée de ces exclusivités pourrait être significative.

Sur la durée de l'exclusivité et la reconduction des contrats

95. En deuxième lieu, la durée de l'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur d'activité, car elle figerait alors artificiellement les parts de marché.
96. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (JOCE du 13 octobre 2000, C 291/29), que l'Autorité considère comme un guide d'analyse utile, analysent de la façon suivante les effets sur la concurrence de la durée d'une exclusivité monomarque : « *Les obligations de non-concurrence contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante et d'une durée comprise entre un an et cinq ans doivent être examinées sur la base d'un bilan des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou bien produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché qu'elles produisent. Les entreprises en position dominante ne*

peuvent imposer des obligations de non-concurrence à leurs acheteurs à moins de pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratique commerciale dans le contexte de l'article 82» (paragraphe 141). La Commission considère donc que les exclusivités conclues par une entreprise en position dominante, ce qui serait le cas de Kadéos, pourraient avoir, en l'absence de gains d'efficience, un effet anticoncurrentiel, quelle que soit la durée de l'engagement contractuel.

97. Les contrats signés par Kadéos prévoient une durée d'exclusivité variable, qui s'étend de un à cinq ans. Kadéos indique dans ses observations (cotes 697 et 698) que la durée des exclusivités d'acceptation conclues avec la Fnac, La Redoute et Conforama est de cinq ans à compter du 1^{er} janvier 2007. La durée de l'exclusivité d'acceptation conclue avec le Printemps est d'un an, renouvelable par tacite reconduction. La durée de l'exclusivité d'acceptation des enseignes n'appartenant pas au groupe PPR est quant à elle plus courte, ne s'étendant pas au-delà de trois ans.
98. Il ne ressort pas des éléments produits que les contrats comporteraient systématiquement une clause de reconduction tacite de nature à pérenniser les relations commerciales entre les parties, sauf lorsque la durée de l'exclusivité est limitée à un an.
99. La durée des exclusivités que Kadéos a signées avec les enseignes affiliées à sa carte pourrait donc être regardée comme excessive si la position dominante était confirmée à l'issue de l'instruction au fond.

Sur les justifications techniques

100. En troisième lieu, il convient d'examiner s'il existe des justifications techniques ou économiques à l'exclusivité, et notamment, si Kadéos doit y recourir pour assurer la rentabilité de ses investissements.
101. Dans l'étude thématique consacrée aux « Exclusivités et contrats de long terme » publiée dans le rapport annuel pour l'année 2007, le Conseil de la concurrence rappelle que : *«La rentabilité d'un investissement dépend de la comparaison entre une dépense immédiate et un flux de revenus futurs escomptés, actualisés par un taux d'intérêt adapté (coût moyen pondéré du capital), prenant en compte le risque. Des investissements importants peuvent n'être rentables qu'à la condition que l'investisseur ait une visibilité sur une période suffisamment longue, lui permettant d'espérer un retour sur investissement dans des conditions économiquement raisonnables. Des durées contractuelles longues peuvent être un moyen d'assurer une telle visibilité ».*
102. Kadéos fait valoir que les exclusivités conclues sont justifiées, d'une part, par les investissements réalisés par le groupe Accor lors du rachat de Kadéos en 2007 et, d'autre part, par les investissements spécifiques réalisés par Kadéos en termes de communication et de marketing.
103. Selon les données dont se prévaut Titres Cadeaux dans sa saisine, le coût de mise en place d'une carte cadeau multi-enseignes est de l'ordre de 500 000 euros, et cet investissement serait rentabilisé à partir d'un volume d'émission de 10 millions d'euros.
104. A ce stade de l'instruction, il ne peut donc être exclu que l'exclusivité soit justifiée par la nécessité de rentabiliser l'investissement réalisé par Kadéos pour lancer et développer sa carte cadeau. L'instruction devra s'attacher à approfondir ce point.

Sur la contrepartie économique

105. En quatrième lieu, il convient d'examiner si le client se voit rétrocéder une juste part de l'avantage économique découlant pour le fournisseur de l'exclusivité obtenue.
106. Kadéos fait valoir que l'exclusivité est justifiée par le surcroît de chiffre d'affaires qu'en retirent les réseaux de distribution partenaires, dès lors qu'elle a pour effet une concentration des ventes générées par les cartes cadeaux sur un nombre limité d'enseignes. L'exclusivité serait aussi justifiée par le gain de notoriété obtenu par les commerçants agréés, d'autant plus important que les dépenses de publicité et de promotion engagées par Kadéos se concentrent sur un portefeuille restreint d'enseignes.
107. A ce stade de l'instruction, il ne peut être exclu que les exclusivités conclues par Kadéos trouvent au moins en partie une justification par la réalisation de gains d'efficacité qui profitent aux parties concernées, point qui devra être vérifié par l'instruction.

Conclusion sur les clauses d'exclusivité

108. Il résulte de l'ensemble des éléments ci-dessus que l'introduction par Kadéos de clauses d'exclusivité d'une durée allant jusqu'à cinq ans dans les contrats signés avec la majorité de ses distributeurs partenaires est susceptible d'avoir pour objet ou pour effet de créer des barrières artificielles à l'entrée et à l'expansion d'entreprises concurrentes sur les marchés français de la distribution et de l'acceptation de cartes cadeaux multi-enseignes.
109. En effet, de telles clauses pourraient entraîner la capture d'enseignes commerciales générant une forte valeur d'émission, permettant à Kadéos de maintenir une éventuelle position dominante sur les marchés considérés alors que les alternatives offertes sur ces marchés aux concurrents ou nouveaux entrants paraissent, en première analyse, plus que modestes.
110. Dans l'hypothèse où une instruction au fond ne permettrait pas de conclure à l'existence de gains d'efficacité, ces clauses pourraient être constitutives aussi bien d'un abus de position dominante que d'une entente anticoncurrentielle.
111. En effet, l'analyse des effets sur la concurrence des accords d'exclusivité conclus entre une entreprise en position dominante sur le marché pertinent et ses acheteurs est a fortiori pertinente pour l'analyse des mêmes accords au regard de la législation nationale et communautaire relative aux ententes.
112. A cet égard, il convient d'écarter l'argument de Kadéos aux termes duquel Titres Cadeaux n'aurait pas identifié les parties à l'entente dénoncée, dès lors que le terme générique « enseignes » est utilisé en l'espèce pour désigner les distributeurs de produits et de services susceptibles d'accepter ou de distribuer les cartes cadeaux.
113. Par ailleurs, s'il était confirmé que les parts de Kadéos sur les marchés de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes excèdent 30 %, la société ne remplirait pas les conditions prévues au règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité - devenu l'article 101 TFUE - à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, pour obtenir l'exemption des accords dénoncés.

114. A ce stade de l’instruction, les clauses d’exclusivité dénoncées sont donc susceptibles de constituer des pratiques contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et aux articles 101 et 102 TFUE.

b) Sur le verrouillage technique des systèmes de paiement

115. L’usage de cartes cadeaux prépayées dans un lieu de vente nécessite, d’une part, l’activation de la carte lors du passage en caisse, par l’intermédiaire d’un terminal de paiement électronique, et, d’autre part, la lecture et le traitement des informations contenues par la carte à l’occasion des passages ultérieurs en caisse, lors des opérations de paiement.

116. Selon les déclarations de ses représentants, Kadéos a fait développer un logiciel de reconnaissance pour ses cartes cadeaux, dont elle possède les droits et qu’elle installe à ses frais chez les enseignes partenaires. Le développeur de ce logiciel est la société Prosodie, qui est également le processeur technique des cartes de Kadéos assurant le rôle de plateforme de traitement à distance des cartes. Kadéos fait valoir qu’à sa connaissance, l’installation technique du logiciel ne rendrait pas impossible l’installation d’un autre logiciel de traitement des cartes. Par ailleurs, elle déclare ne pas imposer d’exclusivité juridique aux enseignes référencées leur interdisant l’installation d’un logiciel de traitement de cartes concurrentes.

117. Il ressort de l’audition des représentants de la société Prosodie que certaines enseignes disposent d’un système monétique de traitement des cartes qui peut être configuré au profit exclusif d’un type de carte prépayée, généralement la carte Kadéos, en raison de son antériorité sur le marché (cote 509). Il est toutefois peu probable que l’ensemble des enseignes référencées sur la carte Kadéos en soient équipées, en particulier les plus petites enseignes, car le système monétique concerné est destiné aux structures d’une certaine taille. Par ailleurs, il ressort de l’audition des représentants de la société Truffaut que le système peut faire l’objet d’une mise à niveau afin d’accepter plusieurs cartes, moyennant un investissement de l’ordre de 15 000 à 20 000 euros (cote 514). Le verrouillage technique allégué n’apparaît donc pas permanent.

118. Il résulte des éléments précédents que le verrouillage technique dénoncé par Titres Cadeaux ne paraît pas, sous réserve d’une instruction au fond, résulter de pratiques mises en œuvre par Kadéos susceptibles d’être contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et aux articles 101 et 102 TFUE. Ce verrouillage est toutefois susceptible de renforcer la barrière technique à l’entrée des marchés de l’acceptation et de la distribution des cartes cadeaux résultant de l’hétérogénéité des systèmes monétiques des enseignes.

4. Sur le moyen tiré de l’application d’un texte législatif ou réglementaire

119. Aux termes de l’article L. 420-4 du Code de commerce : « *I. - Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : 1° Qui résultent de l’application d’un texte législatif ou d’un texte réglementaire pris pour son application* ».

120. Kadéos exerce son activité d’émetteur de cartes cadeaux multi-enseignes en vertu d’une décision d’exemption rendue par le CECEI le 27 août 2007 sur le fondement

de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier. Aux termes de cette décision, l'exemption est accordée sous condition « *du caractère accessoire de l'acceptation des cartes cadeaux par des enseignes qui ne seraient pas liées à Kadéos par une clause d'exclusivité d'acceptation* ».

121. Dans ses observations du 12 janvier 2010, Kadéos déclare ne pas se prévaloir des dispositions précitées de l'article L. 420-4 du code du commerce, puisqu'elle estime ne pas enfreindre les articles L. 420-1 et L. 420-2 dudit code (cote 724). Elle précise par ailleurs que les termes de la décision d'exemption du CECEI ne lui « *permettent nullement de « contraindre » les enseignes à conclure des partenariats exclusifs* » (cote 700). En revanche, elle admet proposer aux enseignes souhaitant rejoindre son réseau une exclusivité d'acceptation ou de distribution sur le fondement de cette réglementation, cette exclusivité faisant l'objet d'une négociation et pouvant être écartée.
122. Dans l'hypothèse où l'instruction au fond permettrait d'établir le caractère anticoncurrentiel des pratiques dénoncées, il y aurait lieu d'examiner si les dispositions de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier ou la décision du CECEI sont de nature à soustraire les clauses conclues par Kadéos pour l'acceptation exclusive de ses cartes cadeaux du champ d'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.
123. S'il était conclu que les pratiques en cause peuvent bénéficier de l'exemption prévue par l'article L. 420-4 du code du commerce, et dans le cas où il serait reconnu que ces pratiques affectent sensiblement le commerce intra-communautaire, il y aurait alors lieu d'examiner si les pratiques en cause sont toutefois susceptibles d'être qualifiées au regard des dispositions des articles 101 et 102 TFUE, la Cour de justice des communautés européennes ayant jugé dans un arrêt en date du 9 septembre 2003 qu'une autorité nationale a l'obligation de laisser inappliquée une législation nationale imposant ou favorisant un comportement d'entreprises contraire aux règles communautaires (Conorzio Industrie Fiammiferi / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-198/01).

C. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

124. Aux termes de l'article L. 464-1 du Code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut (...) prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. (...) Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».

1. Sur l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs

125. Pour justifier sa demande de mesures conservatoires, Titres Cadeaux fait valoir que les exclusivités obtenues par Kadéos sont de nature à lui permettre de préempter durablement les marchés français de l'acceptation et de la distribution des cartes

cadeaux multi-enseignes et à contrarier le développement de ces marchés en forte croissance, en conférant à Kadéos un avantage concurrentiel durable en termes de notoriété. Elle fait valoir que l'existence de pics de consommation observés chaque année à la période de Noël, puis du printemps, établit l'urgence.

126. Il convient tout d'abord de relever que les pratiques dénoncées sont anciennes et, pour ce qui concerne les exclusivités conclues avec les enseignes du groupe PPR, antérieures au rachat de Kadéos par le groupe Accor en mars 2007. Aucun élément au dossier ne permet d'établir qu'un fait nouveau aurait aggravé la situation de l'économie, du secteur ou des consommateurs et rendrait particulièrement urgente leur protection par l'octroi de mesures conservatoires.
127. En outre, aucun élément n'indique que le secteur des cartes cadeaux, qui est en plein développement, s'est trouvé figé à l'issue de la période de Noël 2009 ou risque de l'être au printemps 2010, de sorte que l'argument de la saisissante tenant à l'urgence de la situation du fait de la saisonnalité de l'activité n'apparaît pas fondé.
128. Par ailleurs, un nouveau concurrent, la société Everest, est entré sur le marché en novembre 2009 avec le lancement de la carte cadeau multi-enseignes Best, ce qui indique que le verrouillage du marché allégué n'est pas absolu.
129. Enfin, l'offre de titres cadeaux dont bénéficient les consommateurs français a connu une importante progression au cours des deux dernières années et s'est diversifiée avec le lancement de cartes, de coffrets thématiques, ou de produits dédiés aux achats en ligne. Il n'est pas démontré que les pratiques dénoncées auraient entraîné une hausse du prix des cartes cadeaux. Dans ces conditions, l'atteinte à l'intérêt des consommateurs n'est pas démontrée.
130. Au regard de ces éléments, le caractère grave et immédiat de l'atteinte aux intérêts de l'économie générale, du secteur intéressé et des consommateurs n'est pas démontré.

2. Sur l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante

131. Titres Cadeaux est une filiale commune de la Banque Postale et de Natixis, soit deux établissements financiers français de premier rang. En 2008, soit deux ans après sa création, la valeur d'émission de ses chèques cadeaux a atteint 63 millions d'euros. A supposer que le report allégué de la mise sur le marché de la carte de Titres Cadeaux ait pour origine directe et certaine les pratiques exclusives mises en œuvre par Kadéos, il n'est pas démontré qu'un tel report serait de nature à mettre en péril l'existence de la saisissante. Au regard de ces éléments, le caractère grave et immédiat de l'atteinte aux intérêts de l'entreprise plaignante n'est pas démontré.

3. Conclusion sur la demande de mesures conservatoires

132. Faute d'une atteinte grave et immédiate à l'un des intérêts protégés par l'article L. 464-1 du Code de commerce, il n'y a pas lieu de prononcer les mesures conservatoires sollicitées par la société saisissante. Il convient en revanche de poursuivre l'instruction sur les différentes pratiques reprochées à la société Kadéos.

DÉCISION

Article 1 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 09/0102 M est rejetée.

Article 2 : Il y a lieu de poursuivre l'instruction de l'affaire au fond enregistrée sous le numéro 09/0101 F.

Délibéré sur le rapport oral de M. Didier Grandhay et l'intervention de M. Eric Cuziat, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Reine-Claude Mader-Saussaye et MM. Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq et Jean-Bertrand Drummen, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Françoise Aubert

© Autorité de la concurrence