

C2007-144 / Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 4 janvier 2008, aux conseils de la société France Telecom SA, relative à une concentration dans le secteur des produits et services photographiques et de téléphonie mobile.

NOR : ECEC0802071S

Maîtres,

Par dépôt d'un dossier déclaré complet le 16 novembre 2007, vous avez notifié l'acquisition par France Telecom SA (ci-après « FT ») de 35% du capital et des droits de vote de Compagnie Européenne de Téléphonie SA, dont les filiales opérationnelles sont Photo Service SA et Photo Station SA. Le capital de Compagnie Européenne de Téléphonie SA est actuellement majoritairement détenu par la société luxembourgeoise Compagnie du Téléphone SARL (ci-après « CT »). Cette opération a été formalisée par une lettre d'intention signée le 26 juillet 2007 et un projet de pacte d'actionnaires en date du 28 septembre 2007. Il ressort de l'instruction que le projet notifié est suffisamment abouti au sens de l'article L.430-3 du code de commerce.

1. LES ENTREPRISES CONCERNÉES ET L'OPÉRATION NOTIFIÉE

1.1. Les entreprises concernées

FT¹, société de tête du groupe France Télécom, cotée sur les marchés financiers, est un opérateur intégré de communications électroniques qui fournit une large gamme de services (ligne fixe, mobile, Internet, données) à destination de la clientèle grand public et professionnelle, en Europe et à l'international. FT exploite en France un réseau d'environ 34 millions de lignes téléphoniques connectées à des particuliers et des entreprises et fournit des produits et services de téléphonie mobile en Europe via sa filiale Orange SA (ci-après « Orange »). En 2006, Orange est devenu la marque commerciale unique de FT pour Internet, la télévision, le mobile et pour toutes les offres de services numériques aux particuliers, aux professionnels et aux entreprises. En 2006, FT a réalisé un chiffre d'affaires total consolidé de 51,7 milliards d'euros, dont [...] milliards en France.

CT, dont le capital est intégralement détenu par Messieurs Likierman et Abittan, détient 75% de la Compagnie Européenne du Téléphonie SA (ci-après « CET »), les 25 % restants étant répartis entre neuf actionnaires individuels. CET détient indirectement² 99,9% du capital de Photo Service SA (ci-après « PSE ») et de Photo Station SA (ci-après « PST »). CET dispose d'un réseau de [450-550] magasins en France, dont environ 260 sous enseigne PSE et environ 240 sous enseigne PST, qui commercialisent des produits et services photographiques (tirages et produits accessoires) et distribuent des produits et services de téléphonie mobile sous marque Orange, dans le cadre d'un

¹ Le capital de FT est principalement détenu par le public (68,89%), l'Etat français (18,16%), et l'établissement public ERAP (9,23%).

² La société CET détient l'intégralité du capital de la société Luxembourgeoise de Téléphonie SARL, qui détient elle-même 99,99% des actions de la société Générale de Téléphone SA. Cette dernière détient 99,99% du capital des sociétés Photo Service et Photo Station.

partenariat commercial exclusif conclu avec FT en novembre 2005. En 2006, CT a réalisé un chiffre d'affaires consolidé de 177,2 millions d'euros, dont 168,5 millions en France³.

1.2. L'opération

En 2005, Michael Likierman et Daniel Abittan ont repris via CT (anciennement EAPV 2 Luxembourg SARL) l'activité du groupe CET, anciennement Photo Europe⁴. Ce groupe rencontrait alors des difficultés financières dans le contexte de la mutation technologique de la photographie de l'argentique vers le numérique.

En novembre 2005, PSE et PST ont conclu avec FT et sa filiale Orange France SA (ci-après « Orange ») différents accords encadrant un partenariat commercial exclusif destiné à la promotion et à la commercialisation des services et produits de FT / Orange dans les boutiques du groupe CET. Ce partenariat a évolué en 2006 pour tenir compte de la dégradation de la situation financière de CET⁵.

En définitive, ce partenariat s'est notamment traduit par la conclusion d'un contrat de distribution exclusive entre Orange et chacune des enseignes PSE et PST, d'un accord de coopération commerciale et d'un accord de « shopfitting » (prévoyant la participation financière de FT à l'aménagement des points de vente). Par ailleurs, FT a conclu avec chacune de ces enseignes un accord relatif aux « modalités de promotion et de commercialisation de produits et de services de France Télécom ».

Suite au plan de sauvegarde de PSE, Orange a consenti à celle-ci une avance sur les rémunérations à percevoir (acompte sur les rémunérations trimestrielles tirées de la vente de produits et services Orange, pour un montant plafonné). En outre, en contrepartie du versement anticipé par FT d'une somme de [...] millions d'euros, FT et PSE ont conclu une promesse synallagmatique de cession de baux prévoyant la cession de [...] baux commerciaux, qui s'est traduite au jour de la présente décision, selon les parties notifiantes, par la cession effective de [...] baux. Enfin, Orange et PSE ont conclu en novembre 2005 une convention d'avances commerciales ; pour garantir sa créance, Orange a principalement eu recours à des nantissements sur des fonds de commerce de l'enseigne. Les parties notifiantes ont fourni l'ensemble des accords conclus dans le cadre de leur partenariat et ont décrit les éléments de faits qui les ont accompagnés ou suivis.

Selon FT et CT, les accords de partenariat conclus entre FT / Orange et les sociétés du groupe CET, ainsi que les éléments de fait qui entourent ces accords, « ne permettent pas de qualifier l'existence préalable d'un contrôle de droit ou de fait de la part de FT » sur CET. Les parties notifiantes indiquent en particulier que « le poids de la téléphonie dans l'activité globale des sociétés Photo Service et Photo Station reste à ce jour très minoritaire (29% au 30 juin 2007) » et que « France Télécom en tant que fournisseur, a un comportement vis à vis de Photo Service et Photo Station analogue à celui qu'elle a avec ses autres distributeurs ».

L'article L.430-1 du code de commerce dispose que « le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise [...] ». Les lignes directrices de la DGCCRF relatives au contrôle des concentrations indiquent que des participations faibles « voire nulles, dans des cas extrêmement rares » peuvent néanmoins être considérées comme conduisant à une influence déterminante, et précisent que font partie des éléments

³ En dehors du chiffre d'affaires réalisé par CET, CT ne réalise pas de chiffre d'affaires en France. De plus, Michael Likierman et Daniel Abittan ne détiennent pas le contrôle d'autres entreprises.

⁴ Cette opération n'a pas été examinée par le Ministre au titre du contrôle des concentrations, dans la mesure où les seuils de notification prévus à l'article L.430-2 du code de commerce n'étaient pas atteints.

⁵ PST a été placée en redressement judiciaire le 2 novembre 2005. PSE a saisi le Tribunal de commerce de Pontoise d'une demande d'ouverture de procédure de sauvegarde le 9 janvier 2006. Le Tribunal de commerce de Pontoise a adopté le plan de sauvegarde de PSE sur la base d'un nouveau business plan, le 2 juin 2006. A l'issue d'une période d'observation de 6 mois, un plan de continuation au profit de PST d'une durée de 9 ans a été arrêté par le Tribunal de commerce de Nancy le 25 avril 2006.

constituant un faisceau d'indices convergents de nature à caractériser une influence déterminante « *le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise, ce qui peut entraîner un contrôle de fait* »⁶ et « *le fait d'avoir avec l'entreprise des relations commerciales très privilégiées (par exemple des contrats commerciaux exclusifs [...]) ou d'être le principal partenaire économique de l'entreprise* » (§10).

L'annexe 2 aux lignes directrices relative aux contrats de distribution relève ainsi que lorsqu'un accord de franchise s'accompagne d'une acquisition d'actifs (fonds de commerce, stocks, locaux) « *susceptible de donner au franchiseur le contrôle des actifs du franchisé* » (§590), l'opération est alors susceptible de relever du droit des concentrations s'il est possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et si les seuils en chiffre d'affaires sont atteints (voir décision M.890 Blocker / Toys « R » Us de la Commission européenne⁷). Les lignes directrices soulignent que cette pratique décisionnelle est applicable, au delà de la franchise, aux autres accords de distribution.

Au cas d'espèce, FT entretient avec le groupe CET des relations commerciales au titre des accords de distribution exclusive précités, qui l'ont de surcroît amenée à intervenir en tant que prêteur auprès de CET. Enfin, FT a acquis au cours de deux dernières années des actifs de CET (baux commerciaux).

Toutefois, comme l'indiquent les lignes directrices précitées, la qualification d'une influence déterminante sur une entreprise en dehors de toute participation au capital et de toute représentation dans les organes délibérants, est « *extrêmement rare* », et requiert en toute hypothèse qu'un faisceau d'indices convergents soit réuni, ce qui n'est pas vérifié au cas d'espèce.

Ainsi, l'opération examinée ne présente pas les caractéristiques qui avaient conduit le Conseil de la concurrence à considérer que Gillette exerçait une influence déterminante sur Eemland Holdings NV⁸ en l'absence de toute participation à son capital ; en particulier Gillette détenait des obligations convertibles en actions lui conférant des droits de préemption sur les actions ordinaires d'Eemland Holdings NV ainsi qu'un ensemble de droits « *lui permettant, le cas échéant, de prendre en partie ou en totalité le contrôle* » de cette dernière, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; de plus, le Conseil avait relevé qu'Eemland Holdings NV ne pouvait ignorer sa dépendance financière vis-à-vis d'un créancier « *dont l'apport en capitaux représent[ait] environ 70% de son chiffre d'affaires mondial annuel* ». Or, d'après les éléments fournis, les apports en capitaux de FT / Orange à CET ne représentent pas une proportion comparable du chiffre d'affaires total de ce groupe.

De plus, l'activité de développement et tirage photographique représentait au jour de la notification encore environ [60-70]% du chiffre d'affaires total de PSE et PST.

Par ailleurs, la cession effective de baux (en contrepartie du versement anticipé par FT d'une somme de [...] millions d'euros) n'a concerné que [...] boutiques sur un total de [450-550], ce qui est insusceptible de donner à FT le contrôle des actifs de CET.

Enfin, les nantissements ne se traduiront par des transferts d'actifs à FT que dans l'hypothèse où CET ne serait pas en mesure de respecter ses échéances financières.

Compte tenu de l'ensemble des éléments fournis, il résulte de l'instruction, et notamment de l'analyse des termes du partenariat commercial, du degré de dépendance financière de CET vis-à-vis de FT et des cessions⁹ et nantissements de baux intervenus, que FT ne disposait pas, préalablement à la notification de la présente opération, d'une influence déterminante sur CET, de nature à lui conférer un contrôle au sens de l'article L.430-1 du code de commerce.

⁶ Voir en particulier l'opération *Gillette / Wilkinson-Eemland*, notamment l'avis du Conseil de la concurrence en date du 15 octobre 1991.

⁷ Décision du 26 juin 1997.

⁸ Avis précité.

⁹ Il résulte des éléments fournis que le chiffre d'affaires attribuable aux baux cédés n'atteint pas, en tout état de cause, les seuils de notification.

L'opération notifiée consiste en l'acquisition par FT de 35% du capital et des droits de vote de CET, suite à une augmentation de capital et à l'émission d'obligations convertibles en actions. Il ressort de l'instruction que FT et CT détiendront à l'issue de l'opération le contrôle conjoint de CET et subséquemment de ses filiales¹⁰.

Ainsi, en ce qu'elle confère à FT et CT le contrôle conjoint de CET, contrôlée auparavant à titre exclusif par CT, l'opération notifiée constitue une concentration au sens de l'article L.430-1 du Code de commerce¹¹. Compte tenu des chiffres d'affaires des entreprises concernées, elle ne revêt pas une dimension communautaire et est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du Code de commerce relatifs à la concentration économique.

2. LES MARCHÉS CONCERNÉS

Compte tenu des activités des parties, le secteur concerné par l'opération est celui des communications électroniques. Les autorités de concurrence nationales et communautaire distinguent, au sein de ce secteur, les activités de téléphonie fixe, celles de téléphonie mobile, le haut débit et les services de capacités.

Par ailleurs, CT est majoritairement actif, via CET, dans la commercialisation de produits et services photographiques à une clientèle composée essentiellement de particuliers, et plus précisément dans le développement et le tirage de photographie argentique et numérique.

2.1 Dans le secteur de la commercialisation de produits et de services photographiques

FT n'est pas active en France dans le secteur de la commercialisation de produits et de services photographiques. Il convient toutefois de déterminer s'il est susceptible d'être concerné par la présente opération en raison de liens de connexité avec les activités de FT.

Dans sa décision C2001-194 du 5 décembre 2001 *Kodak / actifs de Spector Photo Group*¹², le Ministre a délimité dans le secteur de la commercialisation des produits et services photographiques un marché large du développement et tirage photographiques à destination du grand public. En 2001, l'activité de développement et de tirage photographique grand public consistait essentiellement en la collecte de films par des opérateurs auprès des « comptoirs photos » installés dans divers circuits de distribution, leur transport vers des laboratoires, chargés de leur développement et de leur tirage sur papier argentique ou sous forme de CD-Rom.

¹⁰ Selon le projet de pacte d'actionnaires entre CT, FT et les actionnaires individuels précités, le Conseil d'administration de CET sera composé de [...] membres, dont [...] choisis sur une liste proposée par FT. Toutefois, FT disposera, tant qu'elle disposera de [...] % du capital et des droits de vote de CT, d'un droit de veto sur des décisions de nature stratégique, qui devront avoir reçu l'accord préalable du Conseil d'administration et ne pourront y être adoptées sans le vote favorable d'au moins [...] des représentants de FT. Ces décisions portent essentiellement sur [...]. De plus, le partenariat commercial entre FT et CET ainsi que les éléments de fait qui l'accompagnent, précités, s'ajoutent au faisceau d'indices permettant de qualifier l'influence déterminante de FT sur CET à l'issue de l'opération.

¹¹ Selon la Communication juridictionnelle consolidée de la Commission européenne en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, « *le passage d'un contrôle exclusif à un contrôle en commun est considéré comme une opération soumise à notification, compte tenu de la modification de la qualité du contrôle de l'entreprise commune. Premièrement, il y a une nouvelle acquisition de contrôle liée à l'entrée du nouvel actionnaire dans l'entreprise contrôlée. Deuxièmement, seule la nouvelle acquisition de contrôle fait de l'entreprise contrôlée une entreprise commune, ce qui modifie également, de manière décisive, la situation pour l'entreprise de contrôle restante, aux termes du règlement sur les concentrations (...)* » (§86). Les « parties concernées » au sens de l'article L.430-3 du code de commerce sont alors l'ancien actionnaire de l'entreprise, qui exerçait auparavant un contrôle exclusif (et auquel est rattaché le chiffre d'affaires de l'entreprise), et le nouvel actionnaire qui acquiert le contrôle conjoint.

¹² Décision C2001-194 publiée au BOCCRF n°6 du 29 mars 2002.

Depuis 2001, le secteur de la photographie a subi de profondes mutations avec l'essor de la technologie numérique, qui a connu un développement régulier, accéléré depuis 2004, supplantant progressivement l'utilisation de films argentiques. Les possesseurs d'appareils photographiques numériques n'ont désormais plus besoin de développer leurs photographies pour les visualiser ou les conserver et peuvent les imprimer eux-mêmes. L'essor de la photographie numérique a donc provoqué un déclin progressif des services de « photofinishing » (conversion de films en tirages)¹³. Les parties estiment que les tirages de photographies numériques sont ainsi effectués en magasin (40%), par Internet (25%), mais également directement par les particuliers eux-mêmes (35%).

Par ailleurs, les terminaux de téléphonie mobile ont connu dernièrement des évolutions technologiques qui leur ont conféré de nouvelles fonctionnalités : très souvent, les récepteurs (notamment ceux de troisième génération) sont équipés d'appareils photographiques intégrés et permettent de prendre des photographies numériques de bonne qualité, leur résolution pouvant atteindre plusieurs millions de pixels.

C'est dans ce contexte que CET a souhaité, à partir de 2005, exploiter la convergence numérique grâce à un concept de développement et tirage de photographies numériques prises à l'aide de terminaux de téléphonie mobile. Cette stratégie a d'ailleurs motivé pour partie son partenariat avec un opérateur de téléphonie mobile, qui lui permettait de commercialiser concomitamment lesdits terminaux. Les enseignes PSE et PST ont ainsi commencé à développer un concept de « bornes » permettant aux clients de faire développer leurs photographies sous format numérique, en particulier celles prises grâce à des téléphones mobiles de troisième génération.

Le fait que ni Bouygues Télécom ni SFR n'aient encore installé de telles « bornes » à destination de leurs abonnés apparaît comme la preuve du manque de maturité d'un tel service, et ne justifierait dès lors pas la définition d'un marché pertinent en soi. Le développement et le tirage de photographies numériques prises à l'aide de terminaux de téléphonie mobile constituerait en revanche un simple segment d'un marché plus large du développement photographique.

Au cas d'espèce, il n'est pas nécessaire de définir plus précisément le(s) marché(s) concerné(s) dans le secteur de la commercialisation de produits et de services photographiques, ni de s'interroger sur l'existence d'un segment distinct du développement et du tirage de photographies numériques prises à l'aide de téléphones portables, ni même de se pencher sur leur délimitation géographique, les conclusions de l'analyse demeurant inchangées quelle que soit la délimitation retenue¹⁴.

2.2 Dans le secteur des communications électroniques

La Commission européenne a publié en février 2003 une recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des télécommunications (ci-après « la recommandation »). Elle a toutefois laissé la possibilité aux autorités de régulation nationales d'adapter la recommandation aux spécificités de chaque État membre. Ce texte, dépourvu de valeur normative, recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition de certaines obligations réglementaires par les autorités nationales de régulation, notamment à l'encontre d'opérateurs qui y détiennent une « *puissance significative* ». La définition des marchés susceptibles d'être soumis à une régulation sectorielle *ex ante* a été effectuée conformément aux principes du droit de la concurrence. La Commission précise toutefois que la définition des marchés retenue dans la recommandation « *ne porte pas préjudice à la définition des marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la*

¹³ Le nombre de magasins fournissant ce service a baissé de plus de moitié depuis 2001.

¹⁴ PSE et PST sont également actifs, de manière marginale, en matière de vente de matériel de photographie, de pellicules argentiques et d'accessoires ; toutefois, en l'absence de liens de connexité avec les marchés sur lesquels FT est active en France, ces activités ne sont pas concernées par la présente opération, et seule l'activité de développement et tirages photographique sera étudiée.

concurrence »¹⁵. Au niveau national, l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste (ARCEP) et le Conseil de la concurrence ont analysé plusieurs marchés du secteur des télécommunications sur le fondement de cette recommandation¹⁶.

Il convient de définir, pour les besoins de la présente décision, les marchés concernés par l'opération en matière de téléphonie mobile (2.2.1) et en matière d'accès à Internet (2.2.2).

2.2.1 Marchés concernés dans le secteur de la téléphonie mobile

Selon les éléments figurant dans le dossier de notification, et compte tenu de la pratique des autorités de concurrence, les marchés concernés par la présente opération dans le secteur de la téléphonie mobile sont le marché de détail de la téléphonie mobile, sur lequel FT est seul présent, et celui de la distribution de produits et de services de téléphonie mobile, sur lequel FT et CT sont simultanément actifs¹⁷.

a) Le marché de détail de la téléphonie mobile

Sur ce marché, les opérateurs de téléphonie mobile disposant d'une licence d'exploitation et d'un réseau, ou « Mobile Network Operators » (ci-après « MNO ») et les opérateurs virtuels ou « Mobile Virtual Network Operators » (ci-après « MVNO »)¹⁸, qui se fournissent en temps de communication auprès des MNO, sont en concurrence pour la fourniture de services de téléphonie mobile au consommateur final. Ces deux types d'opérateurs, qui sont en relation verticale de fournisseur à client sur le marché amont (marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles), constituent l'offre de services de téléphonie mobile à destination d'une demande finale constituée par les consommateurs, particuliers et professionnels¹⁹.

La Commission européenne n'a pas effectué de distinctions au sein de ce marché en fonction des caractéristiques des offres (offres prépayées et post-payées, offres destinées aux professionnels et au grand public, offres 2G et 3G, transfert « voix » et de données)²⁰. A l'occasion de l'examen de l'opération *SFR– Somart / Débitel*²¹, le Ministre a également retenu un marché global de la vente au détail de téléphonie mobile, en raison de l'existence d'une forte substituabilité du côté de l'offre et en l'absence de spécialisation des offreurs par type de clientèle, éléments qui avaient déjà été relevés par la Commission européenne et qui avaient été confirmés par la majorité des tiers interrogés dans le cadre de l'enquête de marché.

¹⁵ Voir également l'avis du Conseil de la concurrence n°05-A-05 du 16 février 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe, paragraphe 21.

¹⁶ Le Conseil de la concurrence a en particulier distingué le marché de la téléphonie mobile du marché de la téléphonie fixe : « *du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile GSM offrent la faculté, à partir d'un terminal dédié, de recevoir et de donner des appels téléphoniques ainsi que des messages textuels courts (SMS) [...]. Ces services se caractérisent par leur souplesse d'utilisation par rapport à ceux de la téléphonie fixe, tant en émission qu'en réception, et ne leur apparaissent donc pas substituables. La pratique consistant à résilier un abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit de l'abonnement pour la téléphonie mobile est d'ailleurs restée jusqu'à présent marginale* » (décision n°02-D-69 du 26 novembre 2002 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie. Voir également la décision du ministre C2007-150 *SFR - Somart / Débitel* du 23 novembre 2007, en cours de publication au BOCCRF.

¹⁷ Compte tenu des éléments fournis, il résulte de l'instruction que l'opération n'est pas de nature à avoir un impact direct ou indirect sur les marchés de gros de la téléphonie mobile, qui ne sont donc pas concernés au titre de la présente opération.

¹⁸ Il convient de distinguer les offres des MVNO de celles des MNO délivrées sous licence de marque, telles que Universal Mobile (Bouygues Télécom) ou M6 Mobile (Orange).

¹⁹ Voir la décision du Ministre C2007-150 *SFR - Somart / Débitel*, précitée.

²⁰ Voir la décision de la Commission européenne *M.4748 T Mobile / Orange Netherlands* du 20 août 2008.

²¹ Décision C2007-150 précitée.

D'après la pratique décisionnelle, ce marché doit être circonscrit à la France métropolitaine, dans la mesure où les Départements d'Outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon possèdent des particularités qui amènent à les distinguer de la métropole (éloignement géographique et isolement des îles ; caractéristiques météorologiques, environnementales et sociologiques ; pénétration et démarrage spécifiques de l'activité mobile ; cadre réglementaire en matière d'octroi de licences d'autorisation des fréquences GSM)²². En dehors de cette distinction, les opérateurs de téléphonie mobile sont actifs dans toutes les régions métropolitaines et s'adressent à tous les consommateurs, les politiques tarifaires et de commercialisation sont généralement fixées au niveau national²³ et la nature des services fournis est suffisamment homogène sur l'ensemble du territoire métropolitain.

b) Le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile

Sur ce marché, les produits et de services de téléphonie mobile sont délivrés par les points de vente (boutiques, corners...). La vente finale au consommateur s'effectue par le biais de différents canaux de distribution.

• Le secteur de la distribution de produits et services de téléphonie mobile

Les distributeurs en présence sont « monomarkes » (distribution des offres d'un seul opérateur de réseau) ou « multimarkes » (distribution de plusieurs MNO / MVNO) et sont plus ou moins spécialisés dans les produits et services de téléphonie mobile. Ils peuvent être présentés selon la typologie suivante :

- opérateurs de réseau de téléphonie mobile²⁴, via leurs réseaux de distribution spécialisés et monomarkes (agences France Télécom ; certains Espaces SFR et Clubs Bouygues Télécom) ;
- distributeurs monomarkes spécialisés non intégrés mais liés aux opérateurs de réseaux de téléphonie mobile par un partenariat exclusif ou quasi-exclusif ;
- distributeurs multimarkes spécialisés, qu'il s'agisse de spécialistes télécoms ou de grandes surfaces spécialisées (notamment The Phone House, Internity, Tel&Com, Coriolis, Avenir Telecom, Telephone Store, Fnac, Darty, Boulanger, Conforama) ou d'indépendants sous grossiste ; ces opérateurs, qui peuvent être intégrés ou non à des groupes de distribution, vendent les offres des MNO et celles des MVNO ;
- distributeurs multimarkes généralistes (grandes surfaces alimentaires ou « GSA ») ;
- distributeurs à distance (Internet, vente par téléphone, vente directe) ; Ces distributeurs peuvent être monomarkes ou multimarkes et sont plus ou moins spécialisés. Il convient de relever que les MNO et les MVNO disposent de leurs propres sites Internet et plateformes téléphoniques.

D'après les éléments fournis, les distributeurs monomarkes spécialisés (intégrés ou non) constituent le canal de distribution principal, avec [40-50]% des ventes de services et équipements de téléphonie mobile. Les autres ventes se répartissent entre les multimarkes spécialisés ([20-30]%), les multimarkes généralistes ([10-20]%), et la distribution à distance ([0-10]%, dont environ [0-10]% pour Internet).

²² Voir en particulier l'avis du Conseil de la concurrence n°04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L.37-1 du code des postes et communications électroniques et la décision du Conseil de la concurrence n°04-MC-02 du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom. Voir également la décision de la Commission européenne *M.4748 T Mobile / Orange Netherlands* précitée.

²³ Le MVNO Breizh Mobile (Omer Télécom), lancé en juillet 2004, constitue une exception, en proposant une offre avec des tarifs différenciés régionalement pour les appels émis depuis la Bretagne, la Basse-Normandie et les Pays de la Loire.

²⁴ Il s'agit essentiellement des MNO, les MVNO ne disposant que très rarement de leurs propres points de vente.

Le Conseil de la concurrence a été saisi en novembre 2005 de pratiques mises en œuvre par FT dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile par l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC). Cette saisine concernait précisément le partenariat commercial noué par FT avec CET. Dans le cadre de son instruction, le Conseil de la concurrence a saisi pour avis l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)²⁵. Dans sa décision du 7 novembre 2007²⁶, le Conseil ne s'est pas prononcé sur la définition des marchés pertinents dans ce secteur, y compris au titre de l'allégation d'abus de position dominante de FT et de sa filiale Orange. En effet, le Conseil a estimé que l'association précitée n'avait pas apporté « *d'éléments suffisamment probants pour étayer sa saisine* ».

Dans son avis, l'ARCEP a relevé que « *parmi les différents modes de distribution des offres de téléphonie mobile, la distribution d'offres associant un service mobile et un terminal dans des points de vente physiques revêt une place prééminente. Ceci paraît résulter de la grande importance qu'accordent les consommateurs aux caractéristiques de leur terminal, qui est devenu un objet personnel donnant accès à un nombre croissant de services (e-mail, navigation Internet, TV mobile, etc.) et pouvant associer de nombreuses fonctionnalités (appareil photo, assistant personnel numérique, lecteur MP3, radio, etc.)* ». Cette autorité a également indiqué : « *dans cette perspective, le marché de la téléphonie mobile est considéré par la profession comme un marché « de terminaux »*. D'ailleurs, ce n'est que très récemment que certains opérateurs de réseau ont mis en avant des offres post-payé sans terminal (dites offres « SIM nue »). A cet égard, la distribution physique dans un espace dédié à la téléphonie, doté des moyens humains et matériels permettant de valoriser les terminaux et d'accompagner les diverses opérations tenant au parcours client, constitue le cœur du marché mobile ».

- **Marché de produits et de services**

La Commission européenne a retenu l'existence d'un marché global de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, sans effectuer de distinction au sein de ce marché, notamment en fonction du type de produits ou de service rendus, du type de distributeur, d'offres ou en fonction de la clientèle²⁷.

Dans sa décision *SFR-Somart / Débitel* du 23 novembre 2007, le Ministre a retenu aux fins de l'analyse un marché global de la distribution de produits et services de téléphonie mobile.

Les parties considèrent que le marché de la distribution de produits et de services de téléphonie mobile ne doit pas être segmenté plus finement, notamment en fonction du type de produits ou de services distribués. En effet, s'il est possible de se procurer séparément des abonnements et des terminaux, une très grande majorité des actes commerciaux porte sur l'acquisition simultanée, dans le cadre d'un coffret²⁸, d'un service de communications mobiles (offre prépayée ou forfait) et d'un

²⁵ Avis n°07-0706 de l'ARCEP en date du 6 septembre 2007 sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur les pratiques de France Télécom et Orange France sur le secteur de la distribution de téléphonie mobile (http://www.art-telecom.fr/uploads/tx_gsavis/07-0706.pdf).

²⁶ Décision n°07-D-37 du 7 novembre 2007 relative à la saisine de l'Association de défense, 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. La société Bouygues Télécom avait également saisi le Conseil au sujet du partenariat entre FT et CET mais a retiré sa saisine en cours d'instruction.

²⁷ Voir notamment la décision de la Commission n°COMP/M.1760 du 20 décembre 1999 relative à l'opération de concentration Mannesmann/Orange. S'agissant des différentes catégories de clientèle, il convient de relever que les offres destinées aux professionnels sont vendues directement par les opérateurs. L'ensemble des canaux de distribution « physiques » s'adresse ainsi à une clientèle composée de particuliers.

²⁸ Le « Coffret » ou « Kit » est ensemble indissociable constitué par l'opérateur de réseau et identifié comme tel, comprenant une carte SIM, un terminal et des accessoires, commercialisés avec du Service avec abonnement (Coffret) ou sans abonnement (Kit). Plusieurs références de Coffrets et Kits peuvent être commercialisés en fonction notamment du terminal proposé. Cet ensemble sera désigné ci-après « coffret ».

terminal, le terminal étant alors proposé à des conditions tarifaires plus intéressantes que s'il était vendu séparément (« terminal nu »).

Le test de marché a confirmé qu'il n'était pas pertinent d'effectuer une telle distinction.

Les parties considèrent également qu'il n'y a pas lieu de segmenter le marché en fonction du type de distributeur. En effet, il existe selon elles peu de différence dans les produits et services proposés par les différents distributeurs, qu'ils soient multimarques ou monomarques, spécialisés ou généralistes.

Plusieurs tiers interrogés dans le cadre de l'enquête de marché ont toutefois indiqué qu'il convenait d'effectuer une distinction selon le type de relation commerciale existant entre les opérateurs de réseaux de téléphonie mobile et les distributeurs, c'est à dire entre les distributeurs monomarques, possédés en propre ou liés aux opérateurs de réseau par des partenariats exclusifs ou quasi-exclusifs, et les distributeurs multimarques, liés aux MNO et aux MVNO par des accords de distribution non exclusive. A l'appui d'une telle distinction, les tiers relèvent en particulier que les points de distribution monomarques jouent un rôle prédominant pour l'acquisition et la fidélisation des abonnés, alors que les points de vente multi-opérateurs sont davantage générateurs d'attrition ou « churn »²⁹. De plus, du point de vue de la demande, les points de vente qui distribuent les offres d'un seul opérateur se distinguent selon ces tiers par leur image de marque, leur connaissance parfois plus importante par les vendeurs des offres proposées (notamment à l'issue de formations spécifiques financées par l'opérateur de réseau), un accueil personnalisé des clients (particulièrement pour les abonnements et forfaits, qui sont souscrits par une majorité de clients³⁰, avec un accès privilégié à la base de données de l'opérateur permettant un service client réactif), et enfin par les éventuelles promotions mises en place. Certains des tiers interrogés ont proposé une distinction complémentaire selon le type de relation établie avec le client, entre « l'acquisition », qui fait intervenir tous les acteurs de la distribution, et la « fidélisation » où les distributeurs monomarques jouent un rôle prépondérant.

L'instruction a toutefois confirmé que les boutiques monomarques liées à un opérateur de réseau donné sont largement substituables, du point de vue de l'offre comme de la demande, avec les boutiques multimarques.

En effet, qu'ils soient monomarques ou multimarques, les distributeurs n'ont aucune marge de manœuvre sur les offres de services de télécommunications mobiles des opérateurs qu'ils distribuent. Les termes et les tarifs de ces offres, qui se déclinent en options, en fonction du temps de communication souhaité et de l'inclusion ou non des SMS ou autres services, sont en effet fixés par les opérateurs. Ainsi, l'ensemble des distributeurs (à l'exception des commerces de proximité : tabac, café, etc.) commercialise aussi bien les abonnements que les cartes prépayées du ou des opérateurs mobiles qu'ils distribuent. Seule l'étendue de la gamme de services proposée peut donc varier d'un magasin à un autre. De plus, il résulte des éléments fournis que l'ensemble des distributeurs applique les mêmes conditions de service après-vente ainsi que les mêmes programmes de fidélité, déterminés par les opérateurs mobiles (y compris les distributeurs à distance). D'une manière générale, il apparaît donc que l'ensemble des réseaux de distribution de produits et de services de téléphonie mobile se font concurrence en matière de commercialisation des offres aux consommateurs ; selon une distinction retenue par les autorités de concurrence dans le secteur de la distribution automobile, cette concurrence est à la fois « intermarque » et « intramarque ».

Les différences relevées par certains tiers entre distributeurs monomarques et multimarques ne justifient donc pas une segmentation du marché. Il sera néanmoins tenu compte de ces différences dans l'analyse concurrentielle, dans la mesure où elles apparaissent structurantes, notamment au titre de l'examen des effets unilatéraux de l'opération.

²⁹ Le *churn* mesure le taux de déperdition des clients : il peut correspondre à une situation où l'abonné rompt son contrat soit définitivement, soit pour en conclure un nouveau avec le même opérateur (*churn* interne) ou encore avec un autre opérateur (*churn* externe).

³⁰ En 2006, les abonnements et forfaits représentaient 65% du nombre total de clients, contre 35% pour les cartes prépayées).

Ainsi, au cas d'espèce, le marché étudié sera celui de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, quelles que soient les caractéristiques des distributeurs, conformément à la pratique décisionnelle. Il sera néanmoins tenu compte dans l'analyse de la distinction entre points de vente mono et multimarques.

- Marchés géographiques

Les parties estiment que ce marché est de dimension nationale, dans la mesure où « *les offres d'abonnement, les tarifs et, d'une manière générale, les mesures de marketing et de publicité sont déterminés par les opérateurs de téléphonie mobile au niveau national* ». Elles ajoutent qu'une segmentation plus fine de ce marché au niveau local ne serait pas pertinente « *étant donné la faible marge de manœuvre dont disposent les distributeurs* ».

Dans sa décision *SFR-Somart / Débitel* précitée, le Ministre a relevé plusieurs éléments plaidant pour une délimitation infranationale, sans toutefois trancher la question. Il a relevé que les principaux opérateurs de téléphonie mobile développaient constamment leur propre réseau de distribution. Il a en outre souligné que, comme le relève l'ARCEP, « *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 distribution* ». Le Ministre en a déduit que « *cette volonté des opérateurs de maîtriser la distribution de leurs produits et services nécessite de mailler le territoire national avec un réseau de proximité, au plus près du consommateur final* ». Le Ministre a par ailleurs rappelé que les autorités de concurrence considèrent le plus souvent que, du point de vue du consommateur, la délimitation géographique des marchés de la distribution de biens ou de services est locale, circonscrite à des zones de chalandise. Enfin, certains tiers interrogés avaient avancé l'hypothèse d'une dimension locale.

L'instruction de la présente opération a confirmé cette analyse.

Comme à l'occasion de l'examen de l'opération précitée, les tiers interrogés ont confirmé que les distributeurs se livraient au niveau local une concurrence parfois vive et que, par ailleurs, la question de l'implantation des points de vente détenus en propre aux meilleurs emplacements (centre-ville, centre commercial) semblait faire l'objet d'une importante compétition entre les MNO.

Par ailleurs, les distributeurs disposent au plan local d'une marge de manœuvre en ce qui concerne le prix des terminaux « nus » (achetés seuls, indépendamment de toute souscription d'abonnement ou achat d'offre prépayée). Il en est de même s'agissant de l'animation commerciale qu'ils peuvent effectuer dans les lieux de vente lorsqu'ils composent leurs propres coffrets, à partir d'une offre de services d'un opérateur et d'un terminal fourni directement par un équipementier. Dans ce cas, ils peuvent moduler dans le coffret le nombre d'heures de communication incluses ainsi que la durée de l'engagement (en cas d'abonnement) et jouer sur le prix de vente du terminal. Dans le cas où les opérateurs de réseau conçoivent eux-mêmes des coffrets, les distributeurs disposent encore d'une marge de manœuvre commerciale. Les parties ont par exemple indiqué que chaque distributeur reste libre de déterminer le prix de vente finalement appliqué à chaque terminal vendu dans le cadre d'un « pack Orange » (terminal aux couleurs de la marque), bien qu'un prix de vente conseillé lui soit indiqué. Il peut en particulier utiliser une partie de sa rémunération pour « subventionner » le terminal. Enfin, bien que tous les distributeurs appliquent la même politique de fidélisation définie par l'opérateur mobile lui-même, ils restent en mesure de la moduler, en décidant par exemple d'abonder le nombre de points accordés dans le cadre des programmes de fidélité au cours d'opérations promotionnelles.

En conséquence, l'analyse sera menée à la fois au niveau national et au niveau local, dans les zones de chalandise où il existe simultanément des Agences France Télécom et des boutiques PSE et / ou PST.

2.3 Marchés concernés dans le secteur de l'accès à Internet

PSE et PST distribuent de manière marginale les offres Internet de FT (offres bas débit et offres multiservices haut débit), en application des accords conclus entre FT / Orange et les filiales de CET. Ainsi, le secteur de l'accès à Internet est concerné par l'opération, dans la mesure où FT est présent en amont, en matière de fourniture d'accès à Internet (2.3.1), et où les parties sont simultanément actives en aval, dans la distribution des offres Internet (2.3.2)³¹.

2.3.1 Les marchés de la fourniture d'accès à Internet

Dans ses décisions *Neuf Telecom / Cegetel*³², *Neuf Cegetel / AOL*³³ et *Neuf Cegetel / T-Online*³⁴, le Ministre de l'économie a considéré qu'il existait un marché de la fourniture d'accès à Internet bas débit et un marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit. Le Ministre a notamment fondé cette segmentation sur l'existence d'applications propres (téléchargement de fichiers très volumineux de type jeux interactifs en réseau) et de spécifications propres au haut débit (nécessité de recourir à un modem spécifique pour l'accès à Internet haut débit qui ne peut être utilisé pour l'accès à Internet bas débit), ainsi que sur la persistance d'écarts de prix importants entre les deux services.

Au cas d'espèce, les ventes d'abonnements à des services d'accès bas débit de Orange réalisées par PSE et PST sont quasi-inexistantes d'après les informations fournies³⁵, et ne devraient pas devenir plus significatives à l'avenir, compte tenu du déclin du marché amont (au 2^{ème} trimestre 2007, le haut débit représente 88,3% du total des accès Internet). L'opération n'est donc pas susceptible d'avoir d'incidence significative sur le marché de la fourniture d'accès à Internet bas débit. Seul le marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit sera donc étudié, dans la mesure où il est verticalement concerné par l'opération.

Le Ministre a constaté, dans ses décisions précitées, que le marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit comprenait non seulement les services d'accès à Internet mais également les services de voix sur IP, de télévision et de visiophonie sur IP. Dans sa décision *Neuf Cegetel / AOL*, il a indiqué qu'il conviendrait de substituer au terme réducteur « d'accès à Internet haut débit » le terme « d'accès haut débit aux offres multiservices ». Cette évolution se fonde sur le développement d'offres « multiplay »³⁶ assises sur un abonnement à l'accès Internet haut débit.

Les offres « multiplay » ou « multiservices » combinent l'accès à Internet à des services de téléphonie et de télévision et rendent difficile l'identification, au sein des offres d'accès haut débit, de chacun des services. Le Ministre a ainsi indiqué, dans sa décision *Neuf Cegetel / AOL* précitée, qu'une segmentation plus fine du marché, distinguant les différents types de services proposés, ne semblait pas nécessaire, notamment parce que « d'un point de vue pratique, il semble difficile d'identifier, au sein des services d'accès haut débit, ce qui correspond précisément à des services de téléphonie, de télévision ou de visiophonie ».

³¹ Les parties ont indiqué que les offres TV d'Orange ne peuvent être souscrites que dans le cadre d'un abonnement à une offre haut débit multiservices qui inclut l'Internet haut débit et la télévision, et qui permet d'accéder aux chaînes gratuites et aux bouquets payants de la TV d'Orange, ainsi qu'aux bouquets payants du Groupe Canal+. Dans ce dernier cas de figure, la relation contractuelle s'établit directement entre les souscripteurs et ce dernier, FT ne fournissant que la prestation d'accès au service. PSE et PST distribuent de manière marginale les offres haut débit multiservices d'Orange ; l'absence d'impact de l'opération sur ce marché emportera celle en matière de distribution de télévision payante.

³² Décision C2005-44 du 24 juin 2005.

³³ Décision C2006-108 du 26 octobre 2006.

³⁴ Décision C2007-68 du 25 juin 2007.

³⁵ Ainsi, 2 abonnements ont été souscrits au cours du moins de septembre 2007.

³⁶ L'offre « triple-play » combine Internet, la téléphonie fixe et la télévision ; le « quadruple play » vise également la fourniture de services de téléphonie mobile.

Dans sa décision *COMP/M.4417 Telecom Italia/ AOL German Access Business*³⁷, la Commission européenne a distingué les offres destinées aux particuliers de celles destinées aux professionnels au sein du marché de l'accès Internet haut débit. Au cas d'espèce, PSE et PST ne distribuant pas d'offres destinées aux professionnels, seule la fourniture d'offres destinées aux particuliers est concernée par l'opération.

Conformément à la pratique décisionnelle précitée, les marchés de la fourniture d'accès à Internet sont de dimension nationale. En effet, la nature des services en cause est suffisamment homogène sur l'ensemble du territoire national. Les clients et les concurrents sont les mêmes dans toutes les régions et ne diffèrent qu'en fonction des produits ou des services offerts. Cette définition repose principalement sur le fait que les opérateurs de télécommunications opèrent sur une base nationale, que leurs offres s'adressent à une population résidant sur un territoire national, qu'ils sont assujettis à une réglementation nationale et que leurs politiques tarifaires et de commercialisation sont fixées au niveau national.

2.3.2 Les marchés de la distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle

Les parties estiment que ce marché comprend l'ensemble des canaux de distribution physique et à distance, sans qu'il soit pertinent de procéder à une distinction entre la distribution d'offres d'accès haut et bas débit. Elles soulignent en outre que les offres bas débit sont en forte diminution, compte tenu de la migration massive de la demande des particuliers vers des offres multiservices.

La typologie des canaux de distribution des offres haut débit multiservices est similaire à celle des canaux de distribution des produits et services de téléphonie mobile : distributeurs intégrés aux fournisseurs d'accès (monomarques et spécialisés par définition), distributeurs monomarque spécialisés (liés aux fournisseurs d'accès par des partenariats exclusifs ou quasi-exclusifs), distributeurs multimarques spécialisés, distributeurs multimarques généralistes, distributeurs à distance.

Toutefois, la répartition des ventes par canal est différente de celle constatée pour la téléphonie mobile. En effet, selon les indications des parties, [60-70]% des ventes d'abonnements sont réalisées à distance, certaines offres n'étant disponible que sur Internet ou par téléphone (Free). De plus, FT / Orange et SFR sont aujourd'hui les seuls opérateurs à distribuer leurs offres Internet via un réseau de distribution intégré.

Au cas d'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question de la définition exacte du marché de la distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle, les conclusions de l'analyse demeurant inchangées quelle que soit la délimitation retenue.

Les parties considèrent que ce marché est de dimension nationale, les offres étant proposées à des conditions identiques sur l'ensemble du territoire national et les politiques tarifaires et commerciales des opérateurs étant fixées au niveau national « *sans aucune marge de manœuvre pour les différents distributeurs* ».

L'importance de la vente à distance dans ce secteur pourrait également plaider pour une définition nationale.

En tout état de cause, sans qu'il soit nécessaire au cas d'espèce de délimiter définitivement la dimension géographique du marché concerné en matière de distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle, l'analyse sera menée sur un marché de dimension nationale.

³⁷ Décision du 28 novembre 2006.

3. ANALYSE CONCURRENTIELLE

L'opération est susceptible d'emporter des risques d'effets horizontaux sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile et sur celui de la distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle, sur lesquels les parties sont simultanément actives (3.1). Il convient d'examiner également les risques d'effets verticaux emportés par l'opération compte tenu de la présence de FT sur les marchés situés en amont, à savoir le marché de détail de la téléphonie mobile et le marché de la fourniture d'accès haut débit aux offres multiservices (3.2). Enfin, compte tenu de l'activité de CET dans le secteur de la commercialisation de produits et de services photographiques, il convient d'étudier les éventuels effets congloméraux de l'opération (3.3).

3.1 Effets horizontaux

3.1.1 Sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile

- **Au niveau national**

En 2006, environ [30-40]% des ventes de services et produits de téléphonie mobile étaient réalisées par les réseaux détenus en propre par les opérateurs, le reste ([60-70]%) étant distribué par les grandes surfaces alimentaires ([10-20]%), les magasins spécialisés ([10-20]%), les détaillants ([0-10]%), les grandes surfaces spécialisées ([0-10]%), les franchisés partenaires des opérateurs de téléphonie mobile ([0-10]%), le téléphone ([0-10]%), la vente à distance ([0-10]%), Internet ([0-10]%).

En l'absence de données en valeur sur ce marché aval, les parties ont estimé leurs positions respectives en volume.

En nombre d'actes commerciaux³⁸, la position de FT / Orange, via les [600-700] Agences France Télécom (ci-après « AFT ») qu'elle possède en propre, peut être estimée à [10-20]% et celle de PSE et PST à [0-10]%.

En ventes brutes³⁹, en 2006, la position de FT / Orange était d'environ [10-20]% et celle de PSE et PST d'environ [0-5]%.

Cette mesure de la part de marché de PSE et PST ne tient toutefois pas compte du potentiel de développement des boutiques à ces enseignes après qu'elles auront été acquises par FT / Orange. Ainsi, fin septembre 2007, seuls [200-300] points de vente PSE et PST avaient été réaménagés en vue de distribuer des produits et services Orange, en vertu des accords de « shopfitting » précités, soit [40-50]% de l'ensemble des boutiques. Or les parties ont convenu avant même l'opération notifiée, dans le cadre de leur partenariat, que [200-300] boutiques seraient réaménagés avant fin 2007 et que [300-400] le seraient avant fin 2008, soit [70-80]% des boutiques existantes. Il convient néanmoins de relever que ce développement de l'activité téléphonie de CET est prévisionnel et s'effectuera en

³⁸ Ces données en volume ont été estimées par référence au nombre total d'actes commerciaux réalisés sur le marché (projection à fin 2007), tel qu'estimé par les parties, soit [20-30] millions.

³⁹ Selon l'ARCEP, « les ventes brutes sont définies comme les clients de l'opérateur en fin de trimestre dont l'enregistrement au HLR a eu lieu au cours du trimestre. Elles excluent en particulier les migrations : la migration prépayé vers post-payé correspond au cas du client qui demande au cours du trimestre à son opérateur de substituer son offre prépayé en vigueur en début de trimestre par une offre post-payé ; inversement, la migration post-payé vers prépayé correspond au cas du client qui demande au cours du trimestre à son opérateur de substituer son offre post-payé en vigueur en début de trimestre par une offre prépayé » (Le Suivi des Indicateurs Mobiles - les chiffres au 30 septembre 2007, publié le 5 novembre 2007). Les ventes brutes sont définies comme les clients d'un opérateur l'enregistrement a eu lieu au cours de l'année, incluant les ventes de carte SIM correspondant à un service prépayé. Elles excluent cependant les migrations entre offres prépayées et post-payées. En 2006, les ventes brutes totales se sont élevées à plus de 14 000 000 millions.

fonction de l'évolution du marché et des moyens de financement disponibles, et que des fermetures et cessions de boutiques sont par ailleurs également prévues.

De plus, l'activité de distribution de téléphonie mobile représente en moyenne [50-60]% du chiffre d'affaires des boutiques PSE et PST réaménagés. Cette proportion est très variable selon la boutique concernée, représentant de [0-10]% à [90-100]% du chiffre d'affaires total, notamment parce que certaines des boutiques viennent à peine d'être réaménagées. D'autre part, le poids de l'activité de développement photographique tend naturellement à décroître dans le chiffre d'affaires des boutiques en cause, compte tenu du déclin de ce marché. Enfin, bien que le partenariat exclusif entre FT et CET n'ait été conclu que fin 2005 et que moins de la moitié des boutiques soit aujourd'hui en mesure de l'appliquer, les enseignes PSE et PST contribuent déjà de manière non négligeable aux ventes de FT / Orange : au 30 juin 2007, les boutiques PSE / PST réaménagées contribuaient déjà à hauteur de [0-10]% aux ventes totales de produits et services de FT / Orange (hors vente à distance), contre [...] pour Mobistore et [...] pour les AFT.

Au-delà des estimations en volume de la position de CET fournies par les parties au vu de la situation actuelle, il convient donc d'estimer la capacité du réseau de la nouvelle entité à court terme, afin de mener une analyse prospective.

En projection, toutes choses étant égales par ailleurs (en supposant notamment que la dimension du marché reste stable), si l'on considère que [350-450] boutiques seront bien réaménagées, on peut néanmoins estimer que la position de CET ne dépassera pas [0-10]% en volume fin 2008, que ce soit en ventes brutes ou en nombre d'actes commerciaux.

Les parties n'ont pas pu estimer la position de leurs principaux concurrents en volume.

Toutefois, il apparaît que le réseau intégré de FT / Orange, qui sera composé à l'issue de l'opération des [600-700] AFT et des boutiques PSE et PST qui distribueront à terme des produits et services de téléphonie mobile (entre [350-450] et [450-550] boutiques, contre environ [200-300] actuellement), restera notamment confronté à la concurrence de réseaux monomarkes disposant d'un nombre significatif de points de vente. Certains d'entre eux sont intégrés ; d'autres sous contrat de distribution exclusive ou quasi-exclusive.

La position du réseau Mobistore (environ [100-200] boutiques), distributeur monomarque d'Orange, est estimée par les parties à moins de [...] %.

Les offres SFR sont distribuées par [700-800] espaces SFR, dont [100-200] sont détenus par Cinq sur Cinq, [200-300] par la société SFD, contrôlée par SFR au sens du droit de la concurrence, et [300-400] sont indépendants. De plus, SFR a acquis récemment le contrôle de 63 boutiques Videlec⁴⁰ (décision C2007-150 *SFR – Somart / Débitel*, précitée).

Les offres Bouygues Télécom sont distribuées par [500-600] points de vente, animés par Réseaux Club Bouygues Telecom, filiale de Bouygues ; parmi eux, [100-200] sont gérés par la filiale elle-même en succursales et [100-200] par des gérants mandataires, et [200-300] par des distributeurs indépendants affiliés, qui commercialisent de façon prioritaire ou exclusive, selon les cas, les produits et services de Bouygues Telecom⁴¹.

Par ailleurs, comme l'a indiqué le Conseil de la concurrence dans sa décision n°07-D-37 précitée, « *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,*

⁴⁰ D'après le site Internet de Vidélec, ces points de vente continuent pour l'instant à distribuer les produits Orange en plus de ceux de SFR et de Débitel, de même que préalablement à leur acquisition par SFR.

⁴¹ Confidentiel, y compris pour les parties.

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 ».

Le Conseil a souligné que la distribution multimarque représente encore, en volume, un peu plus de la moitié des actes de vente du marché.

Ainsi, tous distributeurs confondus, la position cumulée de FT et de PSE/PST se situe entre [10-20]% et [10-20]% en volume. En termes de capacité, elle est en tout état de cause inférieure à [20-30]%. Il existe en outre des concurrents significatifs sous forme de réseaux structurés.

En conséquence, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par création d'une position dominante simple au profit de FT, ni par renforcement d'une telle position, sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, tous canaux de distribution confondus.

Comme le précisent les lignes directrices de la DGCCRF relatives au contrôle des concentrations, *« une augmentation minime de parts de marché peut également engendrer des risques d'atteinte à la concurrence, en particulier si la capacité du détenteur de cette faible part de marché à animer la concurrence était importante avant l'opération (élimination d'un « maverick ») ».*

En tant que distributeurs monomarques non-intégrés, les boutiques PSE et PST disposent aujourd'hui d'une certaine marge de manœuvre sur le prix des terminaux « nus », en matière d'animation commerciale dans les lieux de vente, en particulier via la composition de ses propres coffrets à partir d'une offre de services Orange et d'un terminal fourni directement par un équipementier, voire en matière de distribution des « packs Orange », dans la mesure où ils peuvent utiliser une partie de leur rémunération pour « subventionner » le terminal.

Toutefois, il apparaît que CET ne possède pas les caractéristiques d'un opérateur susceptible d'animer la concurrence de façon significative. En effet, ce groupe n'a pas encore réaménagé l'ensemble de son réseau de distribution ; en l'état, il est donc absent de nombreuses zones de chalandise potentielles. Compte tenu en particulier du faible succès de son activité de développement et tirages de photographies numériques prises à l'aide de téléphones portables, il ne peut non plus être considéré qu'il dispose de capacités techniques particulières par rapport à ses concurrents ou qu'il est en mesure d'offrir des produits ou services prometteurs. En outre, il faut relever que CET rencontrait déjà de graves difficultés financières en 2005, qui ont conduit au dépôt de bilan de PST en novembre 2005 et à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde s'agissant de PSE en janvier 2006. Dans ces conditions, CET n'était pas en mesure de mener une stratégie commerciale sensiblement plus agressive que ses concurrents, de façon durable, au niveau national.

L'opération n'est donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par élimination d'un animateur significatif de la concurrence sur un marché national de la distribution de produits et services de téléphonie mobile.

- **Au niveau local**

L'instruction a confirmé que la politique commerciale des points de vente de PSE et PST a pu être, ponctuellement, plus agressive que celle des agences FT, notamment s'agissant de la distribution de coffrets (subvention plus forte des terminaux de téléphonie mobile pour certaines offres). Les parties ont d'ailleurs souligné que localement, une forme de « cannibalisation » avait pu exister préalablement à l'opération entre les AFT et les boutiques PSE / PST réaménagées. La prise de contrôle de CET par FT est donc susceptible de se traduire par une hausse des prix pour le consommateur sur quelques marchés locaux de la distribution, comme l'ont d'ailleurs souligné certains tiers.

Les boutiques PST sont essentiellement situées au cœur des villes, alors que les boutiques PSE sont en général exploitées au sein de centres commerciaux (pour environ 200 d'entre elles).

L'opération donne lieu à de nombreux chevauchements d'activités entre les parties, en centres-villes comme en centres commerciaux. Dans l'ensemble de ces zones, la position des parties a été estimée en nombre de points de vente, en rapportant le nombre de boutiques des parties au nombre total de distributeurs présents sur la zone. La zone de chalandise des boutiques situées en centres commerciaux a pu être élargie dans plusieurs cas, dans la mesure où des opérateurs concurrents étaient présents à proximité de ces centres (parcs d'activités commerciales, centres commerciaux situés à proximité immédiate, voire boutiques de centre ville pour les centres commerciaux de centre ville). Afin d'écarter l'ensemble des éventuels effets unilatéraux au niveau local, il a notamment été tenu compte du caractère monomarque ou multimarque des distributeurs dans l'analyse.

En outre, pour les marchés locaux sur lesquels la position cumulée des parties était importante, l'instruction a également visé à déterminer s'il existait des barrières à l'entrée pour les distributeurs concurrents.

En effet, la réglementation relative à la spécialisation des baux commerciaux donne le droit au bailleur d'un local commercial de refuser l'exercice d'une activité différente de celle déjà pratiquée, soit parce qu'il conteste son caractère connexe ou complémentaire à l'activité d'origine (désécialisation restreinte), soit parce qu'il refuse l'exercice d'une activité nouvelle (désécialisation plénière). CET s'est ainsi vu refuser le droit de distribuer les produits et services Orange par plusieurs bailleurs. Il convient dès lors de s'interroger sur l'existence de barrières à l'entrée sur certains marchés locaux.

Il convient enfin d'ajouter que l'analyse a tenu compte des fermetures de points de ventes des parties au jour de la présente décision.

Il résulte de l'instruction que la position cumulée des parties sur les zones de chalandise dans lesquelles elles sont simultanément présentes, calculée en nombre de points de vente, ne dépassera 50% et ne sera de nature à porter atteinte à la concurrence, compte tenu de la situation concurrentielle locale, que dans 6 zones de chalandise : Sartrouville, Chambourcy [...], Mont Saint Martin, Strasbourg Haute Pierre, Nice Trinité et Toulouse Blagnac (centres commerciaux).

Sur ces zones, le risque que l'opération crée ou renforce une position dominante locale de FT à l'issue de l'opération n'a pu être écarté.

Toutefois, les parties se sont engagées, par lettres en date du 21 et du 31 décembre 2007, à céder quatre de ces fonds de commerce :

- AFT située dans le centre commercial du Plateau à Sartrouville (78500) ;
- AFT située dans le centre commercial Carrefour à Chambourcy (78240) ;
- Boutique PSE située dans le centre commercial Auchan à Mont Saint Martin (54350) ;
- Boutique PSE située dans le centre commercial Auchan à Strasbourg Haute Pierre (67200)

Les Parties se sont en outre engagées à préserver, jusqu'à la réalisation de la cession, la viabilité économique, commerciale et concurrentielle de ces fonds de commerce, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant préjudice au périmètre d'activité actuel ou à leur stratégie commerciale.

Ces fonds de commerce devront être cédés à un tiers agréé par le Ministre ; les parties se sont engagées à présenter à l'agrément du Ministre, dans un délai de [...] mois à compter de la date de la présente décision, un repreneur pour chacune des activités à céder, étant entendu qu'il peut s'agir d'un même repreneur pour plusieurs d'entre elles. Ce repreneur devra être une société viable, indépendante et n'entretenant aucun lien capitalistique et/ou contractuel avec les parties, active dans la distribution de produits et services de téléphonie mobile, et capable de maintenir durablement et de développer les activités à céder. Le Ministre vérifiera que les conditions tenant à l'identité et aux capacités du repreneur seront satisfaites.

De plus, en cas de difficulté pour réaliser intégralement ces engagements de cession dans le délai de [...] mois initialement prévu, les parties se sont engagées à confier un mandat irrévocable à un mandataire, indépendant des parties et préalablement agréé par le Ministre, ayant pour mission de procéder à la réalisation de ces engagements. Il devra vendre, dans un délai de [...] mois à compter de son agrément par le Ministre, [...], les fonds de commerce en cause à un ou plusieurs repreneurs présentant les mêmes garanties et caractéristiques que précisé supra. Les parties se sont engagées à répondre aux demandes d'assistance et d'information émanant du mandataire ayant pour objet le respect des engagements proposés.

Enfin, les deux boutiques PSE situées respectivement dans les centres commerciaux de Nice Trinité (06340) et de Toulouse Blagnac (31716) ne sont pas actives en matière de distribution de produits et services de téléphonie mobile, faute d'accord du bailleur pour une modification de leur activité actuelle. Elles seraient toutefois susceptibles de distribuer à terme des produits Orange, si le bailleur revenait sur sa décision initiale. Sur ces zones, une cession à un tiers actif dans la distribution de produits et services de téléphonie mobile n'était pas envisageable dans la mesure où celui-ci se serait lui-même heurté à un refus du bailleur. Les parties se sont donc engagées à ce que ces boutiques continuent à ne jamais distribuer des produits et services de téléphonie après la réalisation de l'opération de concentration.

Compte tenu des engagements déposés, l'opération n'est pas susceptible d'emporter des effets unilatéraux de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, au plan national comme au plan local.

3.1.2 Sur le marché de la distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle

Les parties n'ont pas été en mesure d'estimer leur position en nombre de souscriptions⁴², faute de données.

Sur la base de l'évolution du nombre total d'abonnements haut débit sur un an⁴³, la position de FT peut être estimée à [30-40]%, tous canaux confondus (AFT, site web, téléphone).

Les enseignes PSE / PST détiennent quant à elles une position négligeable, et en tout état de cause inférieure à [0-5]%⁴⁴.

Les points de vente Mobistore, actifs dans la distribution des offres Orange, représentent environ [0-5]% de ce marché.

On peut par ailleurs relever qu'une proportion très importante d'actes commerciaux est réalisée par l'intermédiaire d'Internet. Ainsi, selon l'estimation des parties, [20-30]% des actes en matière de distribution au détail sont réalisés via les sites web des fournisseurs d'accès à Internet, [30-40]% via des démarchages téléphoniques réalisés par les services clients de ces fournisseurs (démarchage réactif et proactif), [30-40]% seulement via les canaux de distribution physique.

L'opération n'est donc pas susceptible d'avoir un impact significatif sur le marché de la distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle au titre de ses effets non coordonnés.

⁴² Une souscription correspond à tout nouvel abonnement, toute montée en gamme du bas vers le haut débit ainsi que toute migration d'un opérateur à un autre.

⁴³ ARCEP, Observatoire de l'Internet haut débit. Entre le 3^{ème} trimestre 2006 et le 3^{ème} trimestre 2007, le nombre total d'abonnements à Internet haut débit a augmenté de 3,15 millions. Ce nombre constitue selon les parties une approximation satisfaisante du nombre de souscriptions réalisées en une année.

⁴⁴ Depuis septembre 2006, début de la commercialisation des offres multiservices de Orange par PSE et PST, seulement [0-5000] actes environ (acquisitions et migrations) ont été réalisés dans ce réseau, dont environ [0-5000] acquisitions.

3.2 Effets verticaux

3.2.1 Dans le secteur de la téléphonie mobile

FT est le premier opérateur de réseaux de téléphonie mobile en France, avec une part de marché de [40-50]% en volume et [40-50]% en valeur.

Les deux autres MNO, SFR et Bouygues, détiennent respectivement des parts de marché en volume d'environ [30-40]% et [10-20]%.

Les principaux MVNO représentent moins de [0-10]% du parc total de clients mobiles en France. Il s'agit des opérateurs suivants : Virgin Mobile (Omer Télécom), Télé2 Mobile, NRJ Mobile, Neuf Mobile, A-Mobile (Auchan Mobile), Carrefour Mobile (depuis septembre 2007), Débitel⁴⁵, Carrefour Mobile, Breizh Mobile (Omer Télécom), Mobisud⁴⁶, Coriolis Télécom, Ten et Transatel. Parmi eux, certains se fournissent en temps de communication auprès de FT / Orange (Virgin Mobile, Breizh Mobile, Télé2 Mobile, Carrefour Mobile et Ten).

La contribution des différents canaux de distribution physique dans les ventes totales de produits et services de téléphonie mobile d'Orange est la suivante : AFT ([...]%), Mobistore ([...]%), PSE/PST ([0-10]%) et les distributeurs spécialisés ([...]%).

Plus précisément, la contribution des AFT dans la totalité des actes commerciaux d'Orange au cours du deuxième trimestre 2007 (acquisitions et renouvellements) s'est élevée à [...]% et celle de PSE/PST à [0-10]%. Le poids des ventes brutes d'Orange réalisées à travers les AFT et les PSE / PST est respectivement d'environ [...]% et [...]%.

- **Risque de tarissement d'une source d'approvisionnement pour certains concurrents sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile**

Les distributeurs multimarques se fournissent auprès de FT en offres de téléphonie mobile Orange. Or PSE et PST distribueront à l'avenir davantage d'offres Orange, une fois que de nouveaux points de vente auront été réaménagés. FT pourrait dès lors en théorie être incitée à privilégier son réseau de distribution monomarque en favorisant les transactions internes, et à cesser d'approvisionner ou plus vraisemblablement à le faire à des conditions moins avantageuses, les réseaux multimarques, de manière à diminuer leurs ventes Orange aux consommateurs finals.

Ce risque peut néanmoins être écarté.

Tout d'abord, l'acquisition des points de vente PSE et PST n'est pas d'une ampleur suffisante pour permettre à FT de se passer des partenariats non exclusifs qu'elle entretient avec les distributeurs multimarques, qui représentent aujourd'hui une part importante de ses ventes ([30-40]%).

De plus, comme le soulignent les parties, les points de vente multimarques sont privilégiés par les clients des MNO lorsque ces derniers souhaitent changer d'opérateur ou souscrire un nouvel abonnement⁴⁷. En effet, la distribution multimarque leur offre, en un même lieu, la possibilité d'examiner les offres de différents opérateurs. Cette caractéristique des points de vente multimarques profite à Orange comme aux autres MNO, car elle permet d'atteindre des consommateurs souhaitant disposer d'un choix plus large que les offres d'un seul opérateur. C'est pourquoi une part significative

⁴⁵ Débitel est aujourd'hui détenu par SFR, voir la décision *SFR – Somart / Débitel* précitée.

⁴⁶ Mobisud est une filiale détenue à 66% par Maroc Télécom, elle-même détenue à 51% par Vivendi, à 16% par SFR et à 18% par le groupe marocain Saham.

⁴⁷ En matière « d'acquisitions » ou ventes brutes, il existe en effet actuellement des facteurs de dynamisme tels que l'arrivée à court terme d'un 4^{ème} opérateur de réseau (4^{ème} licence UMTS, dont les modalités d'attribution sont en cours de définition), le développement des MVNO, les règles nouvelles de portabilité des numéros (qui facilitent le changement d'opérateur), ainsi que le développement continu des services et fonctionnalités offerts, l'innovation incitant les clients à changer plus fréquemment leur terminal et leur formule d'abonnement.

des ventes brutes d'Orange, notamment les ventes d'abonnements, est réalisée en dehors des boutiques monomarque de FT / Orange. La présence en points de vente multimarques reste donc déterminante dans la stratégie des MNO, y compris Orange.

L'opération ne devrait donc pas avoir d'impact sur les relations contractuelles avec les distributeurs multimarques.

- **Risque de réduction des débouchés des concurrents sur le marché de la téléphonie mobile**

PSE et PST ne distribuaient pas les offres des concurrents de FT / Orange préalablement à l'opération, et leur intégration n'est donc pas *prima facie* susceptible de priver les autres MNO et les MVNO de débouchés.

Toutefois, PSE et PST étaient liés préalablement à l'opération par des contrats de distribution d'une durée limitée ([...] ans). Ils auraient donc pu mettre fin à ce partenariat ou éventuellement en renégocier les termes, par exemple dans le but de distribuer les offres de MVNO.

Il convient donc d'examiner le risque que l'intégration des points de vente PSE / PST par l'opérateur le plus puissant du marché amont prive les opérateurs moins puissants des moyens de distribuer leur services.

Les MVNO, qui ont à l'origine privilégié Internet et le téléphone pour leur distribution, ont également conclu des accords avec des réseaux physiques multimarques⁴⁸ : à titre d'illustration, Virgin mobile est présent dans 1 500 points de vente en grande distribution (Leclerc, Auchan) ainsi que dans les enseignes Virgin MegaStore ; NRJ Mobile est présent dans les magasins Carrefour, Darty et dans les commerces de proximité ainsi que dans les 5 000 agences de son actionnaire, le groupe Crédit Mutuel. Mobisud a conclu des accords de distribution avec l'enseigne The Phone House et l'enseigne Monoprix. Enfin les MVNO de la grande distribution et de la distribution spécialisée (Auchan, Leclerc, Carrefour, Darty, ...) sont distribués dans les magasins des enseignes et disposent d'une force de vente importante et bien implantée sur l'ensemble du territoire.

Il ne peut donc pas être considéré que l'opération serait de nature à réduire de manière significative les opportunités de distribution des MVNO.

- **Risques verticaux liés aux caractéristiques de la distribution monomarque**

Certains tiers ont fait valoir que l'opération pourrait emporter des risques, sur le marché amont de la téléphonie mobile, compte tenu de la taille du réseau de distribution monomarque dont disposera FT / Orange après l'opération⁴⁹.

Selon ces tiers, les opérateurs concurrents ne pourraient répliquer rapidement un tel réseau monomarque, compte tenu de l'incrément d'agences apporté par PSE / PST, ainsi que de la densité du maillage territorial et de la qualité des emplacements des boutiques considérées, en particulier de celles situées en centres commerciaux.

Ces remarques invitent à s'interroger sur les conséquences de l'opération sur la structure actuelle du marché de la distribution, partagé de manière relativement équilibrée entre distributeurs monomarques et multimarques (en termes de volume de ventes). En effet, comme l'a indiqué l'ARCEP dans son avis n° 07-706 précité, les opérateurs de réseau tendent à internaliser leur distribution « *dans le contexte du passage d'un marché en pleine croissance, où le nombre total de*

⁴⁸ A l'exception de Neuf Mobile, dont la stratégie de vente exclusivement sur le web se justifie au regard de sa cible (base de clients ADSL).

⁴⁹ Ces mêmes tiers estiment par ailleurs que cette intégration pourrait participer, à terme, à une dégradation des offres promotionnelles subventionnées pour aboutir à une hausse des prix pour le consommateur. Il convient de se reporter à la partie sur les risques horizontaux pour l'examen de cette question.

client croît régulièrement et où le jeu concurrentiel s'organise donc autour de la conquête de nouveaux clients, à celui d'un marché arrivant à maturité, dans lequel le nombre total de clients stagne ou croît modérément et la stratégie des acteurs se concentre sur la rétention de leurs clients via des politiques de fidélisation (offre de renouvellement du terminal assorti de clause de réengagement minimal) et une volonté d'augmenter le revenu moyen par client ». L'ARCEP a relevé que « la distribution multimarques présente le risque, pour un opérateur, de voir son client se tourner vers un autre opérateur (« churn ») plutôt que de renouveler son terminal auprès de lui (notamment car dans le second cas la subvention est environ deux fois moins élevée que dans le premier). En outre, les coûts commerciaux de fidélisation sont moins importants que les coûts d'acquisition. Aussi les opérateurs peuvent-ils avoir intérêt à orienter le marché dans le sens du développement de la distribution mono-marque, et ce d'autant plus que leur part de marché est importante. ». L'ARCEP a estimé que « 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 ».

Le Conseil de la concurrence, qui était à l'origine de la saisine de l'ARCEP pour avis, a à l'inverse estimé dans son avis précité que « 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 » et a souligné que « cette stratégie menée par les opérateurs constitue par ailleurs une réponse à la complexification des services de téléphonie mobile », dans un contexte d'enrichissement des services liés au mobile (développement des SMS, des MMS, de Internet mobile et plus généralement des échanges de données), qui s'est accompagné d'une complexification des terminaux mais aussi des offres des opérateurs. Le Conseil a indiqué que « 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 ». Le Conseil relève que cela s'est traduit par des investissements des opérateurs dans la formation et la spécialisation de vendeurs, dans des boutiques plus interactives, investissements qui « profitent largement aux consommateurs » mais supposent une rentabilité suffisante, précisément conférée par le développement de circuits de distribution mono-marque, qui limite le risque que ces investissements puissent profiter à leurs concurrents, c'est-à-dire qui permet une appropriation des externalités positives.

En tout état de cause, il convient de souligner que la présente opération ne se traduit pas par l'acquisition d'un distributeur multimarques qui passerait dès lors en distribution exclusive des offres Orange, mais par l'intégration d'un réseau de boutiques à l'origine spécialisé dans le développement photographique, qui avait déjà conclu dès 2005 un contrat de distribution exclusive avec FT et sa filiale Orange. Il convient certes d'évaluer l'impact concurrentiel que cette opération pourrait avoir, notamment en termes d'effets horizontaux ou verticaux.

En tant que telle, la présente concentration n'a d'incidence sur cette question qu'en ce que les boutiques PSE/PST auraient pu constituer des acteurs de la distribution multimarque à l'échéance du contrat d'exclusivité souscrit avec FT / Orange. Dans l'hypothèse très improbable où un tel risque de disparition potentielle serait avéré ; il serait en tout état de cause d'un impact extrêmement limité, en raison du nombre réduit de points de vente que représentent PSE et PST à l'échelle nationale (environ [450-550] agences, alors qu'il existe plus de 7 000 points de vente multimarques en France). A supposer que la présente opération soit une manifestation concrète du phénomène structurel anticipé par l'ARCEP et le Conseil de la concurrence (accroissement définitif du parc de boutiques monomarkes), les effets qui lui sont rattachables sont pour l'heure très limités. Aussi, le risque soulevé par les tiers peut-il être écarté, en ce qui concerne le cas d'espèce.

S'agissant du caractère « répliquable » du réseau PSE / PST, les parties ont indiqué qu'il était possible de transformer rapidement des boutiques ayant à l'origine une activité différente et créer ou étendre un réseau de distribution de produits et services de téléphonie mobile. Ce fut notamment le cas pour les boutiques de PSE / PST ([50-150] boutiques « au concept » Orange en 2006, [150-250] en 2007), actives à l'origine dans le secteur de la photographie. Les parties indiquent que le délai nécessaire à la transformation d'une boutique serait de l'ordre de 5 à 6 semaines.

La seule condition préalable à la transformation d'une boutique, l'autorisation de déspecialisation de l'activité obtenue de la part du bailleur, ne semble pas constituer un obstacle dirimant. A titre d'exemple, dans le cas de PST/PSE, le bailleur n'a opposé un refus que dans une dizaine de cas.

D'autres exemples existent par ailleurs : les parties mentionnent notamment l'acquisition par SFR de plusieurs dizaines de boutiques de l'ancien réseau Maxi Livre, dont plusieurs étaient situés en centres commerciaux. De même, le réseau Tel&Com (180 boutiques) a été développé en moins de 5 ans, avec des boutiques situées quasi exclusivement en centres commerciaux.

- **Risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective sur le marché amont de la téléphonie mobile**

Une association de consommateurs ayant répondu au test de marché a fait état d'éléments qui invitent à envisager un autre risque susceptible de résulter de l'intégration verticale. D'un point de vue théorique, il est en effet possible de considérer qu'une opération de concentration n'emportant de chevauchement que sur un marché aval peut avoir pour répercussion la création ou le renforcement d'une position dominante collective (« PDC ») sur un marché amont.

Le Ministre n'a à ce jour envisagé ce risque que dans un cas, lors de la prise de contrôle exclusif de la société Autoroutes du Sud de la France (« ASF ») et de sa filiale ESCOTA par le groupe Vinci⁵⁰. Il a notamment relevé qu'« *il conv[enait] d'examiner si l'impact vertical de l'opération lié à l'acquisition d'une société concessionnaire d'autoroute par un groupe actif dans le secteur des travaux publics, y compris en ce qu'il conduirait à la disparition d'opérateurs, [était] de nature à produire des effets anticoncurrentiels qui se répercuteraient négativement sur les conditions de l'offre de services de transport autoroutier et/ou sur les conditions des offres de travaux des marchés concernés définis ci-après, et donc, en bout de chaîne, sur le consommateur final* ». Après avoir écarté les risques de forclusion sur les marchés de travaux – terrassement, chaussées, génie civil – et leurs éventuelles segmentations, le ministre⁵¹ a alors examiné le risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective. Cette question pouvait en effet paraître pertinente dans un secteur comptant trois principaux groupes de construction (Bouygues, Eiffage et Vinci), compte tenu de la présence de deux d'entre eux (Vinci et Eiffage) dans deux sociétés d'exploitation d'autoroutes (comptant parmi les clients importants du secteur), qui aurait pu accroître la transparence du marché⁵² ou de mieux cibler les repréailles en cas de déviation de l'équilibre collusif⁵³.

⁵⁰ C2006-03 / Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 6 mars 2006, aux conseils de la société Vinci, relative à une concentration dans le secteur des infrastructures autoroutières. Voir également l'Avis du Conseil de la concurrence, n° 05-A-22, du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, ainsi que la Décision de la Commission européenne M. 4087 *Eiffage/Macquarie/APRR* du 15 février 2006.

⁵¹ Le Conseil de la concurrence, dans son avis du 2 décembre 2005, s'est également interrogé sur un tel risque de création d'une position dominante collective, dans l'hypothèse d'une acquisition de contrôle des autoroutes par des opérateurs actifs sur les marchés de travaux.

⁵² Par exemple, en permettant à chacun d'eux d'accéder aux offres détaillées de ses concurrents sur les marchés de la construction.

⁵³ Par exemple, en écartant systématiquement les offres du déviant lors des appels d'offres des sociétés autoroutières en cause.

Le ministre a écarté deux des critères cumulatifs usuellement retenus depuis l'arrêt *Airtours*⁵⁴ pour qualifier l'existence d'une position dominante collective, en relevant que « *les produits ne sont pas nécessairement homogènes* » (les caractéristiques techniques de nombre de marchés de travaux étant définies au plan local), que la transparence n'était pas complète pour l'ensemble du marché, sur lequel des appels d'offres subsistaient, et précisant que « *la concurrence actuelle d'entreprises indépendantes [était] réelle* » de sorte « *qu'il ne saurait être mis en évidence la création d'une quelconque position dominante collective entre les trois majors du secteur* ».

Au cas d'espèce, il convient également de vérifier si la prise de contrôle conjoint de CET, active sur le secteur aval de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, pourrait être de nature à créer ou à renforcer une position dominante collective à l'amont sur le marché de détail de la téléphonie mobile, qui se caractérise par une structure oligopolistique, avec seulement trois acteurs : Orange ([40-50]% en volume, [40-50]% en valeur), SFR (environ [30-40]%) et Bouygues Télécom (environ [10-20]%).

L'acquisition d'un distributeur multimarque jouissant d'une position importante sur le marché aval aurait pu permettre à FT de détenir des informations sur les ventes des offres de ses concurrents et donc accroître la transparence du marché amont, et offrir de surcroît à FT ou à ses concurrents un outil de rétorsion à l'encontre les uns des autres, gage de stabilité d'une éventuelle collusion tacite. Or au cas d'espèce, les boutiques PSE et PST ne distribuent et continueront à ne distribuer que des produits et services Orange, pour des volumes de surcroît limités (au plus [0-10]% de parts de marché à l'aval). La prise de contrôle de ces boutiques par FT / Orange n'est donc pas de nature à accroître le degré de transparence prévalant à l'amont, pas plus qu'elle n'offre des possibilités nouvelles de rétorsion aux membres de l'oligopole.

Le risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective sur le marché amont de détail de la téléphonie mobile, en raison d'effets verticaux liés à l'opération, peut donc être écarté au cas d'espèce.

3.2.2 Dans le secteur de l'accès Internet

Sur le marché amont de la fourniture d'accès haut débit à des offres multiservices à destination de la clientèle résidentielle, FT / Orange a représenté [30-40]% des revenus perçus en 2006 et totalise [40-50]% du nombre d'abonnés à fin juin 2007.

La position de FT / Orange est donc importante à la fois sur le marché amont et sur le marché aval de la distribution, déjà étudié (environ [30-40]% tous canaux confondus).

Ses principaux concurrents sur le marché amont sont Neuf ([10-20]%, [20-30]%), Free ([20-30]%, [10-20]%) et Alice ([0-10]%, [0-10]%). Le reste du marché est occupé par les opérateurs entrés récemment sur les marchés tels que Carrefour, SFR (depuis avril 2007), Darty, Auchan ou Télé2. De même qu'en matière de téléphonie mobile, les opérateurs ne disposant pas de leur propre réseau d'accès peuvent s'approvisionner sur le marché de gros. SFR et Carrefour utilisent ainsi l'offre de gros de Neuf et Darty celle de Compléto.

En octobre 2007, les offres haut débit multiservices de FT / Orange étaient vendues à [...] % dans les réseaux de distribution physique (contre [...] % par téléphone et [...] % par Internet). Parmi les ventes d'offres Orange effectuées dans les réseaux physiques, la contribution de PSE et PST peut être estimée à [...] %, celles des AFT à [...] %, celle des Mobistore à [...] %.

Les autres opérateurs utilisent à la fois la distribution à distance (Free utilise ainsi à [70-80]% Internet) et la distribution physique (grandes surfaces alimentaires, grandes surfaces spécialisées, mais aussi des points de vente tels que The Phone House, Internity ou les spécialistes en informatique).

⁵⁴ Arrêt du TPICE du 06/06/2002, aff. T-342/99- *Airtours/Commission*.

Compte tenu de la faible contribution de PSE / PST à la distribution d'offres Orange, et même si cette contribution devait croître à l'avenir, FT / Orange ne sera pas en mesure et n'aura aucun intérêt à privilégier PSE / PST par rapport à ses autres distributeurs. Par ailleurs, préalablement à l'opération PSE / PST n'était le distributeur d'aucun fournisseurs d'accès concurrent de FT / Orange.

En conséquence, l'opération n'emporte pas de risques d'éviction sur le marché de la distribution au détail de l'accès Internet à destination de la clientèle résidentielle.

Compte tenu de l'ensemble des arguments qui précèdent, l'opération notifiée n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux.

3.3 Effets congloméraux

En matière de développement et tirage de photographies, argentiques et numériques, la position de PSE et PST est estimée par les parties à [10-20] %. En dehors de la Fnac (environ [0-10]%), aucun opérateur n'atteint une part de marché de 5%.

Toutefois, le développement de photographies numériques prises à l'aide de téléphones mobiles n'est pour l'heure que très faiblement développé. Tout d'abord, moins de 2% de toutes les images numériques proviennent de téléphones portables⁵⁵. En outre, ces images sont généralement téléchargées vers un ordinateur et ne sont pas systématiquement développées ou même imprimées. S'agissant plus particulièrement des développements photographiques sur les « bornes » précitées, les parties estiment que moins de 1% de ces développements provient d'images numériques prises grâce à un téléphone portable.

En outre, le prix du développement et du tirage de photographies numériques est en baisse, ce qui diminue l'importance de cette activité dans le chiffre d'affaires d'enseignes telles que PSE et PST, spécialisées dans l'activité de « photofinishing ».

L'activité de développement de photographies numériques prises à l'aide de terminaux de téléphonie mobile occupe ainsi une place marginale au sein du secteur du développement et des tirages photographiques à destination du grand public, même s'il devait être restreint à la photographie numérique. De plus, cette activité apporte une contribution négligeable au chiffre d'affaires des enseignes du groupe CET.

Ainsi, même si on devait considérer que l'activité de développement et tirage de photographies numériques présente des liens de connexité avec le secteur de la téléphonie mobile, et plus particulièrement avec l'activité de distribution de produits et services de téléphonie mobile, les interactions sont à ce jour marginales. En conséquence, l'opération n'est pas susceptible d'avoir un impact significatif sur ces activités.

Tout risque d'effets congloméraux peut donc être écarté dans le secteur de la commercialisation de produits et de services photographiques.

En conclusion, il ressort de l'instruction du dossier et des engagements pris par les parties, qui font partie intégrante de la présente décision, que l'opération notifiée n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence. Je vous informe donc que je l'autorise.

⁵⁵ Source : estimations du laboratoire de développement photographique CEWE COLOR, Oldenbourg.

NOTA : Des informations relatives au secret des affaires ont été occultées à la demande des parties notifiantes, et la part de marché exacte remplacée par une fourchette plus générale. Ces informations relèvent du « secret des affaires », en application de l'article R. 430-7 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

Je vous prie d'agréer, Maître, l'expression de ma considération distingu e.

Pour le ministre de l'économie, des finances
et de l'emploi et par délégation,
*Le Directeur Général de la Concurrence, de la
Consommation et de la Répression des Fraudes*
BRUNO PARENT

NOTA : Des informations relatives au secret des affaires ont été occultées à la demande des parties notifiantes, et la part de marché exacte remplacée par une fourchette plus générale. Ces informations relèvent du « secret des affaires », en application de l'art cle R. 430-7 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

Engagements souscrits dans le cadre de l'opération de concentration France Télécom - Compagnie du Téléphone / Compagnie Européenne de Téléphonie

1. Les Parties s'engagent à céder les fonds de commerce suivants (ci-après, collectivement, les « activités à céder ») :

- Agence France Télécom (ci-après « AFT ») située dans le centre commercial du Plateau, avenue Robert Schuman à Sartrouville (78500) ;
- AFT située dans le centre commercial Carrefour à Chambourcy (78240) ;
- Boutique Photo Service située dans le centre commercial Auchan, 3 rue de l'abbé, à Mont Saint Martin (54350) ;
- Boutique Photo Service située dans le centre commercial Auchan, place André Maurois, à Strasbourg Haute Pierre (67200).

Les Parties s'engagent à préserver, jusqu'à l'accomplissement de la cession, la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des activités à céder, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant préjudice au périmètre d'activité actuel ou à leur stratégie commerciale.

Les Parties s'engagent à vendre les activités à céder à un tiers agréé par le Ministre.

Dans un délai de [...] mois à compter de la date de la décision ministérielle d'autorisation de l'Opération, les Parties devront présenter à l'agrément du Ministre un repreneur pour chacune des activités à céder, étant entendu qu'il peut s'agir d'un même repreneur pour plusieurs des activités à céder.

Ce repreneur devra être une société viable, indépendante et n'entretenant aucun lien capitalistique et/ou contractuel avec les Parties, active dans la distribution de produits et services de téléphonie mobile, et capable de maintenir durablement et de développer les activités à céder.

Les Parties devront fournir une proposition comprenant une copie de l'accord de reprise par le repreneur ainsi que les éléments permettant au Ministre de vérifier que les conditions tenant à l'identité et aux capacités du repreneur sont satisfaites. L'accord de reprise est conditionné à l'accord du Ministre.

Les Parties s'engagent pendant la période initiale de [...] mois à rendre compte au Ministre de la mise en œuvre des engagements souscrits par un rapport tous les deux mois, à compter de la date de la décision ministérielle d'autorisation de l'Opération, rendant compte des démarches entreprises par les Parties pour trouver un repreneur et des éventuelles difficultés rencontrées.

En cas de difficulté pour réaliser intégralement ces engagements dans le délai de [...] mois initialement prévu, les Parties s'engagent à confier un mandat irrévocable à un ou plusieurs intermédiaires (ci-après, individuellement ou collectivement, le « mandataire »), indépendant des Parties à l'Opération et préalablement agréé par le Ministre, ayant pour mission de procéder à la réalisation de ces engagements. Le mandataire devra tenir compte dans le cadre de sa mission des intérêts légitimes des Parties.

Au moins un mois avant l'expiration de la période initiale de [...] mois, les Parties soumettront à l'agrément du Ministre un ou plusieurs mandataires ainsi que le projet de mandat de cession. La proposition devra permettre de vérifier que les mandataires sont indépendants des Parties à l'Opération, remplissent les conditions de professionnalisme et d'expertise nécessaires à la réalisation

de leur mandat ainsi que la démarche qu'ils entendent suivre pour satisfaire les engagements pris par les Parties.

Le Ministre devra, dans un délai de 10 jours ouvrés à compter de la notification de la proposition des Parties, approuver les mandataires proposés ou les refuser dans les cas où les conditions nécessaires pour satisfaire aux engagements pris par les Parties ne seraient pas réunies.

Le mandataire entrera en fonction dans la semaine suivant l'agrément du Ministre.

Le mandataire en charge de la cession devra :

- dans un délai de [...] mois à compter de son agrément par le Ministre, vendre, [...], les activités à céder à un ou plusieurs acheteurs indépendants des Parties et des groupes auxquels elles appartiennent, agréé(s) par le Ministre et n'entretenant aucun lien capitalistique et/ou contractuel avec les Parties, actif(s) dans la distribution de produits et services de téléphonie mobile, et capable(s) de maintenir durablement et de développer les activités à céder ;
- rendre compte mensuellement au Ministre et aux Parties des négociations avec des acheteurs potentiels.

Le Ministre, après avoir entendu le mandataire, peut ordonner aux Parties de révoquer le mandataire dans le cas où ce dernier ne permettrait pas la réalisation des engagements ou pour tout autre motif légitime.

Le mandataire peut aussi être révoqué par les Parties, après approbation du Ministre et après que le mandataire a été entendu, dans le cas où ce dernier ne permettrait pas la réalisation des engagements ou pour tout autre motif légitime.

Les Parties s'engagent à répondre aux demandes d'assistance et d'information émanant du mandataire ayant pour objet le respect des engagements proposés.

2. En outre, s'agissant des deux boutiques Photo Service situées respectivement dans les centres commerciaux de Nice Trinité (06340) et de Toulouse Blagnac (31716), les Parties s'engagent à ce qu'elles continuent à ne pas distribuer des produits et services de téléphonie après la réalisation de l'opération de concentration.
3. Les Parties pourront demander à tout moment au Ministre, par une demande motivée, la modification ou la levée totale ou partielle des engagements susmentionnés si les circonstances le justifient. Les Parties pourront également demander au Ministre une extension de la période initiale de [...] mois précitée au moins un mois avant l'expiration de cette période.