



Décision n° 08-D-16 du 3 juillet 2008
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la
société Cybervitrine à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la
société Photomaton

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre en date du 11 février 2008, enregistrée sous les numéros 08/0019 F et 08/0020 M, par laquelle la société Cybervitrine a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Photomaton et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

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

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

Vu les décisions de secret des affaires n° 08-DSA-56, n° 08-DSA-57 et n° 08-DSA-58 du 22 avril 2008 et n° 08-DSADEC-35 du 28 mai 2008 ;

Vu les observations présentées par la société plaignante et par la société mise en cause ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Cybervitrine et Photomaton, entendus lors de la séance du 3 juin 2008 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La société Cybervitrine a saisi le Conseil de la concurrence le 11 février 2008 de pratiques mises en œuvre par la société Photomaton sur le marché des cabines de photographies d'identité et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires.

B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ CONCERNÉ PAR LA SAISINE

2. La présente affaire concerne le secteur de la photographie d'identité. Plusieurs méthodes permettent d'obtenir une photo d'identité. L'utilisateur peut se photographier lui-même et confier le développement de sa photo à une entreprise spécialisée ; il peut aussi utiliser un appareil numérique et tirer sa photo par l'intermédiaire de son équipement en micro informatique ou faire effectuer ce tirage par un appareil automatique en libre service. Il peut encore confier l'ensemble des opérations à un photographe. Il peut, enfin, utiliser une cabine automatique.
3. Le nombre de photos d'identité réalisé par an peut augmenter en fonction de divers facteurs, parmi lesquels l'introduction de nouveaux documents nécessitant l'apposition d'une photo d'identité ou la décision prise d'apposer une photo sur des documents existants, comme cela a été le cas récemment pour la Carte Vitale, ou encore des décisions comme la refonte en 2006 des normes à respecter pour les photographies destinées aux documents officiels. Par ailleurs, des projets comme la réalisation gratuite en boutique RATP des photos nécessaires au Pass Navigo ou le projet intitulé « Titres Electroniques Sécurisés », qui prévoit que 2 000 mairies seront mises en mesure de réaliser directement les photographies destinées aux passeports biométriques, entraîneront une baisse du nombre de photos d'identité acquises en cabine ou auprès des photographes.
4. Sur le marché global de la photo d'identité, la demande émane des individus qui veulent disposer de leur image et l'offre résulte des divers opérateurs mettant en œuvre les diverses techniques disponibles. En raison de la diversité de ces techniques et de la grande variabilité des prix selon le choix de la technique retenue, il y a lieu d'envisager que ce marché global se sépare entre divers sous-marchés pertinents.
5. Associés à ces diverses techniques et en amont du marché global de la photo d'identité et de ses divers sous-marchés sont identifiables plusieurs marchés où l'offre et la demande concernent les appareils ou dispositifs permettant de réaliser les photos d'identité.
6. Parmi ces marchés amont, deux sont particulièrement concernés par les faits allégués par le saisissant : le marché de l'achat et de la vente des cabines de photographie automatiques ; le marché de l'exploitation de cabines automatiques sur des emplacements loués.

7. Dans le premier cas, les fournisseurs assurent, pendant une durée plus ou moins longue, le service après-vente sur la machine, mais l'acheteur conserve une totale autonomie sur son utilisation, son entretien journalier ainsi que sur la récupération des recettes, dont il conserve l'intégralité. Le prix d'achat d'une cabine varie de 7 000 à 13 000 euros.
8. Le second cas donne lieu à la conclusion d'un contrat d'exploitation, parfois appelé contrat de concession d'emplacement ou convention d'occupation, aux termes duquel l'opérateur de cabines de photographies d'identité installe et exploite sur un (ou plusieurs) emplacement(s) désigné(s) une (ou plusieurs) cabine(s). Le fournisseur est alors responsable de l'utilisation, de l'entretien journalier et de la maintenance de la machine ainsi que de la récupération des recettes, dont il reverse une partie, entre 15 et 50 %, au détenteur d'emplacement, qui paye l'électricité.
9. Les contrats ainsi signés entre le détenteur d'emplacement et le fournisseur de cabines de photographies d'identité le sont pour une durée allant de un à six ans. Ils fixent le montant des redevances généralement proportionnel aux recettes mais un minimum garanti peut également être prévu.
10. Certains de ces contrats sont conclus dans le cadre de négociations individuelles. La concurrence entre les fournisseurs de cabines de photos d'identité sur ce marché se fait ainsi par le démarchage des différents emplacements.
11. Certains contrats font toutefois l'objet de consultations plus larges ou de procédures d'appels d'offres portant sur l'intégralité des emplacements d'un détenteur. La concurrence entre fournisseurs de cabines de photographies d'identité s'exerce alors pour l'obtention de ces marchés. S'agissant des réseaux de grandes surfaces de distribution, les contrats peuvent être, selon les réseaux, passés séparément avec chaque établissement, parfois dans les limites d'un contrat-cadre, ou donner lieu à la conclusion d'un seul contrat à un niveau centralisé.
12. Les sociétés de transport telles que la SNCF et la RATP (Promo Metro), les chaînes de supermarchés telles que Monoprix, Casino, Leclerc, ATAC, etc. ou encore les administrations constituent la clientèle principale des opérateurs de cabines de photographies d'identité.

C. LES ENTREPRISES CONCERNÉES PAR LA SAISINE

1. LA SOCIÉTÉ CYBERVITRINE

13. La société Cybervitrine a été créée en 1997 sous le nom initial de Focadine par d'anciens dirigeants de la société Photomaton. Elle a été renommée en décembre 2000. En 2007, la société comptait une cinquantaine de salariés. Elle avait, dans un premier temps, limité son activité à l'exploitation de bornes de développement photo interactives puis s'est lancée, en 2005, dans la commercialisation de cabines de photos d'identité, avec notamment une cabine dénommée Fotopod, adaptée aux personnes en fauteuil roulant. Au 1^{er} janvier 2008, la société Cybervitrine avait installé 22 cabines en exploitation et en avait vendu 631.
14. Elle a réalisé, en 2007, un chiffre d'affaires de 7,4 millions d'euros, dont 2,4 millions d'euros ont été générés par les cabines (soit 32 %). Elle estime que la part des cabines a récemment atteint 38 % de son chiffre d'affaires, dont 20 % pour la cabine Fotopod.

15. La société Cybervitrine connaissant d'importantes difficultés financières, un mandataire *ad hoc* a été temporairement nommé en juillet 2007 afin de négocier des délais de paiement avec ses créanciers. Le 15 avril 2008, un jugement du tribunal de commerce de Tours a prononcé la mise en redressement judiciaire de la société Cybervitrine, avec fixation de la date de cessation des paiements au 15 mars 2008 et ouverture d'une période d'observation jusqu'au 15 octobre 2008. Le 6 mai 2008, un jugement du tribunal de commerce de Tours a prononcé la conversion du redressement en liquidation judiciaire et la société est actuellement en cours de liquidation.

2. LA SOCIÉTÉ PHOTOMATON

16. La société Photmaton est une SAS, filiale du groupe anglais Photo-Me. Son périmètre actuel résulte de la fusion en 1998 entre les sociétés Portrex (filiale de Photo-Me) et Photomaton (filiale de Prontophot). La société Photomaton a pour activité l'exploitation de cabines de photos d'identité, de bornes de développement numérique en libre service, de distributeurs de gadgets pour enfants ou encore de manèges.
17. Le parc de cabines de la société Photomaton est composé de 6 396 cabines en exploitation, dont 669 sont installées dans des boutiques « Photomaton Service » lui appartenant en propre, ainsi que de 200 cabines qui ont été vendues à des détenteurs d'emplacement. Photomaton commercialise une grande variété de cabines de photographies d'identité aux caractéristiques différentes, et notamment la cabine dénommée Easy Booth, qui représente un peu plus de la moitié des cabines installées. Elle vient de mettre en commercialisation une « cabine universelle », permettant non seulement l'accès des fauteuils roulants mais également adaptée à d'autres types de handicaps (handicap sonore, etc.). Elle a, par ailleurs, fait l'acquisition, en août 2007, de la société Soft, dont une partie de l'activité consistait dans la vente de cabines photos (environ 400 à 500 cabines vendues au total).
18. La société Photomaton a affirmé sa volonté de diversifier ses activités. Son chiffre d'affaires s'est élevé en 2007 à 68,5 millions d'euros, dont un peu plus de 60 % relatifs aux cabines de photographies d'identité en exploitation. Elle rassemble environ 300 collaborateurs.

D. LES PRATIQUES DÉNONCÉES DANS LA SAISINE

19. La société Cybervitrine soutient que la société Photomaton abuse de la position dominante qu'elle détient sur le marché « *des cabines de photographies d'identité en France* ». Elle relève plusieurs catégories de pratiques :
- l'insertion dans ses contrats de clauses d'exclusivité de cinq ans ;
 - l'insertion dans ses contrats de clauses de tacite reconduction ;
 - la prolongation artificielle des contrats par la rédaction de clauses relatives à leur entrée en vigueur ;
 - l'octroi d'avances sur recettes à ses cocontractants ;
 - le refus de modification des contrats en cours d'exécution ;
 - une politique de communication entretenant une confusion entre photos d'identité officielles et cabines Photomaton.

20. La société Cybervitrine demande, en outre, au Conseil de la concurrence de prononcer les mesures conservatoires suivantes :
- la suspension des clauses dénoncées ;
 - l'interdiction de les proposer dans les contrats conclus d'ici à la décision au fond ;
 - l'information de tous les cocontractants de la suspension des clauses dénoncées et de l'échéance des contrats en découlant.

II. Discussion

21. L'article L. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond soit recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce.

A. SUR LES MOYENS D'IRRÉGULARITÉ ET D'IRRECEVABILITÉ SOULEVÉS PAR LA SOCIÉTÉ PHOTOMATON

22. La société Photomaton estime tout d'abord que la procédure est irrégulière, en raison de la dissolution pure et simple de la société Cybervitrine par l'effet du jugement du 6 mai 2008 ordonnant sa liquidation judiciaire et en application des articles L. 640-1 du Code de commerce et 1844-7 alinéa 7 du code civil. Les conditions prévues à l'article L. 641-10 du Code de commerce qui permettent, exceptionnellement, de justifier sa survie pour un bref délai n'étant pas réunies, elle affirme que l'inexistence de la société Cybervitrine exclut toute possibilité d'être partie à une procédure ou de s'y faire représenter.
23. La société Photomaton soutient ensuite, qu'à supposer la procédure régulière, l'action est irrecevable à raison d'un défaut de qualité à agir. Selon elle, la société Cybervitrine devait être considérée comme n'ayant plus qualité à agir, au sens de l'article L. 462-5 du Code de commerce, dès la nomination d'un mandataire *ad hoc*, en juillet 2007, soit antérieurement à la date de la saisine. Elle cite à l'appui de cet argument la décision n° [95-D-24](#) du Conseil de la concurrence du 29 mars 1995.
24. En outre, Photomaton, s'appuyant, d'une part, sur la législation d'ordre public relative aux procédures collectives, d'autre part, sur les décisions du Conseil de la concurrence n° [98-D-18](#) du 10 mars 1998 et n° [99-D-25](#) du 6 avril 1999 ainsi que sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 3 mars 1995, avance qu'il est nécessaire que perdure dans le temps la qualité à agir du saisissant. Or, en application du principe de dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire tel que prévu à l'article L. 641-9 du Code de commerce, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire aurait fait perdre à la société

Cybervitrine et à ses anciens dirigeants tant la qualité que l'intérêt à agir, s'agissant de leur action au fond comme de leur demande de mesures conservatoires.

25. Sur ces points, il convient de rappeler que la société Cybervitrine a été mise en redressement judiciaire le 15 avril 2008, puis en liquidation judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Tours le 6 mai 2008. A la date de la saisine, le 11 février 2008, sa liquidation n'avait pas été prononcée, contrairement aux sociétés des anciens dirigeants ayant saisi le Conseil dans les affaires ayant donné lieu aux décisions n° [95-D-24](#), n° [98-D-18](#) et n° [99-D-25](#), citées par Photomaton.
26. A la date du 11 février 2008, l'entreprise saisissante avait donc qualité à agir, malgré la nomination temporaire, en juillet 2007, d'un mandataire *ad hoc*, cette situation n'entraînant pas la remise en cause du pouvoir de représentation de ses dirigeants. La cour d'appel de Paris a d'ailleurs précisé dans l'arrêt du 3 mars 1995 cité ci-dessus que, même en cas de mise en redressement judiciaire, ce qui n'était pas encore le cas de la société Cybervitrine au moment de la saisine, le dirigeant d'une société « *rest[e] compétent pour saisir le Conseil (...), la seule mission d'assistance de l'administrateur prévue par le jugement d'ouverture de la procédure collective n'ayant pas eu pour effet de retirer au dirigeant ses pouvoirs de gestion* ». Par ailleurs, la société Cybervitrine exerçait une activité économique sur le marché concerné par les pratiques dénoncées, de sorte qu'elle avait de ce fait un intérêt à agir. Les conditions de recevabilité posées par l'article L. 462-8 du Code de commerce étaient ainsi remplies au jour de la saisine, date à laquelle elles sont appréciées. Dès lors, il convient de considérer que la saisine est régulière.
27. Enfin, il convient de rappeler que la procédure devant le Conseil n'est gouvernée ni par les dispositions du code de procédure civile (CPC) ni par celles applicables devant les juridictions administratives, mais obéit à ses règles propres, énoncées au titre VI du livre IV du code de commerce, comme l'a retenu la décision n° [03-D-04](#) du 16 janvier 2003, ou la décision n° [04-D-26](#) du 30 juin 2004, s'agissant de l'article 369 du nouveau code de procédure civile (NCPC).
28. En ce qui concerne l'effet de la liquidation prononcée le 6 mai dernier, le Conseil a considéré à plusieurs reprises (voir la décision n° [06-D-26](#) du 15 septembre 2006), qu'il ne se trouve pas dessaisi d'une saisine recevable en raison du prononcé ultérieur de la liquidation judiciaire. En outre, tant que la personne morale de la société en liquidation n'a pas disparu par radiation du registre du commerce et des sociétés, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'elle conserve des dirigeants, le Conseil est en droit d'interroger ses dirigeants sur les faits allégués dans leur saisine. En toute hypothèse, il a précisé dans la décision n° [06-D-26](#) précitée, ainsi que dans la décision n° [06-D-18](#) du 28 juin 2006, que « *les affaires portées à [sa] connaissance (...) relèvent d'un contentieux objectif, visant à protéger l'ordre public économique, et ne sont donc pas contraintes par les demandes des parties* » et que, dès lors, même si la société qui a régulièrement saisi le Conseil disparaît, cette disparition n'a pas pour effet de le dessaisir de l'affaire portée à sa connaissance.
29. A titre subsidiaire, le Conseil rappelle qu'en application du principe du contradictoire qui régit, aux termes de l'article L. 463-1 du Code de commerce, l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence, la partie saisissante doit, avant toute décision d'irrecevabilité, être mise à même de s'expliquer sur les critiques pouvant être formulées à l'encontre de sa saisine, comme l'a affirmé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 10 mars 1988. Ceci entraîne, qu'en tout état de cause, les débats devant le Conseil, à l'issue desquels le Conseil aurait éventuellement pu prononcer l'irrecevabilité de la saisine, n'auraient pu être valablement tenus sans qu'aient été régulièrement convoqués et invités à s'exprimer les dirigeants ayant saisi le Conseil de la concurrence au nom de la société

Cybervitrine ou leurs éventuels représentants. Il en a d'ailleurs été ainsi s'agissant des séances relatives aux décisions du Conseil de la concurrence citées aux paragraphes 22 à 28 et notamment les séances relatives aux décisions n° [95-D-24](#), n° [98-D-18](#) et n° [99-D-25](#), mentionnées par Photomaton.

30. Il résulte de ce qui précède que le Conseil de la concurrence est toujours valablement saisi de l'action régulièrement engagée devant lui le 11 février 2008, sans qu'il soit à ce stade besoin de se prononcer sur l'interprétation de l'article L. 641-9 du Code de commerce et sur la situation de la société Cybervitrine dans la procédure. Les conséquences que sa liquidation peut avoir sur l'appréciation des conditions d'octroi de mesures conservatoires seront, quant à elles, étudiées ci-après lors de la présentation des arguments retenus sur ce point par le Conseil.

B. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

31. La société Cybervitrine estime que la société Photomaton abuse de sa position dominante sur le marché « *des cabines de photographies d'identité* » en insérant dans ses contrats des clauses d'exclusivité de cinq ans et des clauses de tacite reconduction, en organisant par les clauses relatives à l'entrée en vigueur des contrats une prolongation artificielle de ceux-ci, en octroyant des avances sur recettes à ses cocontractants, en refusant de modifier les contrats en cours d'exécution (toutes ces pratiques affectant le marché amont de l'exploitation des cabines) et en entretenant par sa politique de communication une confusion entre photos d'identité officielles et cabines Photomaton (cette dernière pratique affectant le marché aval, ou certains de ses sous marchés, de la photo d'identité).

1. SUR L'AFFECTATION DU COMMERCE INTRACOMMUNAUTAIRE ET LE DROIT APPLICABLE

32. S'agissant des pratiques couvrant, comme en l'espèce, un seul État membre, les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JOCE n° C 101, 27 avril 2004) exposent que « *la nature de l'infraction alléguée, et notamment sa propension à interdire l'accès au marché national, renseigne bien sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres* » (paragraphe 77). Plus particulièrement, « *lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre, constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés* » (paragraphe 93) et « *toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce* » (paragraphe 96).
33. En l'espèce, les pratiques dénoncées sont examinées au titre des abus de position dominante. Elles concernent des contrats couvrant l'intégralité du territoire français et prévoyant des exclusivités à l'égard de la société Photomaton, présentée comme étant en position dominante. De telles pratiques sont donc susceptibles de rendre plus difficile l'entrée sur l'intégralité du marché français.
34. Par ailleurs, s'agissant de l'application de la règle « AISC » (paragraphe 52), il convient de constater que la seule activité de Photomaton sur le marché génère un chiffre d'affaires de

plus de 40 millions d'euros. La présomption négative de non affectation n'est donc pas applicable. Au contraire, s'agissant de pratiques susceptibles par leur nature d'affecter le commerce intracommunautaire, les lignes directrices instaurent une présomption positive d'affectation sensible (paragraphe 53).

35. A ce stade de l'instruction, il apparaît que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les pratiques dénoncées et que le droit communautaire est, dès lors, applicable.

2. SUR LE MARCHÉ PERTINENT

36. La société Cybervitrine considère que le marché pertinent concerné par les pratiques est le marché des cabines de photographies d'identité, au motif que ce marché permet au consommateur de se photographier en libre service, à toute heure de la nuit et du jour, dans des conditions pratiques différentes et à un tarif moins élevé que celui proposé par les photographes.
37. La société Photomaton avance quant à elle que les différents produits proposés en matière de photographies d'identité sont de qualité homogène et sont substituables du point de vue des consommateurs. Ses concurrents sont ainsi selon elle non seulement les autres exploitants de cabines photos mais également les tabacs presses équipés de petites cabines ou de bornes « Snap Lab », les photographes indépendants, les chaînes de photographies, la grande distribution, les sites Internet tels que Photoways ou Pixmania et les logiciels de transformation de photographies classiques en photographies d'identité. La société Photomaton signale de plus que, dans le cadre du projet Titres Électroniques Sécurisés, le ministère de l'intérieur a lancé un appel d'offres pour le développement des matériels nécessaires à la numérisation gratuite des photographies d'identité destinées aux documents officiels dans 2 000 mairies et que cette offre fera directement concurrence à celle des cabines photos.
38. Toutefois, le Conseil constate que les pratiques dénoncées concernent au premier chef les contrats conclus entre la société Photomaton, fournisseur de cabines photos, et les détenteurs d'emplacement tels que la SNCF, la RATP, les grandes et moyennes surfaces de distribution ou les collectivités locales, qui ne sont pas les utilisateurs finals des cabines. Il s'agit d'un marché situé en amont de celui, de détail, sur lequel les consommateurs sont susceptibles d'arbitrer entre divers moyens pour obtenir une photo d'identité. Bien qu'une certaine interdépendance existe toujours entre marchés de détail et marchés de gros sous-jacents, il est courant de constater que leurs périmètres respectifs diffèrent, les prestations échangées étant généralement différentes. Le Conseil de la concurrence a déjà, dans sa décision n° [04-D-63](#) du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des activités annexes des stations services, examiné des comportements sur un marché amont de ce type, celui de la mise à disposition de machines de distribution automatique de boissons.
39. Pour ce qui est de la dernière pratique dénoncée, celle concernant la politique de communication de Photomaton, le Conseil constate que le marché concerné est celui de l'ensemble du marché aval de la photo d'identité ou l'un de ses sous-marchés.

a) Le marché amont de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité

40. Sur ce marché, les opérateurs de cabines de photographies d'identité disposent d'équipes de commerciaux dont la fonction est de démarcher la clientèle potentielle de détenteurs d'emplacement (supermarchés, administrations, ...) ainsi que d'équipes de maintenance destinées à assurer les interventions sur les machines. Ils négocient les conditions d'exploitation avec leurs clients, notamment le montant de la redevance.
41. A ce stade de l'instruction, ces éléments conduisent à considérer que la relation entre les détenteurs d'emplacements et les opérateurs de cabines de photographies d'identité est susceptible de constituer un marché pertinent, celui de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité.

b) La dimension géographique du marché de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité

42. Les opérateurs de cabines de photographies d'identité présents sur le territoire national sont présents sur l'ensemble du territoire national mais limitent leur activité à ce territoire, le nombre résiduel de cabines installées dans des pays limitrophes correspondant à des cabines vendues et non exploitées par le fournisseur. Le marché est par ailleurs influencé par les normes françaises applicables aux photographies d'identité pour documents officiels. A ce stade de l'instruction, l'analyse des pratiques dénoncées sera donc faite en retenant un marché de dimension nationale.

3. SUR LA POSITION DOMINANTE DE LA SOCIÉTÉ PHOTOMATON SUR LE MARCHÉ AMONT DE L'EXPLOITATION

43. La société Photomaton relève qu'elle a pour clients des entreprises de très grande taille auxquelles elle ne peut imposer les termes des contrats d'exploitation. Au contraire, les contrats négociés avec ses grands comptes sont de formats très différents. Elle souligne également qu'elle a perdu certains marchés au profit de ses concurrents. Ces éléments démontrent, selon elle, que la concurrence joue pleinement sur le marché et qu'elle n'y dispose pas d'une position dominante.
44. D'après les estimations communiquées par l'Association pour la promotion de l'image, 10 000 à 12 000 cabines sont installées en France. La société Photomaton recense pour sa part 11 250 cabines. Sur ce total, un peu moins de 7 000 cabines sont des cabines Photomaton (5 727 cabines en exploitation chez des détenteurs d'emplacement tiers, 669 exploitées dans les boutiques « Photomaton Service », environ 200 cabines vendues par la société Photomaton et environ 400 cabines vendues par la société Soft, rachetée en août 2007 mais aucune des pratiques dénoncées ne concerne ce marché de la vente des cabines), soit environ 62 %. Son plus important concurrent, la société SCEM, dispose d'après les estimations communiquées par la société Photomaton de 900 cabines, soit environ 8 %.
45. S'agissant de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photos d'identité, les cabines Photomaton représentent environ 82 % des cabines en exploitation chez des détenteurs d'emplacements (5 727 sur environ 7 000 cabines en exploitation). Son plus important concurrent, la société SCEM, exploite d'après les estimations communiquées par Photomaton environ 13 % du total des cabines en exploitation.

46. La part de marché de Photomaton sur le marché amont sur lequel sont conclus les contrats mis en cause est donc très importante, tant en valeur absolue qu'en valeur relative par rapport à ses concurrents.
47. En outre, la société Photomaton bénéficie d'une importante notoriété dans ce secteur. Elle y est présente depuis de nombreuses années et Photomaton est en France la marque éponyme des cabines de photographies d'identité, voire des clichés eux-mêmes.
48. Il convient également de relever que la société Photomaton exploite en exclusivité, conformément aux termes de contrats passés à la suite d'appels d'offres, les cabines installées dans des sites importants en termes d'image et de visibilité, tels que ceux de la SNCF ou des stations du métro parisien. La mise en concurrence par ces importants détenteurs d'espaces, de l'ensemble des sites en une seule fois, favorise le seul opérateur de taille importante présent sur le marché. En effet, l'appréciation des offres se fait non seulement sur le niveau de redevance proposé mais aussi sur la notoriété de l'opérateur ou sa capacité à assurer l'exploitation et la maintenance des cabines sur l'ensemble du territoire national. Du fait de l'importance du nombre de sites concernés, ce mode d'attribution des contrats constitue une importante barrière à l'entrée sur le marché et est de nature à contraindre le développement des concurrents de petite taille de la société Photomaton. De fait, les deux exemples de contrats qu'elle a perdus mis en avant par la société Photomaton concernent une préfecture, la mise en concurrence des exploitants de cabines étant faite de façon séparée par chaque préfecture.
49. Enfin, la taille de la société Photomaton, toutes activités confondues, lui donne un avantage par rapport à ses concurrents. Comme la plupart d'entre eux, elle est également présente sur les marchés voisins de la distribution automatique (copieurs, ...) ou du développement numérique (bornes, ...). Mais son chiffre d'affaires total est d'environ 68 millions pour un résultat de 5 millions environ, contre environ 4 millions pour un résultat de 3 500 euros environ pour la société SCEM. Photomaton est par ailleurs la filiale du groupe Photo-Me, présent dans de nombreux pays européens et mondiaux dans le secteur de la distribution automatique, notamment en photographie d'identité, qui intègre la société KIS. Photo-Me fabrique la plupart des cabines de photographies d'identité que commercialise la société Photomaton.
50. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que Photomaton est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité.
51. En ce qui concerne le marché aval de la photo d'identité ou ses sous-marchés, la saisine ne fait état d'aucun élément probant relatif à un éventuel abus (comme il sera vu au chapitre 7 ci-après). Il n'est donc pas nécessaire d'y caractériser la position de Photomaton.

4. SUR LES CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ

52. La société Cybervitrine soutient que les contrats d'exploitation des cabines Photomaton contiennent des clauses d'exclusivité d'une durée de 5 ans, non justifiées d'un point de vue économique, et de nature à interdire l'émergence d'une offre concurrente. Les effets anticoncurrentiels de ces clauses seraient renforcés par d'autres éléments tels que des clauses de tacite reconduction, des clauses relatives à la date de début des contrats ou l'octroi d'avances financières.
53. La conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même, un abus à la condition que le comportement de l'opérateur

dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. En effet, elles peuvent être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, par exemple du fait de l'existence d'investissements spécifiques ou du fait du caractère particulièrement risqué de l'activité. Toutefois, si de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet - constaté ou potentiel - d'éviction qu'elles comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce et l'article 82 du Traité CE (décision n° [03-MC-03](#), société Towercast contre TDF, du 1^{er} décembre 2003 et n° [07-MC-01](#), société KalibraXE contre EDF, du 25 avril 2007).

54. Les lignes directrices sur les restrictions verticales publiées par la Commission européenne en octobre 2000 (C 291/29) analysent de la façon suivante, lorsqu'elles sont imposées à des distributeurs, les obligations de non-concurrence ou clauses d'exclusivité portant sur 80 % ou plus des achats des distributeurs sur un marché pertinent : *« Les obligations de non-concurrence contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante et d'une durée comprise entre un an et cinq ans doivent être examinées sur la base d'un bilan des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficience allégués ou bien produisent des gains d'efficience insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché qu'elles produisent. Les entreprises en position dominante ne peuvent imposer des obligations de non-concurrence à leurs acheteurs à moins de pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratique commerciale dans le contexte de l'article 82. »* (§ 141). Or, dans le cas d'espèce, il convient de prendre en compte le fait que les détenteurs d'espace ne sont pas les utilisateurs finals des cabines et peuvent être assimilés à des distributeurs. La Commission ajoute au § 148 : *« Lorsque le fournisseur est en position dominante, toute obligation d'acheter exclusivement ou principalement à ce fournisseur peut facilement provoquer de graves effets de verrouillage sur le marché. Ce risque est d'autant plus grand que la position dominante est forte. »*
55. Ainsi, il convient tout d'abord de s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.
56. Ces quatre critères sont appréciés par la jurisprudence du Conseil de façon cumulative et seront examinés successivement dans le cas d'espèce.

a) Sur le champ d'application et la portée des clauses d'exclusivité

57. Photomaton a déclaré avoir plus de 4 000 contrats en cours, dont les principales caractéristiques sont recensées dans le tableau ci-après présentant les 13 principaux partenaires et le total des autres contrats :

| N° | Exclusivité | Prime d'exclusivité | Durée (en mois) | Date de départ de la durée | Cabines | % | Chiffre d'affaires | % |
|--------------|-------------------|---------------------|-----------------|----------------------------|---------|-------|--------------------|------|
| 1* | Autoconsommation | | 108 | Installation | 669 | 10,5 | 11 054 404 | 19,4 |
| 2 | Oui | Non | 72 | Contrat | 648 | 10,1 | 5 487 761 | 9,6 |
| 3(cadre) | Non | Non | 12 | Contrat | / | / | / | / |
| 3** | Oui | Non | 36 à 60 | Contrat | 511 | 8,0 | 2 200 153 | 3,9 |
| 4(cadre) | Non | Non | 12 | Contrat | / | / | / | / |
| 4** | Oui | Non | 36 à 60 | Contrat | 497 | 7,8 | 3 301 035 | 5,8 |
| 5 | Non | Non | 36 | Contrat | 484 | 7,567 | 2 627 501 | 4,6 |
| 6(cadre) | Non | Non | 9 | Contrat | / | / | / | / |
| 6** | Oui | Non | 36 à 60 | Contrat | 373 | 5,8 | 4 541 621 | 8,0 |
| 7 | Oui | Valeur | 72 | Contrat | 340 | 5,3 | 4 014 503 | 7,0 |
| 8 | Oui | Valeur | 36 | Contrat | 243 | 3,8 | 3 430 743 | 6,0 |
| 9 | Non | Non | 60 | Contrat | 235 | 3,7 | 741 471 | 1,3 |
| 10 | Oui | % | 36 | Contrat/ Installation | 214 | 3,3 | 1 489 761 | 2,6 |
| 11** | Oui | Non | 36 à 60 | Installation | 189 | 3,0 | 1 057 744 | 1,9 |
| 12** | Oui | Non | 12 à 60 | Installation | 173 | 2,7 | 2 317 614 | 4,1 |
| 13 | Non | Non | 12 | Installation | 159 | 2,5 | 2 467 789 | 4,3 |
| Autres** | Oui (à 70-80%) | Non | 60 (à 70%) | Contrat/ Installation | 1 661 | 26,0 | 12 219 768 | 21,5 |
| TOTAL | | | | | 6 396 | 100 | 56 951 868 | 100 |

* Ces cabines sont celles exploitées dans le cadre des boutiques « Photomaton Service ».

** Cette catégorie recouvre en fait une pluralité d'opérateurs différents, selon les cas d'une même enseigne ou totalement indépendants.

58. Sur les 5 727 cabines de Photomaton en exploitation chez des tiers (les cabines exploitées dans le cadre des Photomaton Services ne sont pas prises en compte), 76 à 79 % des cabines, représentant 79 à 82 % du chiffre d'affaires total de Photomaton sur les cabines en exploitation chez des tiers, sont régies par des contrats comprenant une exclusivité.
59. Le saisissant a déposé à l'appui de sa saisine plusieurs contrats portant sur la location d'un seul site. Ils contiennent différentes rédactions des clauses d'exclusivité :
- dans la section « *Objet du contrat : La société autorise PHOTOMATON SA à installer et à exploiter à titre exclusif, à l'adresse d'exploitation mentionnée ci-avant l'équipement décrit plus haut* » ;
 - dans la section « *Obligation à la charge de la "Société" : ne pas exploiter ou laisser exploiter un ou des appareils concurrents à l'équipement objet des présentes au sein de l'établissement désigné à la rubrique "lieu exact d'exploitation* ».
60. Les contrats centralisés passés avec des sociétés pour tout ou partie de leurs emplacements contiennent, dans les proportions rappelées aux paragraphes 57 et 58, des clauses similaires.
61. Ces clauses sont conçues de façon intensive. Tout d'abord, elles visent l'intégralité du point de vente concerné (« *l'adresse d'exploitation* »). Dans le cas des contrats centralisés passés avec des sociétés pour tout ou partie de leurs emplacements, l'exclusivité vise l'intégralité du réseau (un minimum de cabines et d'emplacements étant généralement stipulé) et a vocation à s'appliquer aux cabines qui sont installées postérieurement au contrat (qu'elles soient ou non comprises dans un éventuel décompte initial). Ensuite, les exclusivités consenties empêchent l'exploitation d'une cabine tant par un tiers que par le détenteur d'emplacement lui-même. Elles sont donc susceptibles de restreindre non seulement les stratégies d'exploitation des concurrents mais également les possibilités pour les détenteurs d'emplacement d'exploiter en propre une cabine sur un emplacement leur appartenant et,

par conséquent, les possibilités de vente des opérateurs de cabines de photographies d'identité.

b) Sur la durée effective des contrats

62. Les contrats présentés par la société Cybervitrine à l'appui de sa saisine sont conclus pour une durée de 60 mois, soit cinq ans. Lorsque l'ensemble des contrats conclus par la société Photomaton pour l'exploitation de cabines est pris en compte, il apparaît qu'entre 86 et 89 % des cabines (représentant 82 à 87 % du chiffre d'affaires total de Photomaton sur les cabines en exploitation chez des tiers) sont régies par des contrats de trois ans et plus. Par ailleurs, entre 38 et 68 % des cabines (représentant 39 à 69 % du chiffre d'affaires en exploitation chez des tiers) sont régies par des contrats de cinq ans voire plus.
63. Comme cela est rappelé dans les lignes directrices citées ci-dessus (cf. § 54), du fait de la forte position dominante de la société Photomaton, les clauses d'exclusivité sont susceptibles de produire des effets de verrouillage du marché quelle que soit la durée de l'engagement contractuel. Elles sont toutefois d'autant plus graves que cette durée est longue. Or, il convient de prendre en compte la durée effective des contrats, qui peut être plus longue que la durée inscrite au contrat du fait de l'existence de clauses de tacite reconduction.

La clause de tacite reconduction

64. Le saisissant a déposé à l'appui de sa saisine plusieurs contrats portant sur la location d'un seul site. Ils contiennent une clause de tacite reconduction ainsi formulée : « *La présente convention pourra être résiliée de part et d'autre, par lettre recommandée, trois mois avant sa date d'expiration. En l'absence de dénonciation par l'une ou l'autre des parties, elle se renouvellera pour des périodes identiques. PHOTOMATON SA se réserve le droit de résilier la présente convention, sous préavis d'un mois par lettre recommandée, en cas de rentabilité insuffisante* ».
65. La société Photomaton justifie l'inclusion de cette clause par un objectif de simplicité administrative, le renouvellement des contrats étant ainsi rapide et sans frais. Elle souligne par ailleurs que la reconduction n'a lieu que lorsque l'exploitant est satisfait du contrat conclu. Enfin, elle précise que certains contrats sont conclus sans clause de tacite reconduction.
66. Sur ce point, le Conseil a déjà considéré, notamment dans les décisions n° [98-D-52](#) du 7 juillet 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Decaux et n° [05-D-49](#) du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location de machines d'affranchissement postal, que de telles clauses accroissaient la durée effective d'engagement des clients dès lors qu'il est « *prév[u] systématiquement dans les projets de contrats soumis aux collectivités locales un renouvellement par tacite reconduction pour des périodes comprises entre six et douze ans, elles-mêmes renouvelables* ». De la même façon, les autorités communautaires de la concurrence considèrent que les contrats comprenant des clauses de tacite reconduction doivent être assimilés à des contrats à durée indéterminée (voir, par exemple, arrêt Hoffmann La Roche de la CJCE du 13 février 1979 ou l'article 5a du règlement d'exemption n° 2790/99).
67. En favorisant le maintien des relations contractuelles au-delà de la première période d'engagement, cette clause renforce l'effet de fermeture du marché. Le fait que, comme l'avance la société Photomaton, le renouvellement des contrats par les acheteurs s'en trouve facilité ne peut suffire à compenser cet effet de fermeture.

68. Par ailleurs, les effets d'une clause de tacite reconduction peuvent être d'autant plus grands que les conditions de dénonciation (notamment la date limite pour dénoncer le contrat) sont restrictives. Ici, si la durée de trois mois avant la date d'expiration pour dénoncer la convention n'apparaît pas en soi démesurée, elle semble néanmoins disproportionnée par rapport à la possibilité qu'a Photomaton de dénoncer la convention à tout moment, sous préavis d'un mois, en cas de rentabilité insuffisante.

Sur la prolongation artificielle des contrats

69. La société Cybervitrine dénonce la rédaction de clauses des contrats de Photomaton relatives à la durée des contrats aux termes desquelles « *Le présent contrat entrera en vigueur à compter de la date d'installation de la machine ou à défaut, lorsqu'il n'y a pas de changement de matériel, à la date de signature de la présente convention. Il est conclu pour une durée de 60 mois et annule et remplace les contrats précédemment signés* ». Elle en déduit que, dans l'hypothèse où, en cours de contrat, la société Photomaton viendrait à installer une nouvelle cabine ou un nouveau matériel complémentaire tel qu'une machine d'impression de photographies numériques ou un photocopieur, la durée du contrat pour le nouvel ensemble recommencerait à courir pour cinq ans à compter de cette nouvelle installation, au lieu de continuer à courir pour le temps restant en application du contrat initial pour la cabine initialement installée.
70. La société Photomaton indique que les clauses stipulant la date de départ de la durée contractuelle au jour de l'installation de la cabine sont justifiées par le délai, allant parfois jusqu'à six mois, pouvant intervenir entre la signature du contrat et l'installation effective de la cabine. Ces délais prolongent toutefois la durée pendant laquelle le détenteur d'espace ne peut contracter avec un autre fournisseur de cabines.
71. En séance, le société Photomaton a déclaré que, le plus souvent, lorsqu'une deuxième cabine est installée, la première cabine a été rentabilisée et une affluence suffisante pour une deuxième cabine est anticipée. Elle a en outre précisé que l'installation d'une cabine supplémentaire se fait en application d'un nouveau contrat et que l'exclusivité consentie pour la deuxième cabine ne proroge pas la durée contractuelle du premier contrat.
72. Cependant, compte tenu de sa rédaction, la clause ci-dessus reproduite permet que des contrats soient annulés et remplacés en cours d'exécution.
73. Par ailleurs, l'installation d'une deuxième cabine sur un même site prolonge *de facto* la durée d'engagement du détenteur d'espace pour la première. De plus, il ne peut être exclu, en l'état du dossier, que dans les cas où l'installation de cette deuxième cabine prend place à une date différente de la date d'échéance du contrat conclu pour la première cabine, le décalage entre les dates de fin de contrats ainsi introduit ait pour conséquence que le détenteur ne puisse jamais, en vertu des dispositions de l'un des contrats, faire appel à une offre concurrente lorsque l'autre contrat arrive à échéance. Le chevauchement de périodes contractuelles ainsi créé est susceptible de faire jouer plus facilement la clause de tacite reconduction prévue au contrat initial et donc de prolonger indéfiniment la durée effective de la relation contractuelle.
74. En revanche, aucun élément au dossier ne permet à ce stade de l'instruction de démontrer que la mise en place d'un matériel différent des cabines de photographies d'identité (photocopieur, borne, etc.) serait utilisée par Photomaton pour proroger la durée contractuelle de l'ensemble du matériel installé, même si certains contrats au dossier concernent à la fois des cabines de photographies d'identité et d'autres produits.

c) Sur les justifications financières présentées par la société Photomaton

75. La société Photomaton avance que la durée de cinq ans est une durée classique dans la profession. Elle soutient par ailleurs que la clause et la durée de l'exclusivité ont pour objet d'assurer la rentabilité des investissements et l'amortissement des cabines de photographies d'identité, par un rendement satisfaisant de chaque cabine. Elle explique que les contraintes concurrentielles et les demandes commerciales l'ont conduite à retenir une durée comptable d'amortissement de cinq ans, comprenant le seul amortissement du matériel à l'exclusion des coûts de mise en service des cabines (auquel cas l'amortissement aurait dû, selon elle, être de 7 ans) et précise que la durée de vie moyenne d'une cabine est d'environ 4 à 7 ans et que les machines retirées du terrain sont mises au rebus sans produire de valeur pour la société.
76. La société Cybervitrine soutient que les justifications financières présentées par la société Photomaton sont admissibles pour de nouveaux entrants mais les conteste pour une société établie. Elles ne prendraient ainsi en compte selon Cybervitrine ni la durée de vie d'une cabine, qu'elle estime d'environ 10 ans, ni les cabines du parc de Photomaton déjà amorties, qu'elle évalue à 55 % du parc actuel. Cybervitrine relève par ailleurs que certains contrats de moins longue durée, conclus en France par Photomaton et en Grande Bretagne par sa maison mère Photo-Me, montrent qu'une durée de cinq ans n'est pas indispensable.
77. Sur ce point, la rentabilité d'un investissement dépend de la comparaison entre une dépense immédiate et un flux de revenus futurs escomptés, actualisés par un taux d'intérêt adapté (coût moyen pondéré du capital), prenant en compte le risque. Des investissements importants peuvent n'être rentables qu'à la condition que l'investisseur ait une visibilité sur une période suffisamment longue, lui permettant d'espérer un retour sur investissement dans des conditions économiquement raisonnables. Des durées contractuelles longues peuvent être un moyen d'assurer une telle visibilité. C'est notamment le cas lorsque les coûts irrécupérables sont élevés ou que l'investissement est spécifique à une relation commerciale particulière, et que l'investisseur fait face à un risque d'opportunisme de la part de son partenaire. La Commission européenne, dans les lignes directrices précitées, considère effectivement que, dans le cadre d'un investissement du fournisseur propre à une relation contractuelle, un accord de non-concurrence pendant la période d'amortissement de l'investissement remplit généralement les conditions prévues à l'article 81 paragraphe 3.
78. En effet, il n'est ainsi pas anticoncurrentiel en soi pour un opérateur dominant prenant un risque d'en assurer la couverture. Dans un marché tel que celui sur lequel évolue la société Photomaton, il est possible de partager le risque pris par un niveau plus faible de la redevance laissée aux détenteurs d'espace ou de sécuriser les revenus attendus par l'insertion de clauses d'exclusivité d'une certaine durée. Mais, comme le Conseil l'a rappelé dans la décision n° [98-D-52](#) précitée, « *si ces justifications peuvent être admises dans certains cas, la durée de cette exclusivité cependant, ne saurait être excessive par rapport aux nécessités de l'amortissement des équipements ni empêcher toute possibilité d'accès des entreprises concurrentes aux marchés concernés* ». La même exigence de proportionnalité s'impose à toutes les mesures adoptées par une entreprise en position dominante pour compenser un risque pris.
79. S'agissant de la durée des exclusivités, la société Photomaton a présenté à l'appui de ses justifications financières un compte de résultat de ses cabines sur 5 ans, en prenant en compte une érosion anticipée du chiffre d'affaires du marché de 3 % par an. Ce compte de résultat inclut dans les charges les coûts liés à l'exploitation de la cabine (redevances payées, consommation de papier et de pièces détachées, coût des techniciens, frais de déplacement, transport des pièces et des machines, énergie, publicité, frais commerciaux et

administratifs, salaires, frais financiers liés à l'acquisition des machines, taxes hors IS, honoraires). La société Photomaton a indiqué qu'elle n'utilisait aucun taux d'actualisation pour le calcul de ses décisions d'investissement.

80. En l'état, aucun élément ne permet de confirmer une décroissance du marché telle qu'anticipée par Photomaton. En guise d'exemple, si le projet « TES », évoqué au paragraphe 3, risque de faire diminuer la demande de photographies d'identité, l'ajout de photographies sur la Carte Vitale va, au contraire, l'augmenter. Dès lors, sur la base de la première année du compte de résultat présenté par la société Photomaton, qui correspond vraisemblablement à l'exercice actuel ou au dernier exercice, les données relatives à la rentabilité d'une cabine sont les suivantes :

| Valeurs moyennes par cabine (base année 1) | |
|--|----------|
| Tirage/ jour | 6,60 |
| Prix HT/ tirage | 3,05 |
| CA/ jour | 24,08 |
| Tirage/ an | 2 409,00 |
| CA/ an | 7 347,00 |
| Charges/ an* | 5 870,00 |
| IS/ an | 277,00 |
| Participation/ an | 45,00 |
| Part du bénéfice attribuée à l'amortissement/ an | 992,00 |
| Durée d'amortissement | 5 ans |
| Cash-Flow/ an | 1 477,00 |
| Cash-Flow/ mois** | 123,08 |
| Coût d'une cabine*** | 4 960,00 |
| Durée de remboursement d'une cabine (en mois)**** | 40,30 |
| Durée de remboursement d'une cabine (en années)***** | 3,36 |

* CA par an – Cash-flow par an

** Cash-flow par / 12

*** Part du bénéfice attribuée à l'amortissement par an x Durée d'amortissement

**** Coût d'une cabine / Cash-flow par mois

***** Coût d'une cabine / Cash-flow par an

81. A ce stade de l'instruction, il ne peut toutefois être exclu que l'exclusivité ne soit pas nécessaire à la rentabilisation des investissements, ceux-ci n'étant ni spécifiques ni caractérisés par des coûts irrécupérables importants. En effet, dans les circonstances de l'espèce, la perte de l'exclusivité ne se traduirait pas nécessairement par une baisse de chiffre d'affaires telle qu'elle justifierait une désinstallation de la cabine. L'installation d'une cabine concurrente pourrait, par exemple, être motivée par une augmentation de l'affluence sur l'emplacement concerné. Photomaton installe d'ailleurs elle-même des cabines supplémentaires sur les sites couverts par la clause d'exclusivité de la première machine. La clause d'exclusivité garantit de fait à Photomaton qu'il sera le seul fournisseur à pouvoir profiter de l'augmentation des besoins.
82. De plus, il convient de relever que la société Photomaton limite déjà une partie du risque pris en prévoyant dans certains de ses contrats la possibilité de retirer à tout moment les cabines installées, sous préavis d'un mois, en cas de rentabilité insuffisante. Or, en l'état du dossier, il n'est pas démontré que les cabines retirées d'un emplacement ne peuvent être réinstallées en exploitation sur un autre emplacement. La société Photomaton ne réfute d'ailleurs pas que cela soit le cas mais expose que la réutilisation d'une cabine ne peut se faire que moyennant de coûteux travaux de remise en état.

83. Enfin, en cas d'impossibilité de réinstaller une cabine en exploitation, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une valeur résiduelle non nulle de la machine (vente à l'occasion) ou de ses composants (ordinateur, imprimante, ...).
84. Cependant, à supposer que le principe de l'exclusivité soit justifié, il résulte des chiffres communiqués par la société Photomaton et présentés ci-dessus qu'une cabine est rentabilisée au bout de 41 mois, soit 3 ans et 5 mois. Une durée plus longue est donc susceptible d'être considérée comme disproportionnée. Or, les chiffres et développements présentés précédemment montrent qu'une grande partie des contrats comportent des clauses imposant l'exclusivité pour une durée initiale effectivement supérieure à 3 ans et 5 mois. De plus, cette durée peut être prolongée par l'installation postérieure d'une seconde cabine sur le même emplacement ou par des clauses faisant courir l'exclusivité à compter de l'installation de la cabine et non à la date du contrat. Enfin, les clauses de tacite reconduction pourraient conduire à assimiler ces contrats à des contrats à durée indéterminée.
85. Les clauses examinées apparaissent dès lors, à ce stade de l'instruction, disproportionnées compte tenu du niveau de risque pris par Photomaton et des conséquences qu'elles peuvent avoir sur l'accès au marché par des concurrents.

d) Sur l'application des contrats et les refus de modifications en cours d'exécution

86. La société Cyberverrine dénonce les refus opposés par Photomaton à ses cocontractants souhaitant installer une cabine concurrente et sa volonté de voir les dispositions contractuelles relatives à l'exclusivité appliquées. Elle a ainsi dénombré un certain nombre de refus de Photomaton d'autoriser l'installation d'une cabine Fotopod en complément d'une de ses cabines dans des magasins des réseaux Leclerc, Super U, Cora ou Planet Saturn. De même, elle relève des situations dans lesquelles la société Photomaton a envoyé, à la suite de l'installation d'une cabine de Cyberverrine, des courriers rappelant son exclusivité sur l'emplacement et menaçant parfois de poursuites en dommages et intérêts. Ces courriers auraient dans certains cas entraîné l'absence d'installation de la cabine ou son retrait (3 cas sur 6 en exploitation, 1 cas sur 3 en vente). La société Cyberverrine avance que ces situations témoignent par ailleurs de l'intérêt porté aux cabines de Cyberverrine, notamment du fait de leur accessibilité aux personnes en fauteuil roulant.
87. La société Photomaton relève quant à elle son intérêt légitime à voir les obligations contractuelles appliquées, au motif qu'elles sont fondées sur des raisons économiques et que leur non respect mettrait sa pérennité en danger.
88. Sur ce point, il ressort des éléments au dossier et des déclarations des parties que les clauses d'exclusivité prévues sont effectivement appliquées. Si le refus de modifier des contrats valablement conclus n'est pas en soi constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, il convient toutefois d'en tenir compte afin d'apprécier les effets réels de contrats dont les effets anticoncurrentiels potentiels auraient été préalablement établis. Le Conseil relève également que ces exemples témoignent de l'existence d'une demande que les détenteurs d'espace estiment non satisfaite par les contrats en cours.

5. SUR L'EXISTENCE DE CONTREPARTIES ÉCONOMIQUES OU D'AVANCES FINANCIÈRES

89. La société Cybervitrine soutient que la société Photomaton octroie à ses cocontractants des avances voire des bonus financiers impossibles à répliquer pour les concurrents, ce que la société Photomaton nie.
90. Dans sa décision n° [07-MC-01](#) précitée, le Conseil rappelle qu'il convient d'examiner si le client se voit rétrocéder une juste part de l'avantage économique découlant pour le fournisseur de l'exclusivité obtenue, la jurisprudence admettant « *l'existence d'un avantage économique justifiant la pratique des clauses d'exclusivité* » (arrêt de la cour d'appel de Paris, société Scan coupon, du 4 février 2003). Néanmoins, pour être considéré comme justifiant une exclusivité, l'avantage économique consenti ne doit pas consister dans le seul partage de la rente que l'exclusivité permet de garantir à l'entreprise dominante au détriment de ses concurrents.
91. En l'espèce, les éléments transmis par la société Photomaton indiquent que celle-ci accorde dans certains cas des primes d'exclusivité, soit forfaitaires, soit proportionnelles aux recettes. De telles primes incitent les clients à accepter l'exclusivité de Photomaton, sans que cela puisse être considéré comme un gain d'efficience produit par la pratique et, en cela pourraient contribuer à la forclusion du marché. Elles alourdissent par ailleurs les charges de Photomaton et rendent de fait plus longue la rentabilisation des cabines.

6. CONCLUSION SUR LE JEU CUMULÉ DES CLAUSES CONTRACTUELLES DE LA SOCIÉTÉ PHOTOMATON

92. Il résulte de l'ensemble des éléments ci-dessus, qu'à ce stade de l'instruction, sont susceptibles d'être considérés comme un abus de position dominante l'insertion et le jeu cumulé, sur une part importante des contrats de Photomaton avec les détenteurs d'emplacements, d'exclusivités d'une durée variant entre trois et cinq ans, voire plus, et de tout ou partie des éléments suivants : la tacite reconduction des contrats, le départ de la durée contractuelle à la date de l'installation des cabines, l'installation de cabines supplémentaires allongeant la durée d'exclusivité sur l'emplacement ou l'octroi de primes d'exclusivité.
93. Ces pratiques contractuelles sont en effet susceptibles de créer des barrières artificielles à l'entrée et à l'expansion sur le marché de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité. Sur ce marché, les opérateurs de cabines de photographies d'identité se livrent une concurrence de deux ordres. Dans le marché, les concurrents essayent d'accéder à un maximum des emplacements dispersés sur toute la France. Ils se font également concurrence pour l'obtention de marchés concernant l'intégralité d'un réseau important d'emplacements (réseaux intégrés de supermarchés, stations RATP, gares SNCF, ...). Or, les pratiques examinées sont susceptibles de conduire à un verrouillage significatif de ces deux modes de concurrence sur le marché pertinent.
94. D'une part, les contrats de Photomaton peuvent avoir des effets directs sur la concurrence sur le marché, relative aux emplacements individuels. Ces contrats sont ceux qui comprennent des clauses d'exclusivité qui, par le jeu des clauses de tacite reconduction et de l'éventuel chevauchement des contrats, sont susceptibles de rendre les emplacements concernés inaccessibles à la concurrence pour une durée indéterminée.
95. D'autre part, les difficultés d'accès à ces emplacements pour lesquels la négociation est individuelle sont susceptibles d'empêcher les concurrents d'atteindre peu à peu la taille

critique nécessaire pour pouvoir répondre aux appels d'offres portant sur un nombre important de sites. L'effet de verrouillage des clauses d'exclusivité analysées ci-dessus est donc étendu aux appels d'offres lancés par d'importants détenteurs d'espace, bien que les contrats qui sont ensuite conclus entre eux et la société Photomaton ne comporte pas tous une clause d'exclusivité. L'organisation par les détenteurs concernés d'appels d'offres groupés peut néanmoins être justifiée, par exemple, afin d'assurer l'unité des services proposés ou la réduction des coûts de transaction, même si elle rend indisponible un grand nombre d'emplacements en une fois et réduit les possibilités de concurrence dans le marché. Il est traditionnellement admis, s'agissant notamment des droits exclusifs relatifs à des services d'intérêt général, que les risques anticoncurrentiels de ce type de situation sont limités lorsqu'une mise en concurrence suffisante pour les marchés existe périodiquement. Or, en l'espèce, les contrats passés par Photomaton avec des réseaux dans leur intégralité le sont, de même que les contrats individuels, pour des durées importantes, allongées dans certains cas par d'autres clauses, notamment de tacite de reconduction et ne sont donc pas tous mis régulièrement en concurrence.

96. Dès lors, à ce stade de l'instruction, les pratiques examinées apparaissent susceptibles de restreindre la concurrence sur le marché de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité et d'y protéger la position dominante occupée par la société Photomaton en limitant de manière directe les possibilités de concurrence dans le marché concernant les emplacements individuels et, de ce fait et de manière indirecte, les possibilités de concurrence pour l'obtention des marchés relatifs aux réseaux intégrés d'emplacements. A les supposer avérées, de telles pratiques seraient contraires à l'article L. 420-2 du Code de commerce et à l'article 82 du Traité CE.

7. SUR LA POLITIQUE DE COMMUNICATION DE PHOTOMATON

97. La société Cybervitrine dénonce dans sa saisine la politique de communication de Photomaton, destinée à entretenir une confusion entre photos d'identité professionnelles et cabines Photomaton. Elle met en cause la diffusion d'un dépliant conçu comme un document officiel et comportant le sceau Marianne et le drapeau tricolore.
98. Toutefois, aucun élément au dossier ne suggère que la communication de Photomaton aurait un autre objet que celui d'assurer les consommateurs de la conformité des photographies d'identité faites dans les cabines du groupe avec les normes officielles, ni qu'elle aurait pour effet d'empêcher l'entrée ou le développement d'une concurrence sur le marché.

C. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

99. L'article L. 464-1 du Code de commerce dispose : « *le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux*

parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. »

1. SUR LES MESURES NÉCESSAIRES POUR PRÉVENIR UNE ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE À L'ENTREPRISE PLAIGNANTE

100. Au cours de l'instruction, la société Cybervitrine a porté à la connaissance du Conseil les aléas de sa situation et a soutenu l'existence d'une atteinte grave et immédiate à son égard à un double titre.
101. Elle a tout d'abord souligné que ses difficultés financières, provoquées par l'impossibilité qui était la sienne de suffisamment pénétrer le marché compte tenu des clauses d'exclusivité de la société Photomaton, pourraient la forcer à sortir du marché, diminuant ainsi l'intensité concurrentielle de ce dernier.
102. Elle a en outre soutenu que les pratiques de Photomaton avaient permis à celle-ci de gagner le temps nécessaire au développement d'une machine concurrente de sa cabine Fotopod, cabine qui se caractérise par son accessibilité aux fauteuils roulants. Selon elle, plusieurs détenteurs d'emplacements étaient intéressés par la cabine Fotopod mais n'ont pu y prétendre en raison des clauses d'exclusivité les liant à Photomaton et, entretemps, le développement par Photomaton d'une « cabine universelle », accessible à plusieurs formes de handicap, est en passe de fermer définitivement le marché.
103. La société Photomaton avance quant à elle que la société Cybervitrine ne démontre aucun préjudice qui lui soit nécessairement imputable. Elle estime notamment que la situation de Cybervitrine s'explique par des choix contestables et précise en outre que l'activité de photographie d'identité ne représentait au plus que 40 % de l'activité de l'entreprise saisissante. Elle soutient par ailleurs qu'elle propose depuis longtemps une cabine offrant des services comparables à celle de Cybervitrine et que la « cabine universelle » actuellement en début de commercialisation remplit un nombre de fonctions bien plus importants. Elle relève enfin qu'il n'existe plus d'urgence ni d'intérêt de Cybervitrine au prononcé des mesures conservatoires compte tenu de sa liquidation.
104. Sur ces points, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les arguments de fond, le Conseil a déjà, notamment dans sa décision n° [00-MC-06](#) du 18 mai 2000, déduit du principe de proportionnalité que des mesures conservatoires qui interviendraient trop tard pour redresser une situation ne sont plus nécessaires et ne peuvent, par conséquent, pas être accordées.
105. Compte tenu de la mise en liquidation de la société Cybervitrine, toute mesure ne pourrait être qu'inefficace ou disproportionnée. Dès lors, la condition de nécessité, requise par l'article L. 464-1 du Code de commerce pour le prononcé de mesures conservatoires, n'est pas justifiée par la situation de la société Cybervitrine.

2. SUR L'ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE À L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE, À CELLE DU SECTEUR INTÉRESSÉ OU À L'INTÉRÊT DES CONSOMMATEURS

106. Dans sa saisine, la société Cybervitrine a justifié sa demande de mesures conservatoires en relevant que les pratiques dénoncées de la société Photomaton avaient des répercussions sur tous les concurrents et en gênaient le développement, menaçant ainsi l'intérêt du consommateur. Elle avance notamment que le marché était à maturité, les meilleurs

emplacements étant déjà occupés, et que, compte tenu de cette saturation, la question de l'immédiateté de l'atteinte se posait avec une acuité particulière.

107. La société Photomaton soutient qu'aucune atteinte grave et immédiate ne peut-être établie, compte tenu de la concurrence sur le marché, qui se traduit notamment par une grande variété des prix proposés.
108. Sur ce point, si conformément aux développements précédents, les pratiques de Photomaton sont susceptibles de porter une atteinte potentiellement grave au fonctionnement de la concurrence sur le secteur, il convient de relever que les clauses contractuelles dénoncées existent selon le saisissant au moins depuis 1998, et qu'aucun élément au dossier ne permet d'établir qu'un fait nouveau aurait aggravé la situation de l'économie, du secteur ou des consommateurs et rendrait particulièrement urgente leur protection par l'octroi de mesures conservatoires.
109. Dès lors, la condition d'immédiateté, requise par l'article L. 464-1 du Code de commerce pour le prononcé de mesures conservatoires, n'est justifiée par aucun élément du dossier.
110. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les éléments soumis au Conseil par la partie saisissante sont, à ce stade de l'instruction, susceptibles de constituer un abus de position dominante de la société Photomaton sur le marché de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité et que l'affaire doit donc être conservée au fond, mais qu'en l'absence d'une atteinte immédiate au marché ou de mesures nécessaires et proportionnées pour prévenir une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante, aucune mesure conservatoire ne peut être octroyée.
111. Il convient dans ces conditions de rejeter la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 08/0020 M.

DÉCISION

Article unique : La demande de mesures conservatoires présentée par la société Cybervitrine, enregistrée sous le numéro 08/0020 M, est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Berkani, par M. Nasse, vice-président, président de séance, Mme Pinot, MM. Bidaud, Combe, Dalin, Honorat et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

Le vice-président,
Philippe Nasse