



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Avocats à la Cour

AUTORITE DE LA CONCURRENCE
11 rue de l' Echelle - 75001 PARIS

29 OCT. 2009
n° 18040

Secrétariat Général
Courrier Arrivée

PARIS
2 rue Paul Cézanne
75008 Paris

T+33 1 44 56 44 56

T Direct+33 1 44 56 27 96

F+33 1 44 56 44 00

F Direct+33 1 70 39 27 96

Palais J 007

E jerome.philippe@freshfields.com

w freshfields.com

ID DOC PAR2049753/2

NOS REFS JP

VOS REFS 08 / 0097 F

CLIENT MATTER N° 130239-0008

Madame la Rapporteuse Générale
de l'Autorité de la concurrence

A l'attention de

Monsieur Sébastien Soriano, Rapporteur Général Adjoint
Monsieur Pierre-Emmanuel Piel, Rapporteur

Autorité de la concurrence
11, rue de l'Echelle
75001 Paris

Paris, le 29 octobre 2009

Madame la Rapporteuse Générale,

Comme suite aux discussions intervenues avec vos services et en accord avec eux, je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint la proposition d'engagements soumise par Apple à l'Autorité de la concurrence dans l'affaire n° 08 / 0097 F.

Nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Nous vous prions de croire, Madame la Rapporteuse Générale, à l'expression de notre considération respectueuse.

Jérôme Philippe

Jean-Nicolas Maillard

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP est un *partnership* à responsabilité limitée immatriculé en Angleterre et au Pays de Galles sous le numéro OC334789. L'activité du cabinet est soumise au contrôle de la Solicitors Regulation Authority en Angleterre, et à celui du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris en France. Pour toute précision d'ordre réglementaire, veuillez consulter le lien internet suivant : www.freshfields.com/support/legalnotice.

Une liste des membres du *partnership* Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (et des personnes qui ne sont pas membres du *partnership* mais sont néanmoins désignées comme ayant la qualité d'associé) et de leurs qualifications est disponible dans nos bureaux de Londres (65 Fleet Street, London EC4Y 1HS) et de Paris (2, rue Paul Cézanne, 75008 Paris). Les termes « Associé » ou « Partner » désignent tant un membre du *partnership* qu'un consultant ou salarié de celui-ci ou de toute entité affiliée à Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, et stipulé comme tel.

Abou Dhabi Amsterdam Bahreïn Barcelone Berlin Bruxelles Cologne Dubaï Düsseldorf
Francfort-sur-le-Main Hambourg Hanoï Ho Chi Minh Ville Hong Kong Londres Madrid Milan
Moscou Munich New York Paris Pékin Rome Shanghai Tokyo Vienne Washington

Affaire 08/0097 F

Engagements proposés par Apple Sales International et Apple Inc

Introduction

Sur la base des articles L. 464-2 I et R. 464-2 du Code de commerce, Apple Sales International et Apple Inc (« **Apple** ») s'engagent à mettre en œuvre les mesures décrites dans la partie 2 ci-après.

Par sa décision n°08-MC-01 du 17 décembre 2008, le Conseil de la concurrence a enjoint à Apple de mettre fin, à titre conservatoire, à l'exclusivité opérateur et de grossiste conclue avec Orange pour la distribution de l'iPhone en France. Une telle décision de mesures conservatoires n'emporte aucune constatation de l'existence de pratiques ou d'accords anticoncurrentiels.

Apple, qui ne reconnaît en rien l'existence de pratiques ou d'accords anticoncurrentiels, a néanmoins indiqué à l'Autorité de la concurrence qu'elle souhaite, afin d'assurer une sécurité juridique maximale à son activité en France, répondre rapidement à la préoccupation exprimée dans cette décision dans le but de mettre fin à la procédure au fond à l'encontre d'Apple en cours devant l'Autorité.

Conformément aux dispositions de l'article R.464-2 du Code de commerce, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ont fait connaître à Apple leur évaluation préliminaire des pratiques en cause et formalisé cette évaluation dans un procès-verbal établi le 20 octobre 2009. Par ce procès-verbal, et ainsi qu'en témoignait déjà le dispositif de la décision n°08-MC-01, les services de l'Autorité ont confirmé à Apple que leur seule préoccupation de concurrence relative à la présente affaire en ce qui concerne Apple concerne l'exclusivité opérateur et de grossiste confiée à un opérateur de téléphonie mobile. Des engagements ne sont donc nécessaires que sur ce point. En tout état de cause, il est utile de rappeler préalablement le contexte général dans lequel ils s'inscrivent (1.) avant de présenter dans le détail l'engagement proposé par Apple (2.).

1. RAPPEL DU CONTEXTE DANS LEQUEL S'INSCRIVENT LES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR APPLE

1.1 Mesures conservatoires prononcées par le Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence a été saisi le 18 septembre 2008 d'une plainte la société Bouygues Telecom assortie d'une demande de mesures conservatoires concernant la distribution de l'iPhone en France. Dans sa décision n°08-MC-01 du 17 décembre 2008, le Conseil a ordonné, à titre conservatoire, la suspension de l'exclusivité opérateur et de grossiste accordée par Apple à Orange pour l'iPhone en France jusqu'à la décision au fond. Cette obligation était assortie d'une interdiction de concéder des exclusivités de même nature sur les futurs modèles d'iPhone d'une durée supérieure à trois mois.

Le Conseil a également demandé à ce qu'il soit mis fin à l'application des dispositions contractuelles désignant Orange en tant que grossiste habilité à titre exclusif à acheter des produits iPhone à des fins de distribution en France.

Le Conseil a enfin enjoint à Apple de suspendre l'application d'un certain nombre de clauses dans les contrats de distribution sélective conclus avec les distributeurs agréés en France en ce qu'elles reflétaient une exclusivité d'Orange en tant qu'opérateur de réseau.

L'ensemble de ces mesures conservatoires avaient pour objectif de remédier aux préoccupations de concurrence visées par le Conseil de la concurrence dans sa décision n°08-MC-01.

Dans un arrêt du 4 février 2009, la Cour d'appel de Paris a rejeté les recours formés contre la décision du Conseil de la concurrence.

Dans leurs décisions, tant le Conseil de la concurrence que la Cour d'appel de Paris, se sont fondés de manière déterminante sur les circonstances particulières du marché français des services de téléphonie mobile, circonstances particulières faisant, selon eux, obstacle à une distribution de l'iPhone en exclusivité de longue durée.

Ainsi le Conseil de la concurrence a estimé que : *« Cet effet [de l'exclusivité] [était] d'autant plus préoccupant que, comme cela a été rappelé ci-dessus, plusieurs caractéristiques de l'offre de téléphonie mobile en France, la prépondérance des offres avec engagements de durée, l'existence de programmes de fidélisation, et plus généralement, de facteurs élevant les coûts de changement d'opérateur, ont d'ores et déjà tendance à atténuer le jeu concurrentiel sur ce marché. »*

La Cour d'appel a pour sa part estimé que : *« l'exclusivité d'une durée exceptionnelle consentie à Orange pour la commercialisation de l'iPhone, jointe à l'attractivité particulière du terminal, [était] de nature à conférer à cet opérateur un avantage concurrentiel majeur qui, compte tenu de la faible intensité compétitive qui règne d'ores et déjà sur le marché des services de téléphonie mobile, [était] susceptible de renforcer encore sa position sur le marché des services de téléphonie mobile et*

d'affaiblir un peu plus la concurrence que pouvaient se faire les opérateurs sur ce marché (...) »

1.2 Apple s'est conformé aux mesures conservatoires prononcées à son encontre

Apple s'est précisément conformé aux mesures conservatoires prononcées par le Conseil, apportant de ce fait une réponse, immédiate mais conservatoire, aux préoccupations de concurrence exprimées par celui-ci dans sa décision.

En premier lieu et à titre principal, Apple a conclu des « contrats opérateurs » avec les opérateurs de téléphonie mobile français **SFR** (contrat « iPhone Agreement » en date du 21 février 2009) et **Bouygues Telecom** (contrat « iPhone Agreement » du 4 mars 2009).

La signature de ces contrats a eu pour effet de permettre aux trois opérateurs français disposant d'une licence de présenter l'iPhone 3G avec leurs services de téléphonie mobile. Les distributeurs agréés sont, quant à eux, actuellement en droit de présenter l'iPhone 3G avec les forfaits de tout opérateur de téléphonie mobile actif en France.

Pour la parfaite information de l'Autorité, Apple indique que le nouvel iPhone 3GS est actuellement distribué sans exclusivité sur le territoire français par les trois opérateurs français.

Par ailleurs, ces trois opérateurs sont, de manière non exclusive, en droit et de par les contrats signés avec Apple Sales International, de revendre l'iPhone à tout distributeur agréé.

1.3 Autres points discutés dans la décision n°08-MC-01

S'agissant des nombreux autres points concernant Apple qui étaient discutés dans la décision de mesures conservatoires, mais qui n'avaient pas donné lieu à injonction, il a été confirmé par les services de l'Autorité de la concurrence qu'ils ne constituent pas des préoccupations de concurrence, et qu'il n'est donc pas nécessaire de présenter d'engagement à cet égard.

Par exemple, la décision avait longuement discuté la question de la gestion des droits numériques (GDN) portant sur les titres musicaux distribués via iTunes. Si le Conseil a pu considérer qu'ils contribuaient à l'attractivité de l'iPhone, aucune préoccupation de concurrence n'a été relevée.

2. ENGAGEMENTS PROPOSES PAR APPLE AUX FINS DE PERMETTRE A L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE DE METTRE UN TERME A LA PROCEDURE OUVERTE A SON ENCONTRE

2.1 Préoccupation de concurrence subsistant selon les services de l'Autorité

Les services d'instruction ont pris acte de la mise en conformité par Apple de la distribution de l'iPhone en France avec les mesures conservatoires prononcées par le Conseil.

Les services d'instruction ont confirmé à Apple que la seule préoccupation de concurrence identifiée comme subsistant à ce stade en ce qui concerne Apple concernait la pratique par Apple d'exclusivités opérateur ou de grossiste de longue durée avec des opérateurs de téléphonie mobile pour la distribution de l'iPhone en France. Selon les services d'instruction, une telle exclusivité ne saurait dépasser trois mois pour être valable, sauf circonstances particulières.

L'engagement proposé vise donc à répondre à la préoccupation de concurrence identifiée par les services d'instruction.

2.2 Proposition d'engagements d'Apple

Apple s'engage à ne pas consentir à des opérateurs de téléphonie mobile français, et à ne pas mettre en œuvre de quelque manière que ce soit avec ces mêmes opérateurs, d'exclusivités opérateur ou de grossiste pour la distribution sur le territoire français des modèles actuels et futurs d'iPhone, à l'exception d'exclusivités portant sur des modèles futurs d'iPhone et dont la durée ne serait pas supérieure à trois mois.

Apple souhaite souligner que l'engagement proposé s'inscrit exclusivement dans le contexte spécifique et non transposable de la structure actuelle et du fonctionnement particulier du marché français des services de téléphone mobile, dont il a été fait état dans la partie 1.1 ci-dessus. Il est en outre spécifiquement lié au futur développement de l'iPhone.

En conséquence, Apple s'engage à mettre en œuvre cet engagement pendant une durée de 3 ans.

Cependant, Apple se réserve le droit de se rapprocher de l'Autorité de la concurrence afin de réexaminer la pertinence de cet engagement à tout moment dans le cas où les conditions du marché français des services de téléphonie mobile viendraient à évoluer.

Apple considère que cet engagement est pertinent, crédible et vérifiable et de nature à apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées par le Conseil de la concurrence dans sa décision n°08-MC-01.