

Test de marché

du 03/11/2009

Dans le cadre d'une procédure ouverte par la société Bouygues Telecom, les sociétés Apple Sales International et Apple Inc (ci-après « Apple ») et les sociétés France Télécom et Orange France (ci-après « Orange ») proposent des engagements portant sur la distribution sur le territoire français des modèles actuels et futurs d'iPhone.

L'Autorité les publie sur son site à l'attention des tiers potentiellement intéressés

L'Autorité de la concurrence dispose de la faculté, en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, d' « accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 », selon les modalités fixées par l'article R. 464-2 du même code.

Historique de la procédure

Le 18 septembre 2008, la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le cadre de la distribution de l'iPhone sur le marché français et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce.

La société Bouygues Télécom faisait valoir dans sa saisine qu'elle avait été exclue de la commercialisation de l'iPhone, Apple lui ayant opposé le fait que Orange avait été désigné seul opérateur de réseau chargé de la distribution de l'iPhone en France. Elle mettait également en cause le caractère anticoncurrentiel du réseau de distribution sélective mis en place par Apple en France pour la distribution de l'iPhone.

Dans sa [décision n° 08-MC-01](#) du 17 décembre 2008 le Conseil de la concurrence a considéré que l'exclusivité, dans les conditions dans lesquelles elle avait été négociée, était, à ce stade de l'instruction, susceptible d'être prohibée par les règles communautaires et nationales de concurrence et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché des mobiles et aux consommateurs. Le Conseil a décidé de prononcer des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond.

Les injonctions prononcées visent à ce que les produits iPhone ne soient plus exclusivement commercialisés par Orange mais puissent l'être par tout autre opérateur de réseau souhaitant bâtir une offre avec ce terminal. Ces mesures d'urgence remettent en cause non seulement l'exclusivité dont bénéficie Orange en tant qu'opérateur de réseau mais également celle dont il bénéficie en tant que grossiste pour la distribution de l'iPhone, ainsi que les stipulations du contrat type de distribution d'Apple qui obligeait tout candidat distributeur de l'iPhone à ne le distribuer qu'associé aux services Orange.



En revanche, en ce qui concerne la mise sur le marché ultérieure de nouveaux modèles, le Conseil avait considéré qu'une exclusivité « de première présentation » de trois mois était acceptable dans la mesure où cette durée correspond à ce qui est habituellement constaté sur le marché et permet à un opérateur de couvrir les investissements spécifiques consentis pour le lancement. Les injonctions prenaient effet dès la notification de la décision.

Les préoccupations de concurrence exprimées

Se basant sur les préoccupations de concurrence exprimées par la rapporteure lors du rapport oral en séance du 27 novembre 2008, reprises dans le texte de la décision n° 08-MC-01, la société Apple a transmis à l'Autorité de la concurrence un premier projet d'engagements le 9 octobre 2009.

Cette volonté de suivre une procédure d'engagements a été formalisée par la rédaction de procès verbaux d'évaluation préliminaire à la suite d'auditions menées le 20 octobre 2009 d'une part avec la société Apple et d'autre part avec la société Orange.

Ces procès verbaux font état des préoccupations de concurrence telles qu'appréciées par les services d'instruction à ce stade de la procédure et se concentrent sur les clauses organisant l'exclusivité "opérateur" et "grossiste" consentie par Apple à Orange dans le cadre de la distribution de l'iPhone.

Les services d'instruction rappellent que le raisonnement mené par l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle analyse ce type de clauses nécessite de vérifier que celles-ci 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.

Or, compte tenu des éléments au dossier, le jeu cumulé des différentes clauses présentes dans les contrats liant Apple à Orange apparaît susceptible d'affaiblir la concurrence que se livrent les opérateurs de téléphonie mobile, eu égard notamment à l'attractivité de l'iPhone, au champ d'application de l'exclusivité et à sa portée, à la difficulté pour les consommateurs de contourner l'exclusivité, à la durée effective de l'exclusivité (cinq ans avec une clause de sortie possible à l'issue d'une période de trois ans), à la position de l'acheteur et à la situation de la concurrence sur le marché concerné par l'exclusivité.

Enfin, à supposer que le principe de l'exclusivité puisse être justifié, les justifications économiques présentées jusqu'ici sont insuffisantes, dès lors que les chiffres au dossier permettent en tout état de cause d'établir que le remboursement des investissements spécifiques a pu être obtenu après quelques mois.

Ces pratiques contractuelles sont donc susceptibles de porter atteinte à la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile sans être compensée par des gains d'efficacité et, en conséquence, de contrevenir aux articles 81 du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

Avec l'accord des entreprises concernées la date limite pour la formalisation et le dépôt d'engagements a été fixée au 30 octobre 2009.



Les engagements proposés

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, les sociétés Apple Sales International et Apple Inc d'une part et les sociétés France Telecom et Orange France d'autre part ont souhaité présenter à l'Autorité de la concurrence des propositions d'engagements et bénéficier ainsi des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce. La proposition de la société Apple a été enregistrée le 29 octobre et celle de la société Orange le 30 octobre.

Ces engagements ont pour objet de pérenniser la situation née de l'application des injonctions prononcées en mesures conservatoires, Apple ayant conclu des « contrats opérateurs » avec SFR et Bouygues Télécom, permettant aux trois opérateurs français disposant d'une licence de présenter l'iPhone 3G avec leurs services de téléphonie mobile. Le modèle suivant, l'iPhone 3GS est également distribué sans exclusivité sur le territoire français par les trois opérateurs français. Les exclusivités d'Orange en tant que grossiste sont également suspendues.

L'engagement d'Apple

Apple propose de mettre en œuvre l'engagement suivant pour une durée de trois ans :

« 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. »

Le contenu plus détaillé de cette proposition d'engagement est accessible à la fin du présent test de marché.

Les engagements d'Orange

Orange propose de mettre en œuvre quatre engagements pendant la même période. En résumé :

Par les 1er et 2e engagements, Orange s'engage « sur le territoire métropolitain français, à ne pas revendiquer d'exclusivité "opérateur" et/ou "grossiste" sur les modèles actuels de l'iPhone » et « à ne pas introduire, dans les contrats qui seraient conclus avec Apple pour la commercialisation des futurs modèles d'iPhone (...) une exclusivité "opérateur" et/ou "grossiste" d'une durée supérieure à trois mois ».

Par les 3e et 4e engagements, Orange s'engage, dans un délai de deux mois, « en conséquence du 1er engagement et du 2e engagement ci-dessus, (...) à régulariser définitivement et complètement avec Apple leurs accords d'exclusivité de partenariat sur l'iPhone » et « régulariser avec ses distributeurs leurs contrats de distribution de l'iPhone ».

Le contenu plus détaillé de cette proposition d'engagements est accessible à la fin du présent test de marché.



Suite de la procédure

Si les engagements proposés par le Groupe La Poste, éventuellement complétés et amendés, sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans le cadre de la procédure, l'Autorité constatant qu'il n'y a plus de raison d'agir, procédera à la clôture de l'affaire, en prenant acte des engagements qui prendront alors un caractère obligatoire.

Les tiers intéressés sont invités à présenter leurs observations sur au plus tard le 4 décembre 2009 (17 heures), par courrier postal à l'adresse suivante :

Bureau de la Procédure
Autorité de la concurrence
Affaire n°13/0025 F
11 rue de l'Echelle
75001 Paris