

Décision en date du 17-12-2008

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

08-MC-01

Relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones

Composition Délibéré sur le rapport oral de Mme Mac Namara par Mme Perrot vice-présidente, présidente de séance, Mme Béhar-Touchais, M. Honorat, membres

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 18 septembre 2008, sous les numéros 08/0097 F et 08/0098 M, par laquelle la société Bouygues Telecom 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 ; 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 observations présentées par les sociétés France Telecom, Orange France et Apple Europe Ltd ; Vu l'avis n° 2008-1175 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) en date du 4 novembre 2008 ; Vu les décisions de secret des affaires n° 08-DSADEC-70 du 23 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-71 du 23 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-73 du 24 octobre 2008 ; n° 08-DSA-177 du 28 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-79 du 28 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-84 du 30 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-83 du 30 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-85 du 30 octobre 2008 ; n° 08-DSADEC-87 du 14 novembre 2008 ; n° 08-DSADEC-88 du 14 novembre 2008 ; n° 08-DEC-14 du 21 novembre 2008 ; Vu les autres pièces du dossier ; La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bouygues Telecom, France Telecom, Orange France, Apple France, Apple Sales International, Apple Europe, Apple Europe Ltd, et Apple Inc (USA), entendus lors de la séance du 27 novembre 2008 ; Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

a) La société Bouygues Telecom

1. La société Bouygues Telecom est le troisième opérateur réseau de téléphonie mobile en France. Elle dispose de plus de 9 millions d'abonnés et a réalisé en 2007 un chiffre d'affaires d'environ 4,4 milliards d'euro.

b) La société France Telecom et la société Orange France

2. Le groupe France Telecom est un opérateur intégré sur l'ensemble des marchés des communications électroniques. Présent dans de nombreux pays, il est en France l'opérateur historique et le premier opérateur de communications électroniques. Il est en Europe le troisième opérateur mobile et le premier fournisseur d'accès Internet ADSL. Il figure parmi les leaders mondiaux des services de télécommunications aux entreprises multinationales. L'entreprise a annoncé avoir réalisé un chiffre d'affaires mondial consolidé de 52,9 milliards d'euro en 2007 (39,9 milliards d'euro au 30 septembre 2008), dont près de 28 milliards d'euro en France. Au niveau mondial, les revenus du groupe proviennent pour 55 % des

services de communication personnels (téléphonie mobile essentiellement) alors qu'en France, les services de communication résidentiels (fixe et Internet) restent prépondérants avec 64 % des revenus, les services de communication personnels en constituant 36 %.

3. Orange est depuis 2006 la marque unique du groupe pour l'Internet, la télévision et le mobile dans la majorité des pays où le groupe est présent. Les services du fixe sont proposés sous la marque France Telecom.

4. La société France Telecom est la société holding du groupe. Elle détient 100 % de la société Orange France.

c) Le groupe Apple

5. La société Apple Inc est la maison mère du groupe Apple. Il s'agit une société multinationale américaine dont le siège se trouve à Cupertino en Californie. Elle est historiquement active dans le secteur des produits informatiques. Depuis 2003, Apple a diversifié son activité en commercialisant un lecteur MP3, l'iPod, et en développant un magasin de vente en ligne de musique numérique, l'iTunes Store. En 2007, Apple Inc a lancé au États-Unis l'iPhone, un terminal mobile.

6. Apple Inc. contrôle majoritairement Apple Sales International, une société immatriculée à Cork en Irlande, ainsi qu'Apple France, immatriculée en France et Apple Europe, immatriculée au Royaume Uni. La société Apple Inc est responsable de la politique générale du groupe et a négocié les modalités du lancement de l'iPhone en Europe. Apple Sales International est l'entité responsable pour l'Europe de la vente de l'ensemble des produits Apple, qui a signé les différents contrats conclus dans le cadre de la commercialisation de l'iPhone en Europe. Le rôle d'Apple Europe et Apple France est de faciliter la commercialisation et la distribution des produits. Apple France gère la relation commerciale avec les distributeurs français.

7. Dans les développements qui suivent, la dénomination "Apple" renverra indistinctement à l'ensemble des sociétés composant le groupe.

B. LES SERVICES ET PRODUITS CONCERNÉS

1. LES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE

8. Trois opérateurs ont été autorisés en France à déployer sur le territoire métropolitain un réseau de téléphonie mobile : Orange, SFR, Bouygues Telecom. Ces opérateurs de réseau hébergent à leur tour des opérateurs virtuels (MVNO ou mobile virtual network operator).

9. Selon le suivi des indicateurs mobiles publié par l'Arcep, le parc total de clients s'élevait au 30 septembre 2008 à 56,4 millions, en progression nette de 6,4 % par rapport au 30 septembre de l'année précédente. Plus des 2/3 de ces clients sont abonnés à un service post-payé, les offres prépayées ne constituant qu'un peu plus de 32 % du total. De fait, sur les trois premiers trimestres de l'année 2008, la croissance des offres post-payées est restée soutenue (+5,1 %) tandis que le parc de clients prépayés diminuait (-4,7 %). Orange a annoncé au 30 septembre 2008 avoir 64,8 % de clients abonnés à un forfait.

10. Le parc de clients était, au 30 septembre 2008, réparti de la façon suivante entre les différents opérateurs (1) : 17,3 % pour Bouygues Telecom, 33,7 % pour SFR, 43,5 % pour Orange France, 5,5 % pour les MVNO.

11. L'Arcep publie également, pour la seule métropole, des indicateurs sur l'évolution des ventes brutes. Au troisième trimestre 2008, les ventes d'offres post-payées se sont élevées à 1 911 800 et les ventes prépayées à 2 003 141, soit au total 3 914 141 ventes brutes, en progression de 7,2 % par rapport au trimestre précédent. Le recul des offres prépayées au sein du parc s'explique par l'importance des résiliations : le taux de résiliation sur les offres prépayées a atteint 13,9 % au troisième trimestre 2008 contre 3,1 % pour les offres post-payées, soit environ 6,6 % en moyenne.

12. Le marché des services de téléphonie mobile est caractérisé par une forte saisonnalité. Le suivi des indicateurs de l'Arcep laisse apparaître qu'au quatrième trimestre 2007, les ventes brutes en métropole ont été de 36 % supérieures aux ventes brutes du trimestre précédent.

13. Les résiliations doivent être distinguées des numéros portés, c'est-à-dire des numéros que les clients ont demandé à conserver bien qu'ils aient changé d'opérateur, pour lesquels des indicateurs sont également publiés par l'Arcep. Les demandes de portage de numéro se sont élevées à 300 000 au troisième trimestre 2008, contre 3 576 141 résiliations.

14. Le chiffre d'affaires total récurrent des services de téléphonie mobile pour la métropole publié par l'Arcep pour le deuxième trimestre 2008 s'élève à 5 555 millions d'euro, soit +5,6 % par rapport à la même période de l'année précédente. Il exclut notamment les ventes de terminaux. Le revenu moyen par client et par mois est beaucoup plus élevé pour les offres post-payées que pour les offres prépayées : 44,2 euro au deuxième trimestre 2008 en post-payé contre 15,4 euro en prépayé. Sur le total des offres, post-payées et prépayées, le revenu moyen est de 35,3 euro.

15. Cette croissance des revenus est tirée notamment par les innovations commerciales et technologiques.

16. D'une part, depuis 2004, les offres dites "d'abondance" ou "d'illimité" pour la voix, qui permettent de communiquer de façon illimitée pour un prix forfaitaire, se sont fortement développées. L'attractivité de ces offres constituait le premier motif de changement d'opérateur pour les clients du grand public (cf. avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-16 du 30 juillet 2008).

17. D'autre part, le déploiement des réseaux mobiles en haut débit et la mise sur le marché de nouveaux terminaux permettant d'en exploiter les possibilités génèrent une forte croissance des usages d'échanges de données ou multimédias. Selon le suivi des indicateurs mobiles de l'Arcep, le parc actif multimédia mobile comptait, au troisième trimestre 2008, près de 17,4 millions d'utilisateurs : un client sur trois avait utilisé au moins une fois durant le dernier mois un service multimédia de type Internet mobile (Wap, iPhone-Mode, Vodafone live, Orange World, etc.) ou, en émission, un service de type MMS ou e-mail mobile (à l'exclusion donc des SMS) et ce, quelle que soit la technologie support (CSD, GPRS, EDGE, UMTS, etc.). Orange a annoncé 7,4 millions de clients haut débit au 30 septembre 2008, soit plus du double par rapport à la fin de l'année 2007.

18. Depuis la fin de l'année 2007, sont apparues sur le marché des offres d'échanges de données avec des forfaits illimités, sur le modèle des offres voix. SFR propose depuis novembre 2007 une gamme de forfaits appelés "Illimythics" en 3G+, offrant un accès mobile à Internet. Orange a lancé la gamme "Origami". Fin août 2008, Bouygues Telecom a pratiqué une refonte de sa gamme de services en abondance, en lançant Neo2 comprenant l'envoi et la réception de données de manière illimitée (cf. l'avis de l'Arcep 2008-1175).

2. LES TERMINAUX MOBILES

a) L'offre de terminaux

19. Les représentants de Samsung ont expliqué que "les principaux constructeurs sont Nokia, Samsung, Sony Ericsson, LG, Sagem et Motorola. Il s'agit des opérateurs historiques, implantés depuis 15 ans. Ils ont pour clients les opérateurs réseaux, et les distributeurs. Leur offre concerne plutôt la grande distribution. Ensuite, viennent HTC et RIM Blackberry qui sont des acteurs nouveaux. Leur offre est différente. Ils ont des interfaces orientées plus "B to B", c'est-à-dire pour une utilisation professionnelle des produits. Leur cible est plutôt le marché des entreprises. Enfin, Apple est un constructeur particulier. Sa particularité est d'avoir développé un produit qui est inhabituel par son système d'exploitation, et extrêmement convivial. Il bénéficie d'une très forte notoriété sur le segment des MP3 (iPods) grâce au design et à l'interface. Leur concept de téléphone était avant-gardiste".

20. Pour les représentants de LG, "il y a deux segments principaux, les mobiles et les smartphones. L'institut GFK relève les parts de marchés sur ces deux panels. A mon niveau, je n'achète que du panel des mobiles. Sur ce segment, il y a 7 acteurs. Le leader est Samsung. S'agissant du marché des mobiles, Samsung détient une part de marché d'environ 33 %, Nokia détient une part de marché de 20-25 %, Sony Ericsson, une part de marché d'environ 14-15 %, et LG 12-13 %. Sagem est presque sorti du marché, tout comme Motorola, et Alcatel se concentre sur le segment d'entrée de gamme. Le marché des mobiles peut être segmenté en tenant compte des différents usages attendus par les consommateurs. Nous distinguons plusieurs catégories de mobiles, par exemple : (1) la catégorie des terminaux "voix", pour les clients qui ne souhaitent qu'un mobile leur permettant de téléphoner ; (2) la catégorie des terminaux multimédia, pour les clients qui souhaitent utiliser leur mobile comme baladeur numérique ou vidéo ; (3) la catégorie "design", nous avons par exemple fait un téléphone avec Prada ; (4) la catégorie professionnelle, catégorie pour laquelle internet et le mail sont des fonctionnalités importantes. RIM (Blackberry) et HTC sont très présents sur la catégorie "professionnelle". Samsung et Nokia sont également des acteurs présents dans cette catégorie".

21. En tout état de cause, le secteur des terminaux est caractérisé par un rythme rapide d'innovations et un cycle de vie relativement court des produits. Les représentants de LG ont précisé à cet égard que la durée de commercialisation des terminaux était généralement comprise entre 9 et 12 mois et que "certains produits peuvent être arrêtés après 3 mois. La durée maximum constatée sur un produit LG a été de deux ans. Dans ce secteur, on assiste à une course à l'innovation. Les positions évoluent très rapidement. Il y a trois ans, Sagem était leader, aujourd'hui ils ont presque disparu du marché".

b) Les smartphones

22. Les "smartphones" sont des terminaux adaptés à l'accès à l'Internet mobile. Ils fonctionnent avec un système d'exploitation ouvert et sont équipés d'un clavier et/ou d'un écran tactile qui facilite la navigation sur Internet. Les smartphones concentrent également les fonctionnalités de plusieurs appareils autrefois distincts : le GPS, les consoles de jeux, l'appareil photo, etc.

23. L'Arcep a fourni dans son avis la définition suivante des smartphones : "Les smartphones résultent de la convergence, depuis le début des années 2000, des téléphones mobiles et des PDA. Ils cumulent ainsi des fonctionnalités (connectivité wifi, GPS, appareil photo, lecteur vidéo/MP3) que des terminaux plus classiques proposent de manière isolée ou sans ergonomie adéquate, et les associent par un système d'exploitation dédié. Diverses

études de marché font part des spécificités des smartphones, tenant notamment à :

- leurs caractéristiques physiques (ergonomie, écran tactile ou clavier) ;
- leur système d'exploitation propre ;
- la diversité d'usages en résultant, centrés, outre la téléphonie, sur l'internet mobile (contenus) : écoute de musique, visionnage de vidéos, navigation par GPS, PDA".

24. L'Arcep a également souligné le dynamisme et le caractère stratégique de ce segment de marché pour les opérateurs mobiles : "Si ces produits ont longtemps été réservés à un cercle restreint de consommateurs avertis (professionnels, technophiles), il semblerait que leur clientèle s'élargisse fortement depuis peu, sous la conjonction de plusieurs effets tendant à en faire des objets de consommation de masse : lancement d'offres data grand public permettant l'accès à l'internet mobile tarifé forfaitairement, développement de terminaux ergonomiques, reposant depuis peu sur une technologie "tout tactile" (iPhone, Blackberry Storm, HTC Touch). Selon les études dont dispose l'Autorité, les smartphones représenteraient entre 10 % et 13 % des ventes mondiales, soit environ 35 millions d'appareils écoulés au premier trimestre 2008, et la croissance de ce segment serait forte (60 % par an) et pourrait représenter la moitié du marché à l'horizon 2010-2011. Selon l'étude Canalys, il se serait vendu, au deuxième trimestre 2008, 12,6 millions de smartphones dans la zone Europe, Moyen-Orient et Afrique. Le marché des smartphones apparaît donc comme un segment stratégique de croissance pour les opérateurs mobiles".

25. Le système d'exploitation "ouvert" d'un smartphone permet à des tiers de développer des applications pouvant fonctionner sur ce terminal. Cette caractéristique est essentielle pour distinguer les smartphones de terminaux esthétiquement proches et pouvant être dotés d'une interface tactile, mais fonctionnant sous un système d'exploitation propriétaire, non ouvert aux développeurs externes.

c) L'iPhone

26. Apple a mis sur le marché un premier terminal mobile dénommé "iPhone" aux États-Unis en octobre 2007, puis en France en novembre 2007. La version 3G de ce terminal est disponible aux États-Unis depuis le 11 juillet 2008 et en France depuis le 18 juillet 2008.

27. L'iPhone est un appareil qui combine les usages d'un téléphone mobile, d'un terminal internet mobile, d'un assistant personnel, d'un baladeur numérique, d'un GPS et d'une console de jeux portables. Selon Apple, l'appareil intègre des innovations protégées par plus de 200 brevets. Parmi les fonctionnalités qui distinguent l'iPhone des produits concurrents figurent une interface constituée d'un écran tactile multipoint, remplaçant les boutons ou claviers traditionnels, des détecteurs de lumière et de proximité pour optimiser la batterie de l'appareil et verrouiller l'utilisation du clavier tactile lorsqu'il est porté à l'oreille, un écran large dont le visionnement en mode paysage est automatiquement détecté via un dispositif gyroscopique lorsque l'utilisateur fait pivoter l'appareil, la représentation graphique de la boîte de messagerie vocale et enfin la possibilité de pouvoir interagir directement avec plusieurs doigts sur le terminal (caractère "multitouch").

28. L'iPhone est optimisé pour la navigation sur Internet. Ainsi, pour justifier leur choix de ne débrider la 3G que pour les iPhones 3G, les représentants d'Orange ont déclaré au magazine SVM (2) : "L'ergonomie et la facilité d'utilisation de l'iPhone font que ses utilisateurs consomment davantage de bande passante même s'ils ne sont pas spécialement technophiles". Le directeur marketing d'Orange a précisé que "L'ergonomie a popularisé le

multimédia dans la téléphonie mobile. Les autres fabricants ont encore à travailler dans ce domaine".

29. Orange France a d'ailleurs lancé parallèlement à la commercialisation de l'iPhone une gamme de forfaits adaptés à ce terminal, "Orange pour iPhone", ainsi que des "options iPhone" à associer éventuellement aux forfaits précédemment commercialisés. Ces forfaits spécifiques ont été créés à la demande d'Apple : "il nous semblait également important qu'Orange puisse proposer un forfait incluant le téléchargement de flux de données conséquents afin d'éviter au consommateur de subir une surfacturation".

30. Ces forfaits proposent une navigation internet illimitée, la possibilité de recevoir immédiatement des emails sur l'iPhone et une interface de messagerie visuelle pour les prix suivants :

<emplacement tableau>

31. Le consommateur reste toutefois libre de choisir un autre forfait dans la gamme des forfaits proposés par Orange. Réciproquement, les forfaits "iPhones" sont accessibles aux consommateurs ayant opté pour un autre terminal. Selon les déclarations de la société Orange, 53 % des personnes ayant acheté un iPhone 3G ont opté pour ces forfaits adaptés à l'iPhone. Les documents communiqués par Orange à ses distributeurs recommandent : "pour exploiter au mieux les possibilités du terminal, proposer un forfait de la gamme Orange pour iPhones". Seuls 10 459 clients ayant opté pour un autre terminal ont choisi de lui associer un forfait de la gamme iPhone.

d) Le rôle du subventionnement des terminaux

32. Dans son avis 2008-1175 du 4 novembre 2008, l'Arcep décrit le marché de la téléphonie mobile comme un marché de terminaux : "Parmi les différents modes de distribution des offres de téléphonie mobile, les offres associant un service mobile et un terminal subventionné occupent 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.).

Au regard du très faible pourcentage de terminaux achetés nus sur le marché français (environ 5 %, selon les estimations de l'Autorité), il semble que le consommateur ne valorise un terminal que subventionné, en association avec une offre de services.

Le marché mobile, mature, est donc très fortement animé par la vitesse de renouvellement de la gamme des terminaux, et dans une moindre mesure par les innovations de changement de normes (2G/3G/3.5G) et de services (introduction de l'IMS, service de téléchargement de musique...).

Selon l'étude Use-IT réalisée par l'IDATE, en 2006, le marché du terminal mobile est caractérisé par une forte dynamique de renouvellement : ainsi, près d'un client sur trois indiquait son intention de renouveler son terminal dans les 12 mois (figure 5). La principale raison du renouvellement est le fait d'avoir un terminal "plus moderne".

33. La société Orange a fourni (3) une liste de prix terminaux "utilisés pour l'internet mobile" et présentés comme offrant des caractéristiques proches de celles de l'iPhone, avec et sans subvention. Cette liste montre que les subventions offertes sur ces modèles sont très

variables et peuvent atteindre près de 700 euro (Nokia N95 Silver Black chez Bouygues Telecom).

<emplacement tableau>

34. Orange a lancé la commercialisation de l'iPhone 3G le 17 juillet 2008. A cette date, l'iPhone 3G était subventionné par Orange selon le type de forfait choisi par le client ; un iPhone 8 Go était vendu à 149 euro pour les forfaits "Orange pour iPhone", à partir de 149 euro pour les forfaits Origami (149 euro avec "First" et "Jet", 199 euro avec "Star" et "Zen"), à 399 euro pour les forfaits bloqués, à 509 euro pour les forfaits sans engagement. L'iPhone nu était vendu le 11 novembre 2008 au tarif de 509 euro pour le modèle 8G et de 609 euro pour le modèle 16G. A l'exception des tarifs des terminaux "nus", ces prix ont été révisés par Orange à l'approche des fêtes de fin d'année, le premier prix se situant désormais à 99 euro.

e) Les ventes d'iPhone

35. Selon les statistiques communiquées par l'Arcep, l'iPhone 2G d'Apple était en juin 2008 le troisième smartphone le plus vendu dans le monde, avec une part de marché de 5,3 % contre 13,4 % pour Rim (Blackberry) et 46,7 % pour Nokia.

36. Au troisième trimestre 2008, Apple aurait vendu 7 millions d'iPhones 3G dans le monde, dépassant ainsi RIM, qui commercialise les terminaux de la marque Blackberry (4).

<emplacement tableau>

37. L'iPhone 3G serait par ailleurs devenu au troisième trimestre 2008 "le portable le plus vendu aux États-Unis". (5)

38. En France, 35 000 iPhones ont été vendus dans les quatre jours qui ont suivi sa mise sur le marché le 18 juillet 2008. Dès le 20 juillet, les boutiques étaient en rupture de stock. Au 28 septembre 2008 (6), Orange déclarait avoir vendu, en moins de trois mois, 215 635 iPhones 3G. En séance, le 25 novembre 2008, les représentants de la société Orange ont déclaré avoir vendu 300 000 iPhones 3G et ont précisé que les ventes d'iPhones 3G représentaient 15 % de leurs ventes brutes. Selon les déclarations de la société Orange, 50 % des ventes d'iPhones 3G concernent de nouveaux clients. La société Orange a également déclaré que ses prévisions de vente à l'horizon de la fin 2008 étaient de 500 000 ventes d'iPhones 3G.

3. L'ENVIRONNEMENT APPLE

a) L'App Store

39. Depuis juin 2008, Apple met à la disposition des utilisateurs une plate-forme Internet dédiée, dénommée "App Store", destinée à mettre en relation les utilisateurs d'iPhones et les développeurs de logiciels et d'applications adaptées.

40. L'UFC-Que-Choisir décrit ainsi l'App Store : "On y trouve par exemple des jeux, des dictionnaires, des applications comme Facebook, des convertisseurs, des applications pour gérer son compte en banque, des applications qui permettent de trouver des bornes Velib, etc. Il existe toute une communauté de développeurs qui peuvent, sous le contrôle d'Apple, développer et vendre des applications simples". Les représentants d'Apple ont confirmé (7) que l'App Store renforçait l'attractivité de l'iPhone : "L'App Store est très attractif et rend

l'iPhone attractif. D'ailleurs, j'observe que les autres constructeurs sont en train de construire leurs propres plateformes".

b) Le baladeur numérique iPod

41. Entré en 2001 sur le marché des baladeurs numériques avec l'iPod, Apple détiendrait plus de 70 % de part de marché aux États-Unis au premier trimestre 2008, devant Sandisk (11 % de part de marché), Microsoft (4 %) et le singapourien Creative (2 %), selon le cabinet d'études NPD Group (8).

42. En France, selon le magazine Confortique (9), le marché des baladeurs numériques était également caractérisé en mars 2008 par le leadership d'Apple : "Exception faite de la marque Apple, qui demeure le leader incontestable du baladeur, les acteurs du monde informatique autrefois incontestés doivent affronter de nouveaux concurrents. Sur l'ensemble des familles de produits, la répartition des parts de marché français place en tête Apple (avec 42,2 %), Samsung (7,9 %), Arches (7,8 %), Creative (6,7 %), Mpman (5,1 %), Philips (3,1 %) et Sony (3,2 %). ". Les représentants de la FNAC (10) ont confirmé lors de leur audition : "(...) 40-50 % des baladeurs que nous vendons sont des iPods. En valeur, leur part de marché est encore plus forte car leurs produits sont plus chers. Il n'y a pas de concurrents de poids équivalent à l'iPod. On trouve très loin derrière, de nombreux constructeurs qui ont une part de marché très faible (inférieure à 10 %) : il s'agit de Sony, de Creative, de Samsung, etc. Mais l'écart avec Apple est énorme".

c) Le logiciel iTunes et la plateforme iTunes MusicStore

43. iTunes est un logiciel propriétaire de lecture et de gestion de bibliothèque multimédia numérique distribué gratuitement par Apple. Il permet notamment de gérer les transferts de musique, photos et vidéos sur les différents périphériques multimédias d'Apple (iPod, Apple TV, iPhone). Il est disponible sur Mac OS X, et sur Microsoft Windows. Il intègre par ailleurs un accès direct au magasin de vente de musique en ligne dénommé "iTunes Music Store".

44. iTunes Music Store est un service d'achat en ligne de musique et d'autres contenus (vidéos musicales, livres audio, séries télévisées, films) lancé par Apple en juin 2004. Depuis la mise sur le marché de l'iPhone 3G, Apple y propose également les applications destinées à l'iPhone et à l'iPod Touch disponibles sur l'App Store. La musique achetée sur iTunes Music Store est protégée par le dispositif de gestion des droits numériques (DRM) propriétaire d'Apple, FairPlay. Selon une étude du cabinet IDATE d'août 2008 sur "les nouveaux marchés de la musique", la plateforme iTunes Music Store a connu un succès majeur, devenant en quelques années, le premier détaillant de musique, tous supports confondus : "Que faire après iTunes ? La première phase du développement du marché de la musique numérique s'achève. Initiée à la fin des années 1990 par l'émergence de plates-formes de téléchargement illégal, elle se solde en 2008 avec le succès quasi monopolistique du couple iPod/iTunes. Au second trimestre 2008, Apple a vendu 150 millions d'iPods depuis les premiers modèles fin 2001 et plus de 5 milliards de titres depuis le lancement de son service en ligne iTunes Music Store en 2003. En janvier 2008, la plate-forme de téléchargement opérée par Apple est passée en tête des détaillants de musique aux États-Unis (physique et numérique confondus), ravissant la première place à Wal-Mart. Avec plus de 50 millions de clients à travers le monde, la part de marché d'iTunes est estimée entre 70 et 80 %. En associant une plate-forme de distribution dématérialisée de contenus à un lecteur innovant en termes de technologie et de design, Apple a réussi à rendre solvable une vaste frange de consommateurs de musique en ligne"

45. Lors de son audition, la FNAC, également présente sur le marché de la vente de fichiers

musicaux dématérialisés, a confirmé que l'iTunes Music Store jouissait également en France d'une part de marché très significative, cette part de marché étant portée par celle de l'iPod : "S'agissant de la musique en ligne (vendue sur ordinateur), iTunes Store a une part de marché de 60-70 % environ, Virgin Mega est deuxième avec une part de marché d'environ 15 %, et FNAC a environ 8-15 % du marché. Ces chiffres sont très approximatifs. Je précise que le marché des fichiers musicaux achetés depuis un téléphone est en très forte croissance : 25 % en 2007 et 35-40 % en 2008. Ces chiffres sont toutefois à vérifier. Le poids d'iTunes est proportionnel au parc d'iPods. Apple apporte simplicité et confort. Le consommateur n'a aucun intérêt à sortir de ce système intégré".

d) L'iPhone est un iPod

46. Or, les seuls baladeurs numériques sur lesquels peuvent être téléchargées les musiques d'iTunes Music Store protégées par Fairplay sont les iPods ou les iPhones, ces derniers étant les iPods "le[s] plus abouti[s] de la gamme d'Apple", selon le PDG d'Apple.

47. En termes de prix, l'Arcep a d'ailleurs observé que l'iPhone s'intégrait pleinement dans le continuum de prix des iPods : "la subvention pratiquée en France par Orange pour un client qui souscrit en parallèle à un forfait iPhone rend la deuxième version de l'iPhone particulièrement attractive. En effet, elle ramène le prix du terminal à un niveau inférieur à celui de l'iPod doté des mêmes fonctionnalités (autre que téléphone) et de capacité équivalente : l'iPhone 3G subventionné est vendu avec le forfait iPhone à 149 euro pour le 8 Go et 199 euro pour le 16 Go, contre 229 euro pour l'iPod Touch 8 Go et 289 euro pour l'iPod Touch 16 Go. Le consommateur de téléphonie mobile désirant acquérir un baladeur numérique de type iPod semble donc incité à choisir plutôt un iPhone".

48. Les représentants de la FNAC confirment : "Les morceaux achetés sur iTunes[Music Store] avec DRM ne peuvent pas être déposés sur un autre lecteur MP3 que l'iPod ou sur un autre smartphone que iPhone. Plus les clients ont acheté des morceaux téléchargés sur iTunes avec DRM, plus ils sont captifs d'Apple [...]. Après 6 mois d'utilisation, sur la base d'un album acheté par mois, le client est de fait captif. Je pense qu'environ 1 million d'iPods sont vendus en France par an".

e) L'activation de l'iPhone sur iTunes

49. Apple a prévu dans le contrat conclu avec Orange (11) que l'activation de l'iPhone se ferait sur iTunes, ce qui lui permet un enregistrement direct des nouveaux clients. Cette spécificité a également été mise en exergue par l'Arcep : "Le partenariat entre l'équipementier Apple et l'opérateur Orange revêt un caractère assez peu commun à plusieurs points de vue. (...). Dans ce schéma, l'équipementier, et plus seulement l'opérateur, a désormais un lien direct avec le client final, Apple ayant rendu son logiciel iTunes incontournable dans les processus d'activation et de désimlockage (déverrouillage) de l'iPhone. Par ailleurs, ce terminal bénéficie d'un accès exclusif à la plate-forme de musique en ligne d'Apple, l'iTunes Store".

4. LA DISTRIBUTION DES TERMINAUX ET DES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE

50. Le Conseil a souligné, dans sa décision n° 07-D-37 du 7 novembre 2007, le rôle stratégique joué par les canaux de distribution des services de téléphonie mobile. Celle-ci peut s'opérer soit par l'intermédiaire de réseaux de distribution intégrés au sein de chaque opérateur, soit par des réseaux de distribution indépendants qui distribuent tantôt les services de plusieurs opérateurs, tantôt ceux d'un opérateur exclusif : "Ainsi, les services de Orange sont distribués, de manière exclusive, dans les agences du groupe France Telecom

(environ 700 points de vente) ainsi que par le réseau de boutiques indépendantes Mobistore (environ 150 points de vente). Les services de SFR sont distribués de manière exclusive dans un réseau d'environ 700 'Espaces SFR' exploités par des entreprises indépendantes dont SFR est parfois un actionnaire de référence. Les services de Bouygues Telecom sont distribués de manière exclusive par un réseau d'un peu moins de 500 boutiques dont la moitié de 'Clubs Bouygues Telecom' possédés par l'opérateur. Ces réseaux de distribution exclusifs, qui constituent l'essentiel de la distribution mono- marque, représentent presque la moitié des actes de vente du marché. Par ailleurs, 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, 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. La distribution multi-marques représente encore un peu plus de la moitié des actes de vente du marché".

C. LES CONTRATS DÉNONCÉS PAR LA SAISINE

51. La société Bouygues Telecom fait valoir dans sa saisine qu'elle a été exclue de la commercialisation de l'iPhone bien qu'elle ait demandé à le distribuer dès le 14 mai 2008, Apple lui ayant opposé le fait qu'Orange avait été désigné seul opérateur de réseau chargé de la distribution de l'iPhone en France. Elle met également en cause le caractère anticoncurrentiel du réseau de distribution sélective mis en place par Apple en France pour la distribution de l'iPhone. Selon Bouygues Telecom, le système de distribution en cause constitue une entente prohibée dans la mesure où il impose des prix de revente minimum aux consommateurs, il restreint la liberté de revente des distributeurs agréés et il cloisonne les marchés nationaux. Le saisissant dénonce aussi le caractère injustifié de certains critères de sélection et leur application discriminatoire. Il critique la vente liée des iPhones et des services Orange.

52. Le système mis en place par Apple en France pour la distribution de l'iPhone repose sur plusieurs contrats :

- le contrat de partenariat réseau ("key terms agreement"), conclu entre Apple et France Telecom le 12 octobre 2007 et modifié en mai 2008, par lequel Orange est désigné comme opérateur réseau exclusif ;
- l'accord de distribution, conclu en octobre 2007 entre Apple et Orange et modifié en mai 2008, qui désigne Orange comme grossiste exclusif pour la France et définit les critères à respecter par les boutiques Orange pour la distribution de l'iPhone ;
- les contrats par lesquels Apple agréé d'autres distributeurs de détail ;
- les contrats de distribution conclus entre Orange et les distributeurs de détail agréés par Apple.

53. Chacun de ces contrats contenant des stipulations mises en cause par la saisine sera présenté successivement.

1. L'ACCORD EXCLUSIF DE PARTENARIAT RÉSEAU

a) Les conditions dans lesquelles Apple a choisi son réseau partenaire en France

54. La société Apple Inc. a exposé les circonstances et les raisons du choix d'Orange comme partenaire exclusif d'Apple pour la distribution de l'iPhone en France. La société a ainsi déclaré que la société Apple Inc. avait souhaité limiter le nombre de ses partenaires en Europe afin de déployer l'iPhone le plus rapidement possible. Après l'échec de ses négociations avec Vodafone, qui lui aurait permis d'accéder à de nombreux pays européens, la société Apple a choisi de sélectionner un partenaire exclusif dans chacun des trois premiers pays dans lesquels elle souhaitait se déployer, soit la France, le Royaume- Uni et l'Allemagne. Dans d'autres pays européens, Apple a choisi plusieurs partenaires (12).

55. Les opérateurs ont été sélectionnés sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs comme : "les facteurs technologiques (capacité réseau, couverture EDGE ou réseau 3G), la renommée de la marque. Nous avons examiné si la marque était en adéquation avec l'image d'Apple. Nous avons regardé leurs boutiques et la taille du réseau de distribution. Nous avons également regardé leurs présence dans différents pays, les revenus moyens par client, l'offre des services proposée aux clients, les indices de satisfaction, le taux de "churn". Nous avons également comparé le nombre de clients des opérateurs. La qualité du contact avec les équipes des opérateurs réseaux était également importante".

b) Présentation du premier accord, "Key terms agreement", d'octobre 2007

56. L'accord désignant Orange comme réseau partenaire pour la France a été signé entre Apple Sales International et France Telecom SA le 12 octobre 2007.

57. Aux termes de cet accord (13), Orange devient l'opérateur mobile exclusif pour les produits iPhone dans les plusieurs pays (France, Belgique, Roumanie), et obtient une co-exclusivité en Autriche, Pologne et Slovaquie. L'exclusivité portait sur l'iPhone 2G et l'ensemble de ses successeurs. En contrepartie (14), Orange s'engageait à verser à Apple 30 % des sommes facturées à chaque client iPhone Orange. Orange s'est également engagé à rembourser 50 % des dépenses publicitaires engagées par Apple dans le cadre de la promotion de l'iPhone, montant plafonné à 10 millions d'euro.

58. L'accord prévoit qu'Apple serait dégagée de ses obligations d'exclusivité dès lors que 40 % du nombre total de clients iPhones auraient débloquent leur téléphone et auraient changé d'opérateur. La clause 2.2 de ce contrat interdit à Orange de conclure un partenariat similaire avec un autre constructeur de mobiles.

59. Le blocage du téléphone est également prévu contractuellement (15) : "Dans la mesure autorisée par les lois, réglementations et décrets en vigueur, l'ensemble des Produits iPhone vendus par Orange ou l'une quelconque des Sociétés Affiliées d'Orange en Europe et l'ensemble des Produits iPhone vendus par Apple dans l'un quelconque des pays de l'Annexe 1 seront vendus avec une SIM bloquée qui ne permettra une utilisation que sur le réseau d'Orange conformément aux spécifications du réseau et des SM d'Orange. Apple informera les clients que les Produits iPhone sont SIM lockés et, si le droit applicable l'exige, que ceux-ci peuvent en demander le déblocage.". Les modalités de désimlockage sont exposées à l'article 7.6.b : "Apple et Orange débloquent les Produits iPhone conformément aux lois, réglementations et décrets en vigueur. Si les lois, réglementations et décrets en vigueur autorisent l'une ou l'autre des Parties à facturer au Client iPhone d'Orange des frais de déblocage de son Produit iPhone, Orange versera à Apple, pour chacun des Clients iPhone d'Orange concernés, le plus élevé des deux montants suivants : (i) 100 % des frais de déblocage perçus par Orange, diminués de la TVA ou (ii) 100 EUR diminué de la TVA."

c) La durée de l'exclusivité

60. Le contrat est conclu pour une durée de 5 ans à compter de la date du lancement de l'iPhone 2G, soit le 29 novembre 2007. Apple bénéficie d'une clause de sortie sans contrepartie à l'issue d'une période de trois ans. Au cours de son audition, la vice-présidente de la société Apple Inc a précisé : "Dans notre esprit, il s'agit plutôt d'un contrat de trois ans. Ce point a été central dans la négociation. Apple aurait préféré une période plus courte que trois ans pour cette faculté de sortie.". Apple s'engage également à ne pas mettre en œuvre, pendant une période de 2 ans à compter de l'expiration du contrat, une action marketing ciblant les "clients iPhone d'Orange" et qui "viserait à les encourager à quitter le service de téléphonie mobile d'Orange au profit du service de téléphonie d'un autre opérateur".

61. Ces déclarations ont été complétées par les observations (16) d'Apple : "les droits spéciaux accordés à certains opérateurs, dont celui liant Orange à Apple pour l'iPhone en France, sont donc résiduels mais ne correspondent pas à un modèle absolu et nécessaire pour Apple, qui bien au contraire, désire ne plus en accorder de nouveaux dans la configuration actuelle. (...) Compte tenu des changements de l'économie générale du contrat avec les opérateurs, Apple a décidé de ne plus accorder d'exclusivité aux opérateurs et n'en a donc pas introduit dans les contrats signés pour le lancement dans d'autres pays de l'Union européenne.

Toutefois, pour certains pays dont la France, Apple s'était engagé aux termes de son premier accord concernant le 2G à maintenir le droit de première présentation d'Orange avec l'iPhone 2G et ses successeurs pour la durée du contrat ; Apple n'était donc pas en mesure de mettre fin à l'accord signé avec Orange en France".

d) Les modifications apportées par "l'avenant au contrat portant sur les conditions clés"

62. Le 15 mai 2008, Apple Sales International et France Telecom ont signé un premier avenant au contrat de partenariat conclu en octobre 2007.

63. Ce nouvel accord modifie (17) l'équilibre économique du partenariat, les parties abandonnant le modèle de "revenue-sharing" au profit d'un modèle plus classique d'octroi de subventions sur les terminaux : "En contrepartie de l'exclusivité concédée, Orange accordera une subvention aux clients qui souscrivent à une offre de service spécifique iPhone ou toute offre de services en post paiement d'Orange lors de l'acquisition [d'un iPhone 3G] [...] En conséquence, Orange ne sera pas tenue de partager les sommes facturées".

64. A l'issue de ce nouveau contrat, Orange obtient de pouvoir distribuer les iPhones 3G en Suisse et au Portugal, mais sans bénéficier d'exclusivité.

65. Le contrat prévoit (18) également un niveau minimum de subvention de la part d'Orange pour les iPhones 3G, ainsi qu'un "reporting" strict de ces niveaux de subventions afin de vérifier le "respect de la subvention moyenne" :

"Orange octroiera aux clients qui achètent un P3 ou Successeur accompagné d'une Offre de Service Orange en Postpaiement une Subvention Moyenne par référence (SKU) d'iPhone définie le premier jour de la Période d'Évaluation comme suit :

(i) Si le Prix de Gros d'une référence d'iPhone est supérieur ou égal à 345 EUR, la Subvention Moyenne pour une telle référence d'iPhone sera égale au plus élevé des

montants suivants : (a) 310 EUR ou (b) un montant au moins 20 % supérieur à la subvention la plus élevée qu'Orange propose ou fournit sur tout autre téléphone en France.

(ii) Si le Prix de Gros d'une référence d'iPhone est inférieur à 345 EUR, la Subvention Moyenne pour une telle référence d'iPhone sera égale au plus élevé des montants suivants (a) le Prix de Gros de la référence d'iPhone concernée moins 50 EUR ou (b) un montant au moins 20 % supérieur à la subvention la plus élevée qu'Orange propose ou accorde sur tout téléphone en France dont le prix subventionné est compris entre 0 et 150 EUR"

2. L'ACCORD DE DISTRIBUTION, CONCLU ENTRE APPLE ET ORANGE EN OCTOBRE 2007, MODIFIÉ EN MAI 2008

66. L'accord de distribution signé entre Apple Sales International et France Telecom le 12 octobre 2007 prévoyait qu'Orange pouvait acheter des iPhones directement auprès d'Apple et non auprès d'autres sources et qu'Orange ne pouvait les distribuer que dans les points de vente agréés de certains pays (France, Belgique, Roumanie, Autriche, Pologne, Slovaquie). Il est conclu pour une durée de cinq ans.

67. Un premier avenant à ce contrat a été signé entre Apple Sales International et France Telecom le 15 mai 2008. Il organise la distribution de l'iPhone au sein d'un réseau de distribution sélective. Orange est grossiste et livre les distributeurs agréés par Apple. L'annexe 3 de cet avenant précise, dans la partie "Addendum Pays Agréé : France", à l'article 5.1 qu'"Apple désigne Orange en qualité de grossiste à titre exclusif habilité à acheter des Produits Agréés à des fins de distribution aux Points de Vente Agréés dans les Pays Agréés" (cote 3526).

68. Ce contrat prévoit que seules les sociétés signataires d'un "contrat d'adhésion avec Apple et Orange "seront habilitées à passer des commandes d'iPhones auprès d'Orange. Les conditions de revente des iPhones par Orange aux distributeurs agréés sont fixées par l'article 5.2 du contrat (19). Cette clause prévoit notamment que le prix de vente maximum de l'iPhone sera le prix dont bénéficie Orange, majoré de 8,5 % (20). Orange s'engage par ailleurs à ne pas avantager ses propres points de ventes, au détriment de tiers (21).

69. En revanche, Orange s'engage à avantager la distribution des iPhones par rapport à d'autres terminaux : "Orange convient que, lors de la vente des Produits Agréés à l'un quelconque de ses Points de Vente Agréés à des fins de distribution, elle observera des dispositions et conditions qui seront identiques ou plus favorables que celles qu'elle propose aux mêmes Points de Vente Agréés au titre de tout autre téléphone mobile, y compris les remises, rabais, droits de retour et incitations à la vente. Orange convient en outre de proposer à l'ensemble du personnel commercial qui vend ou active des Produits Agréés des commissions sur les ventes ou d'autres incitations à la vente qui soient identiques ou plus favorables qu'à l'ensemble des incitations à la vente qu'elle propose au personnel commercial qui vend ou active tout autre téléphone mobile".

70. Par ailleurs, Apple entend limiter les exportations : "Dans la mesure autorisée par le droit applicable, Orange prendra toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que ni Orange ni aucun Point de Vente Agréé ne vende des Produits Agréés à un acheteur qui entend exporter ceux-ci à des fins de vente en dehors du Pays Agréé" (22).

71. Cette disposition a été complétée par l'article 5.2 du contrat d'adhésion qui prévoit que : "Compte tenu du fait que le Pays Agréé fait partie de l'Espace économique européen ("EEE"), les parties reconnaissent qu'Orange peut vendre les Produits Agréés aux clients d'un autre pays de l'EEE sauf si Apple s'est réservé ou a réservé à un autre distributeur, à titre exclusif,

l'autre pays de l'EEE concerné. Si Apple s'est réservé ou a réservé à un autre distributeur, à titre exclusif, un autre pays de l'EEE, les restrictions imposées aux ventes de Produits Agréés vers cet autre pays concerné : (i) s'appliqueront uniquement concernant les ventes "actives" (telles que définies par les Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales (2000-C291-01) qui accompagnent le Règlement (CE) de la Commission européenne n° 2790-1999 sur l'application de l'article 81(3) du Traité CE aux catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (les "Lignes Directrices") ; et (ii) n'interdiront pas à Orange de procéder à des ventes "passives" (telles que définies dans les Lignes Directrices) de Produits Agréés aux clients du pays concerné, y compris en réponse à des demandes non sollicitées de ces clients".

3. LES CONTRATS CONCLUS ENTRE APPLE ET LES DISTRIBUTEURS DE DÉTAIL AGRÉÉS

72. Le premier iPhone (2G) n'était distribué qu'au sein du réseau mono-marque d'Orange.

73. A l'occasion du lancement de l'iPhone 3G, la distribution a été élargie à un réseau de distribution sélective mis en place par Apple et comprenant, outre les agences France Telecom, les boutiques Orange (Mobistores) et les magasins Photostation et Photoservice, ainsi que des distributeurs multimarques : les magasins FNAC, Darty, The Phone House, Boulanger, Auchan, Carrefour et Tel and Com. Apple a donc signé avec chacun d'eux un contrat de distribution sélective. Ces contrats ont une durée d'un an.

74. Ces distributeurs se fournissent auprès d'Orange, grossiste exclusif d'Apple en France.

75. Ils doivent satisfaire aux critères de distribution sélective définis par Apple. Ces points de ventes signent avec Apple un contrat de distribution spécifique à l'iPhone. Apple informe Orange des points de vente admis dans son réseau de distribution sélective. Les représentants de la société Apple ont déclaré que ce choix procédait d'une volonté de protéger la marque Apple et avait été souhaité du fait "de la technicité du produit". Les critères relatifs à la personne morale sont reproduits ci-dessous, dans leur version de mai 2008 annexée au contrat de distribution Orange/Apple (23) :

1.1. La personne morale doit :

a. être un Revendeur Agréé d'Apple existant ; et

b. 70 % de son chiffre d'affaires au cours de chaque exercice trimestriel précédent d'Apple, tel que régulièrement déclaré, doit provenir des ventes de produits Apple et d'accessoires Apple ou ledit Revendeur Agréé Apple doit acheter auprès d'Apple des produits Apple à hauteur d'au moins 5 millions d'euro au cours de chaque exercice trimestriel d'Apple ; ou

1.2 La personne morale doit être un Opérateur de Réseau ou une filiale détenue à 100 % et cette filiale doit porter exclusivement la marque du Partenaire de Réseau concerné ; ou

1.3 La personne morale doit :

a. avoir généré au moins 70 % de son chiffre d'affaires au cours de l'exercice trimestriel précédent, tel que régulièrement déclaré, grâce à des services et produits Telecom ; et

b. disposer d'une couverture nationale ; et

c. disposer, en permanence, de la gamme complète des offres de services de l'opérateur de réseau disponible avec l'iPhone ; ou

1.4 La personne morale doit participer à un ou plusieurs Programmes distributeur iPhone ;
ou

1.5 La personne morale doit vendre des iPods, des Macs Apple et des services et produits de téléphonie mobile de l'Opérateur de Réseau en France ; et

a. au moins 30 % du chiffre d'affaires de la personne morale régulièrement déclaré au cours de l'exercice trimestriel précédent sur des lecteurs MP3 doit provenir de la vente des iPods d'Apple ; et

b. au moins 30 % du chiffre d'affaires de la personne morale régulièrement déclaré au cours de l'exercice trimestriel précédent sur des services ou produits de téléphonie mobile doit provenir des ventes d'un Opérateur de Réseau ; et

c. disposer d'une couverture nationale ; et

d. disposer, en permanence, de la gamme complète de programmes de services de l'Opérateur de Réseau disponible avec l'iPhone.

76. Ces critères relatifs à la personne morale sont complétés par des critères relatifs aux points de vente, au site, à l'agencement de la boutique, aux éléments promotionnels, au personnel, etc.

77. Le contrat "Authorized iPhone Reseller Agreement", signé entre Apple Sales International et la FNAC le 25 juillet 2008, figure au dossier (24). Les critères de sélection y sont présentés de façon légèrement différente de ceux exposés ci-dessus. Les représentants de la FNAC ont été interrogés sur ce contrat : "Ce contrat suppose que nous vendions un certain nombre d'abonnements Orange et un certain nombre d'iPods. Ce type de contrat est totalement inhabituel. Aucun autre constructeur n'a mis en place un tel système de distribution sélective. Les seuils de 30 % qui figurent dans les critères de distribution sélective sont très inférieurs aux poids réels des deux marques dans nos ventes, et ce critère ne nous pose pas de problème et n'a pas modifié nos comportements, ou nos actions commerciales. (...) S'agissant d'Orange, leur part de marché (en volume) est de 40-50 %. Un distributeur qui propose des abonnements Orange et des iPods atteint facilement les seuils de 30 % pour chacune de ces marques".

4. LES CONTRATS DE DISTRIBUTION CONCLUS ENTRE ORANGE ET LES DISTRIBUTEURS INDÉPENDANTS AGRÉÉS PAR APPLE

78. Des contrats de distribution ont été signés entre Orange France et les distributeurs indépendants agréés par Apple. Orange a fourni, dans le cadre de l'instruction, plusieurs exemplaires de ces contrats ont été versés au dossier par Orange (25). Leur durée de validité s'étend du jour de leur entrée en vigueur jusqu'au 1er juillet 2009. Ils peuvent être reconduits avec l'accord des parties.

79. La clause 3 du contrat de distribution impose au distributeur de ne se fournir qu'"exclusivement et directement auprès d'Orange. Le revendeur ne pourra acheter les Produits autorisés auprès d'autres sources d'approvisionnement sans l'accord écrit et préalable d'Orange, et devra les revendre exclusivement dans les points de vente autorisés situés sur le territoire [la France]".

80. De plus, l'article 5.4 stipule que: "le revendeur ne commercialisera pas les terminaux

avec une offre de téléphonie qui n'est pas celle d'Orange. Nonobstant ce qui vient d'être précisé, le Revendeur pourra vendre les Terminaux nus mais dont la carte SIM sera bloquée sur le réseau Orange".

81. Les représentants de la société Orange (26) ont justifié cette stipulation par des considérations d'ordre technique : "Pour des raisons techniques, le prix comprend une souscription à une ligne mobicarte qui est offerte. Pour activer le téléphone il faut s'inscrire sur iTunes. Pour des raisons de compatibilité technique, il faut pour activer le téléphone une carte SIM Orange. On connecte le téléphone sur le site d'Apple. Une fois que cette connexion est faite, on peut demander le désimlockage. C'est ce qui explique que la mobicarte est obligatoire. Une fois le téléphone activé, il est possible de demander le désimlockage. 100 euro sont facturés pour le désimlockage. Le désimlockage est plus cher en raison de la complexité de la manipulation qui est au surplus réalisée par Apple. Ces 100 euro sont reversés à Apple. Ce mécanisme est prévu dans le contrat".

82. Ces déclarations n'ont pas été confirmées par Apple, qui a fait observer dans ses écritures (27) que : "dans le nouveau système, et malgré une erreur de plume dans le contrat, Apple est en mesure de confirmer formellement qu'il ne se voit plus reverser en pratique le montant du désimlockage effectué par les revendeurs agréés. En effet, dans le nouveau business model mis en place, Apple ne supporte plus de risques justifiant le reversement des frais de désimlockage".

83. Par ailleurs, à la sortie de l'iPhone 3G, les consommateurs qui souhaitaient acheter un terminal sans abonnement aux services Orange ont pu se voir opposer un refus de vente, au motif que le terminal n'était plus disponible et constater que les terminaux étaient pourtant distribués aux nouveaux clients Orange. Cet état de fait n'a pas été contesté par Orange dont les représentants ont déclaré au cours de leur audition : "[n]ous n'avions pas la volonté de réserver les iPhones à nos nouveaux clients. Localement, il y a eu malheureusement des exemples de boutiques dont les vendeurs ont pu "déraper", mais de manière localisée. Nous avons pourtant fait circuler des consignes pour empêcher ces pratiques". SFR a également déclaré : "Nous avons reçu, lors du lancement de l'iPhone 3G, de nombreuses alertes nous informant des refus de ventes caractérisés que subissaient des clients lors de leur demande d'acquisition d'un terminal nu. De même, il semble que le modèle le plus recherché (iPhone 3G 16 Gb) soit également plus difficile à obtenir en vente nue".

84. De plus, la société SFR a transmis au Conseil un échange de correspondances intervenues avec la société Orange, dont il ressort que cette dernière a mis en demeure la société SFR de mettre fin à sa politique de subvention des iPhones vendus sans abonnement Orange pour les consommateurs qui souhaitaient associer l'iPhone à des services de téléphonie proposés par SFR. Sur ce point, la société Orange a déclaré (28) : "Orange s'est étonné auprès de SFR de cette pratique de parasitisme de son exclusivité et de ses investissements, en la sommant de s'expliquer".

85. La clause 5.8 complète le dispositif en prévoyant un mécanisme d'alerte portant sur les importations d'iPhones : "le revendeur informera promptement Orange de tous Produits Autorisés importés ou supposés importés par un tiers portant les marques de Apple et qui n'ont pas été distribués ou fabriqués par Apple pour la vente sur le Territoire [la France], dès qu'il aura connaissance de l'import" (29).

86. Enfin, Orange communique à ses distributeurs des prix de vente conseillés pour l'iPhone. Aucune stipulation contractuelle n'impose cependant le respect de ces prix conseillés. Le contrat prévoit (30) que le revendeur reste libre de déterminer le prix de revente des iPhones 3G. Les revendeurs sont uniquement contraints par un prix de revente maximum

communiqué par Orange et qu'ils ne peuvent dépasser.

II. Discussion

A. SUR LA PROCÉDURE

87. La société Apple Europe Ltd estime que la demande de mesures conservatoires ne serait pas recevable au motif qu'elle serait dirigée à l'encontre de la société Apple Europe Ltd, qui est étrangère aux accords relatifs à l'iPhone. Elle considère que le Conseil de la concurrence ne peut étendre, de sa propre initiative, la demande de mesures conservatoires aux autres filiales du groupe Apple ou à la maison mère Apple Inc, ces sociétés n'ayant pas été régulièrement citées par Bouygues Telecom dans sa saisine initiale.

88. Cependant, le moyen de la société Apple Europe Ltd manque en fait puisque le saisissant, qui ne pouvait pas connaître préalablement à l'instruction et à l'ouverture du contradictoire l'identité précise des filiales du groupe Apple signataires des accords litigieux, a explicitement demandé, dans un courrier du 27 octobre 2008, que l'instruction et la demande de mesures conservatoires soient étendues aux sociétés Apple France, Apple Sales International, Apple Europe et Apple Inc.

89. En tout état de cause, en application des dispositions de l'article L. 464-1 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence, qui est saisi in rem, peut, après avoir mis les parties en cause en mesure de se défendre dans le cadre du débat contradictoire, prendre les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires. Il s'ensuit que le Conseil n'est pas tenu par la nature des demandes du saisissant, qu'il s'agisse de la qualification des pratiques dénoncées, du champ de l'analyse ou de l'identité des parties mises en cause dans la saisine initiale. Le fait que la saisine ne visait initialement que Apple Europe ne fait donc pas obstacle à ce que le Conseil, qui a communiqué celle-ci aux sociétés Apple France, Apple Sales International, Apple Europe et Apple Inc. et les a entendues en séance, puisse examiner les faits dont elles sont les auteurs et, le cas échéant, prononcer des mesures conservatoires à leur encontre.

90. Les sociétés Apple, France Telecom et Orange France dénoncent encore le calendrier de la procédure et le volume des observations déposées par la saisissante. Elles estiment qu'elles n'ont pas disposé du temps nécessaire pour répondre aux observations écrites de Bouygues Telecom du 10 novembre 2008. Elles demandent le retrait de ces écritures ainsi que des pièces déposées par la saisissante le 19 novembre 2008.

91. Il convient cependant de rappeler que, selon une jurisprudence constante du Conseil, confirmée par la cour d'appel de Paris, notamment dans ses décisions du 12 février 2004 et du 28 janvier 2005, la procédure mise en œuvre pour instruire une demande de mesures conservatoires doit être adaptée à l'urgence tout en respectant le principe du contradictoire. L'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles afin d'examiner le bien-fondé de la demande. De ce fait, le volume des observations déposées par les parties ne saurait à lui seul justifier qu'elles soient écartées, dès lors que les parties ont disposé d'un temps suffisant pour y répondre.

92. En l'espèce, la société Bouygues Telecom a déposé ses observations le 10 novembre 2008 conformément au calendrier fixé par le rapporteur général. Orange France, France Telecom et Apple ont disposé d'un délai suffisant pour y répondre, dans le respect du délai contradictoire et des droits de la défense, la date de dépôt de leurs propres observations ayant été fixée initialement au 17 novembre, puis reportée, à leur demande, par le rapporteur général, au 19 novembre 2008. Il n'y a donc pas lieu d'écarter du dossier les

observations déposées par Bouygues Telecom le 10 novembre. Quant aux pièces déposées par Bouygues Telecom le 19 novembre, Orange France, France Telecom et Apple ont disposé avant la date de la séance du conseil du 25 novembre d'un délai suffisant pour y répondre par des observations écrites ou orales en séance. Il n'y a donc pas lieu d'écarter non plus du dossier les pièces complémentaires déposées par Bouygues Telecom le 19 novembre.

B. L'APPLICABILITÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE

93. Selon les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité de la Commission (JOCE n° C 101 du 27 avril 2004), "les articles 81 et 82 du Traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont "susceptibles d'affecter le commerce entre États membres". Pour être prise en compte, cette affectation doit pouvoir être sensible.

94. Le Conseil a de même rappelé, dans ses décisions n° 06-D-09, n° 06-D-37 et n° 07-D-27, que trois éléments établissent que des pratiques sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.

95. S'agissant des accords couvrant un seul État membre, les lignes directrices précitées rappellent qu'ils ont, par leur nature même "pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité. La capacité qu'ont ces accords de cloisonner le marché intérieur est due au fait que, normalement, les entreprises qui participent à des ententes dans un seul État membre doivent se protéger contre les concurrents d'autres États membres (...). En principe, ces accords peuvent également, par leur nature même, affecter sensiblement le commerce entre États membres, compte tenu de la couverture de marché requise pour assurer l'efficacité de ces ententes".

96. En l'espèce, les contrats mis en cause accordent à Orange une exclusivité sur l'ensemble du territoire français et contiennent des clauses visant à éviter tout contournement de cette exclusivité par le biais d'importations en provenance d'autres pays, parmi lesquels figurent les autres États membres de l'Union européenne, et à protéger, de même, les exclusivités accordées par Apple dans les autres pays. Ainsi, il est stipulé, dans les contrats signés entre Orange et les distributeurs agréés, que ceux-ci achèteront les iPhones "exclusivement et directement auprès d'Orange. Le revendeur ne pourra acheter les Produits autorisés auprès d'autres sources d'approvisionnement sans l'accord écrit et préalable d'Orange, et devra les revendre exclusivement dans les points de vente autorisés situés sur le territoire [la France]" (31). Une clause prévoyant un mécanisme d'alerte portant sur les importations d'iPhones complète le dispositif : "le revendeur informera promptement Orange de tous Produits Autorisés importés ou supposés importés par un tiers portant les marques de Apple et qui n'ont pas été distribués ou fabriqués par Apple pour la vente sur le Territoire [la France], dès qu'il aura connaissance de l'import" (32).

97. En l'état de l'instruction, ces contrats paraissent donc susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire. Ils doivent faire l'objet d'une appréciation au regard non seulement du droit national mais aussi du droit communautaire de la concurrence.

C. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DES SOCIÉTÉS MISES EN CAUSE SUR CES MARCHÉS

98. Quatre marchés sont susceptibles d'avoir été affectés par les pratiques dénoncées :

- le marché des services de téléphonie mobile ;
- les marchés amont et aval des terminaux ;
- le marché des baladeurs numériques ;
- le marché du téléchargement payant de musique en ligne.

1. SUR LE MARCHÉ DES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE

99. Le Conseil a déjà considéré, notamment dans la décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, que les services de téléphonie mobile constituaient un marché pertinent. Cette délimitation n'est pas débattue par les parties et il n'y a pas lieu de la remettre en cause à ce stade de l'instruction, en dépit des évolutions constatées récemment, en particulier l'importance prise par les échanges de données par rapport aux communications vocales et le développement du haut débit mobile.

100. A la fin du mois de septembre 2008, Orange France estime que 43,5 % du parc de clients d'un service de téléphonie mobile sont abonnés à son réseau³³ contre 17,3 % pour Bouygues Telecom et 33,7 % pour SFR. Orange France est la filiale de l'opérateur historique des télécommunications en France et appartient à un groupe d'envergure mondiale, présent non seulement sur le marché des services de téléphonie mobile mais également sur de nombreux marchés connexes des communications électroniques (accès à Internet, télévision sur Internet, communications fixes, etc.). Il en est toutefois de même pour SFR. A ce stade de l'instruction, il n'est d'ailleurs pas soutenu qu'Orange France occuperait une position dominante sur ce marché.

2. SUR LES MARCHÉS DES TERMINAUX

101. La société Bouygues Telecom estime que l'iPhone 3G appartient à la catégorie des smartphones et que ceux-ci doivent être distingués des autres terminaux en raison des particularités matérielles objectives du produit (fonctionnalités multimédia, clavier et/ou écran tactile ; système d'exploitation ouvert), et de ses fonctions spécifiques (utilisation des fonctions mails et internet mobile, téléchargement d'applications). De plus, la saisissante fait valoir qu'il existe, au sein des smartphones, un écart de prix important entre les produits d'entrée de gamme et les produits haut de gamme, et que ces derniers pourraient constituer à eux seuls un marché pertinent. Elle produit une étude économique selon laquelle Apple détiendrait sur un marché ainsi délimité une part de marché comprise entre 53 et 68 % et y occuperait une position dominante.

102. S'agissant ensuite de la définition géographique du marché, la saisissante expose que le marché évoqué au paragraphe précédent est de dimension nationale, dans la mesure où les distributeurs opèrent à l'échelle nationale dans des conditions homogènes (prix, publicité, CGV). De plus, elle observe que les terminaux sont majoritairement distribués dans le cadre d'une souscription à des offres de services des opérateurs, distribués à l'échelle nationale pour un service couvrant essentiellement le territoire national. Sur le marché national des smartphones haut de gamme, la société Bouygues Telecom estime (34) que la part de marché d'Apple est de 53 % au 15 août 2008 et qu'elle pourrait atteindre 68 % à la fin de l'année 2008.

103. Pour Apple, le rapport économique produit par Bouygues Telecom serait entaché de nombreuses erreurs méthodologiques. Elle estime en premier lieu que l'étude applique de manière erronée le test du monopoleur hypothétique dans la mesure où elle analyse les écarts de prix de 10 % de manière statique et non de manière dynamique, alors que c'est bien une analyse dynamique, tendant à appréhender les réactions des consommateurs à une augmentation des prix de 10 % qui serait au centre du test du monopoleur hypothétique. Les sociétés Apple, France Telecom et Orange France exposent ensuite que les auteurs de l'étude se sont fondés sur le prix et les volumes de vente des terminaux nus alors que l'essentiel des terminaux sont vendus associés à une offre de téléphonie mobile et avec une subvention. Cette critique a également été formulée par l'Arcep.

104. Apple soutient que le marché pertinent serait celui de l'ensemble des terminaux mobiles. Sa dimension serait mondiale ou européenne. Au soutien de son analyse, elle renvoie à des décisions récentes rendues par la Commission européenne dans le cadre du contrôle des concentrations (35). France Telecom et Orange France soulignent également que la Commission n'a pas distingué, dans sa décision Nokia/Navteq du 2 juillet 2008, un marché des smartphones, mais a au contraire retenu un marché global des terminaux de téléphonie mobile. Sur ce marché, Apple observe qu'elle est un nouvel entrant qui ne disposerait que d'une part de marché inférieure à 1 %. Apple précise encore (36) qu'en tout état de cause, l'iPhone ne représente que 12 à 14 % des ventes de terminaux dont il pourrait être considéré qu'ils appartiennent à la catégorie des smartphones.

105. Le Conseil rappelle régulièrement (cf. notamment les décisions n° 06-D-03 et 07-D-44) que lorsqu'il est démontré que le consommateur final a systématiquement recours à des distributeurs intermédiaires, il est pertinent de distinguer le marché amont de l'approvisionnement du marché aval de la distribution de ces produits.

106. En l'espèce, le premier met en relation les constructeurs avec les distributeurs de terminaux, qu'il s'agisse des distributeurs indépendants ou des opérateurs de téléphonie mobile. Les seconds ont pour offreurs les distributeurs des terminaux sur les différents territoires nationaux et pour demandeurs les consommateurs finaux.

Sur le marché amont

107. Sur le marché amont, les distributeurs, qui représentent la demande, doivent être en mesure de proposer une gamme diversifiée de produits aux clients finaux. Il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que de leur point de vue, il existe une catégorie de terminaux qui, du fait des caractéristiques techniques objectives qui leur sont spécifiques, doivent nécessairement être inclus dans leur offre auprès des consommateurs finaux.

108. Comme il a été dit au paragraphe 23, les terminaux résultant de la convergence des téléphones mobiles et des PDA, appelés "smartphones" par le saisissant et d'autres acteurs du marché, ou "PDA communicants" par d'autres, par exemple par le paneliste GfK, cumulent, ainsi que l'Arcep l'expose dans son avis du 4 novembre 2008, des fonctionnalités (connectivité wifi, GPS, appareil photo, lecteur vidéo/MP3) que des terminaux plus classiques proposent de manière isolée ou sans ergonomie adéquate, et les associent par un système d'exploitation dédié. Diverses études de marché font part des spécificités de ces smartphones, tenant notamment à leurs caractéristiques physiques (ergonomie, écran tactile ou clavier), à leur système d'exploitation propre, à la diversité d'usages en résultant, centrés, outre la téléphonie, sur l'internet mobile (contenus), l'écoute de musique, le visionnage de vidéos, la navigation par GPS, et la gestion PDA. Ces caractéristiques, susceptibles d'induire un usage différencié, paraissent suffisamment spécifiques pour rendre ce type de terminal non substituable à d'autres moins perfectionnés, même si un

constructeur comme Nokia souligne qu'il est difficile de segmenter le marché et déclare ne pas faire de différence entre la catégorie smartphone et les autres téléphones.

109. En revanche, une segmentation plus fine en fonction du prix de vente des terminaux sur ce marché ne pourrait être opérée qu'en fonction des prix de gros négociés par les distributeurs, qui ne sont pas disponibles au dossier. Au demeurant, aucun enjeu n'est attaché à cette question dans la présente affaire.

110. Par ailleurs, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que le marché amont soit, compte tenu de la nationalité des différents constructeurs et du constat selon lequel les terminaux sont indistinctement vendus dans de nombreux pays au monde, au moins de dimension européenne ou même mondiale. Dans les décisions prises récemment dans ce secteur dans le cadre du contrôle des concentrations (Nokia/Trolltech du 4 juin 2008 et Nokia/Navteq du 2 juillet 2008), la Commission a ainsi considéré que le marché géographique à prendre en compte s'étendait au moins à l'Espace économique européen (EEE).

111. L'Arcep relève que cinq éditeurs offrent des logiciels utilisés par les terminaux mobiles : Symbian, Microsoft, Linux, RIM et Apple. Les estimations de la société Canalys présentées ci-dessus au paragraphe (36) font apparaître Nokia, Apple, RIM, Motorola, HTC comme les principaux offreurs de smartphones. La part d'Apple (qui est présent à la fois sur les marchés d'édition des logiciels et sur celui des terminaux) sur le marché des smartphones serait estimée à 17,3 % au troisième trimestre 2008, contre 3,6 % un an auparavant. Le leader du marché serait Nokia, avec 38,9 % des ventes mondiales de smartphones au troisième trimestre 2008 contre 51,4 % au troisième trimestre 2007.

112. Ces estimations soulignent le dynamisme d'un marché caractérisé par un rythme rapide d'innovation. Apple ne fabriquait pas de terminaux avant la mise sur le marché de l'iPhone 2G en octobre 2007. L'iPhone 3G n'est commercialisé que depuis cinq mois (37). Plusieurs terminaux présentant des caractéristiques similaires, appelés "iPhone killers", ont été mis en vente plus récemment encore, et d'autres devraient être mis sur le marché au cours des prochains mois. Si Apple a dépassé RIM, fabricant du Blackberry, au troisième trimestre 2008, ce dernier a vu sa part sur un marché des smartphones, passer de 10,6 % à 15,2 % dans le même temps.

113. Dans un contexte aussi évolutif, rythmé par des innovations sans cesse renouvelées, techniques ou commerciales, le Conseil a déjà relevé à quel point la délimitation de marchés pertinents est délicate (cf. notamment les décisions n° 04-D-54 et 08-D-10). De même, la position des acteurs sur de tels marchés est susceptible d'évoluer très rapidement. La Commission européenne, dans les décisions récentes citées par les parties, Nokia/Trolltech du 4 juin 2008 et Nokia/Navteq du 2 juillet 2008, constatant l'évolution rapide des principales fonctions des terminaux et des positions de marché des principaux acteurs a préféré laisser ouverte la délimitation des marchés pertinents en cause.

114. En l'espèce, il peut cependant être relevé qu'à ce stade de l'instruction, il est peu probable, compte tenu des chiffres exposés ci-dessus, qu'Apple occupe, à ce jour, sur un marché amont des terminaux mobiles, pertinent de point de vue des pratiques dénoncées, une position dominante dont il serait susceptible d'abuser.

Sur le marché aval

115. Sur le marché aval, les terminaux sont vendus au consommateur final quasi-exclusivement en association avec un service de téléphonie mobile. Ce point est relevé par la plupart des acteurs du marché, en particulier par Orange. L'Arcep avance dans son avis

que la part des terminaux vendus "nus" serait inférieure à 5 %. De ce fait, dans la plupart des cas, les consommateurs sont amenés à comparer les caractéristiques de "biens systèmes" formés du terminal et de l'offre de services associée ; ce sont ces ensembles qui sont considérés comme substituables ou non du point de vue des demandeurs. Le marché aval des terminaux est ainsi difficilement dissociable du marché des services de téléphonie mobile et présente une dimension nationale, les services de téléphonie étant spécifiques aux différents territoires nationaux.

116. La Commission européenne et le ministre de l'économie se sont prononcés dans plusieurs décisions sur les contours d'un marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile et ont retenu un marché global sans distinguer en fonction du type de produits et services distribués ni en fonction du type de distributeurs (GSA, spécialistes, mono-marque, multimarques) (38). Dans sa lettre sur l'opération France Telecom/CET en date du 4 janvier 2008, le ministre explique que "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 coffret, d'un service de communications mobiles (offre prépayée ou forfait) et d'un terminal, le terminal étant alors proposé à des conditions tarifaires beaucoup plus intéressantes que s'il était vendu séparément ("terminal nu")".

117. Seule l'étude GfK sur le segment "smartphones et PDA communicants" produite par la saisissante évalue, sur ce segment des PDA et smartphones, la part des terminaux vendus sans carte SIM à près de 20 %. Cette contradiction pourrait cependant s'expliquer par l'absence, dans l'échantillon pris en compte par GfK, des réseaux de distribution intégrés des trois opérateurs mobiles.

118. Les caractéristiques des terminaux eux-mêmes sont, certes, un élément du choix des consommateurs. Ces derniers arbitrent, d'une part, entre les opérateurs eux-mêmes, la gamme de terminaux offerte par chaque opérateur pouvant présenter certaines différences. Ils choisissent d'autre part, au sein de l'offre d'un même opérateur, la formule qui leur convient le plus. Dans l'avis rendu pour la présente affaire, l'Arcep cite une étude qui place le choix du terminal à la cinquième place des critères de choix des consommateurs. Toutefois, les caractéristiques des offres de services de téléphonie mobile des différents opérateurs interfèrent dans ce choix des terminaux, compte tenu de leurs spécificités. De même, l'existence de coûts de changement d'opérateur liés aux forfaits avec engagement et aux programmes de fidélisation peut contraindre le choix d'un terminal s'il n'est pas offert par tous les opérateurs. En revanche, au sein des offres d'un même opérateur, la substituabilité d'un terminal avec un autre n'est pas fonction des offres de services mobiles dans la mesure où celles-ci ne sont pas liées en exclusivité à un terminal. Il a par exemple été vu ci-dessus que les forfaits conçus spécifiquement pour l'iPhone 3G étaient néanmoins accessibles aux acquéreurs d'autres marques de terminaux.

119. Cependant, les éléments relevés ci-dessus sur les smartphones ou PDA communicants suggèrent, que du point de vue des consommateurs, il existe une catégorie de terminaux qui présentent des caractéristiques techniques objectives spécifiques telles qu'ils les considèrent comme non substituables aux autres terminaux. Il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que le fait qu'un distributeur serait le seul à offrir, sur le marché aval, un téléphone présentant de telles caractéristiques, aurait un effet sur son pouvoir de marché, même si celui-ci est également fonction de la compétitivité de son offre de services de téléphonie mobile. L'apparition sur le marché d'accords d'exclusivité de longue durée entre un fabricant et un opérateur, tel que celui entre Orange et Apple mis en cause dans la présente affaire, est d'ailleurs de nature à favoriser une évolution des critères de détermination des consommateurs dans le choix d'un opérateur et d'un distributeur.

120. Une segmentation plus fine du marché en fonction des prix de vente des terminaux "nus", serait en revanche peu pertinente compte tenu de cette spécificité du marché. Les prix ainsi affichés ne s'adressent qu'à un petit nombre de demandeurs, la quasi-totalité d'entre eux se déterminant d'après le prix subventionné associé à un forfait de téléphonie mobile. Or, des subventions importantes, réduisant fortement le prix de vente des terminaux, ont pour contrepartie des forfaits mensuels élevés et des durées d'engagement longues (24 mois).

121. Selon le paneliste GfK, dont les données excluent toutefois, comme on l'a déjà souligné ci-dessus, les agences France Telecom, les Espaces SFR et les Club Bouygues Telecom, les principales marques de PDA communicants vendues en France d'avril à septembre 2008, sont HTC, Apple, Samsung, Blackberry, Nokia, Palm. Sur le marché ainsi délimité, la part d'Apple serait passée de moins d'1 % en avril 2008 à 33,4 % en septembre 2008, juste derrière HTC qui passe de 58 % à 35,8 % sur la même période. Par ailleurs, selon un article paru dans "Le Figaro" le 18 novembre 2008, les prévisions de l'institut GfK publiées la veille font état d'une part croissante de ce type de téléphones dans le total des terminaux vendus en France : "Alors que l'an dernier seulement 700 smartphones avaient été commercialisés en France, 1,8 million devraient l'être en 2008, dont 80 % avec un écran tactile, le plus emblématique étant l'iPhone 3G d'Apple (...) Pour 2009, GfK prévoit une hausse de 55 % des ventes de ce type de terminaux, avec 2,8 millions d'unités vendues, dans un marché global en progression de près de 4 % à 25,2 millions de mobiles. (...) En valeur avec 420 millions d'euro, les smartphones représentent 25 % du chiffre d'affaires total du marché français à la fin de l'année 2008" (39). Apple avance pour sa part les estimations de la société Canalys, selon lesquelles sa part sur un marché des smartphones en France serait de 12,5 % en moyenne d'octobre 2007 à septembre 2008 et fait remarquer que dans le panel GfK, la part de marché de Samsung passe de 5,9 % en août 2008 à 15,2 % en septembre 2008.

122. S'agissant de la position de France Telecom sur le marché de la distribution des produits et service de téléphonie mobile, elle a été estimée dans la décision précitée du ministre du 4 janvier 2008 entre 20 et 30 % sur un marché global. A ce stade de l'instruction, il n'est pas possible d'estimer la part de France Telecom sur un marché qui serait limité aux offres liées aux smartphones ou PDA communicants. Les éléments au dossier montrent qu'elle serait susceptible d'évoluer rapidement, en fonction des exclusivités négociées entre fabricants et opérateurs et des sorties de nouveaux modèles.

3. SUR LE MARCHÉ DES BALADEURS NUMÉRIQUES

123. La société Bouygues Telecom soutient que, quel que soit le périmètre du marché pertinent, qu'il s'agisse du marché global des baladeurs numériques ou du marché des baladeurs à mémoire flash, Apple est en position dominante avec des parts de marché en France estimées à 48 % sur le premier et 47 % sur le second.

124. Le Conseil avait constaté, dans sa décision n° 04-D-54 en date du 9 novembre 2004, qu'il existait trois types de baladeurs numériques : les baladeurs flash dont la capacité de stockage ne dépassait pas, à la date de la décision, 258 millions d'octets (Mo), des baladeurs à "petit disque dur", d'une capacité variant de 1,5 Go à 5 Go, et des baladeurs à disque dur dont la contenance variait de 20 Go à 80 Go. Il avait relevé que la capacité des baladeurs flash augmentait rapidement et que le segment intermédiaire des baladeurs de capacité de quelques Go devrait donc rapidement comprendre des baladeurs à disque dur et des baladeurs flash.

125. En dépit du dynamisme de la concurrence constaté sur ces marchés, avec des baisses de prix, l'arrivée de nouveaux entrants et de nombreuses innovations technologiques, le Conseil n'avait pas exclu, au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires, que la société Apple disposait d'une position dominante sur le marché des baladeurs numériques à disque dur.

126. Dans l'avis rendu sur la présente affaire, l'Arcep constate que le succès de l'iPod sur ces marchés s'est depuis confirmé mais n'avance pas d'autres données sur la position d'Apple que celles déjà citées ci-dessus et provenant de l'étude commandée par Bouygues Telecom. Les déclarations de la FNAC qui figurent au dossier confirment toutefois ces estimations (cf. paragraphe 77 ci-dessus).

127. De plus, la progression de la capacité des baladeurs flash s'est confirmée et la forte position constatée par le Conseil en 2004 a été conservée. Il ne peut donc être exclu, en l'état de l'instruction, qu'Apple occupe une position dominante sur le marché des baladeurs numériques.

4. SUR LE MARCHÉ DU TÉLÉCHARGEMENT PAYANT DE MUSIQUE EN LIGNE

128. Bouygues Telecom soutient que selon le SNEP (Syndicat national de l'édition phonographique), l'iTunes Music Store est de loin la première plateforme de téléchargement de musique en ligne payante en France avec 60 % du chiffre d'affaires total, devant Virgin Mega dont la part de marché serait évaluée à 19 % et Fnacmusic qui serait à 17 %.

129. Dans sa décision n° 04-D-54 déjà citée, le Conseil avait envisagé, au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires, l'existence d'un marché national du téléchargement de la musique en ligne, hors réseaux d'échange et écoute directe. Constatant qu'il s'agissait à l'époque d'un marché naissant, sur lequel de multiples entrées étaient constatées et attendues, et que l'entrée d'Apple sur ce marché ne datait que de quelques mois, le Conseil n'avait également pas exclu, au vu du succès de son offre, qu'Apple occupait sur ce marché une position dominante.

130. Quatre années plus tard, le succès de la plateforme de téléchargement de musique payante en ligne n'a pas été démenti et il ne peut donc être exclu, en l'état de l'instruction, qu'Apple occupe sur ce marché une position dominante.

D. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

131. Bouygues Télécom dénonce essentiellement son exclusion de la commercialisation de l'iPhone, le caractère injustifié des critères de sélection définis par Apple et les restrictions imposées par Apple et Orange à la liberté de revente de ces distributeurs agréés. Or, l'ensemble de restrictions est justifié par les sociétés mises en cause par le fait qu'Apple a désigné Orange comme opérateur exclusif pour le territoire français.

132. Le Conseil examinera donc dans un premier temps cet ensemble de restrictions organisant et verrouillant l'exclusivité accordée à Orange puis dans un second temps, les autres restrictions de concurrence contenues dans les contrats dénoncés mais sans lien avec l'exclusivité elle-même.

1. SUR LES EXCLUSIVITÉS ACCORDÉES PAR APPLE À ORANGE EN TANT QU'OPÉRATEUR DE RÉSEAU ET GROSSISTE POUR LA DISTRIBUTION DE L'IPHONE

133. La société saisissante estime que l'exclusivité accordée par Apple à Orange fausse le

libre jeu de la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile, en violation de l'article 81 du traité CE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

134. La société Apple fait valoir au contraire que l'exclusivité consentie à Orange est justifiée et pro-concurrentielle. Elle rappelle que son choix d'un partenaire réseau unique procédait d'un impératif de rapidité dans le lancement de l'iPhone 2G : "multiplier les partenaires aurait eu pour effet de démultiplier et d'alourdir les tâches ce qu'Apple, nouvel entrant, ne pouvait se permettre sous peine de voir son activité freinée et ses projets potentiellement compromis, fragilisés ou retardés". Elle précise qu'elle ne s'est tournée vers Orange qu'après l'échec des négociations avec Vodafone/SFR et après avoir constaté que Bouygues Telecom n'avait pas "montré d'intention de déployer son réseau 3G" ; "les réticences de Bouygues Telecom à rentrer de plein pied dans le 3G et ses errances technologiques au moment où Apple était en pleine sélection d'un nouveau partenaire le disqualifiaient d'office".

135. En tout état de cause, Apple soutient que, compte tenu de sa part de marché très faible sur le marché amont des terminaux, les accords qu'elles a conclus avec Orange sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie n° 2790-1999 du 22 décembre 1999 qui exempte les accords de fourniture et distribution exclusive dès lors que la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %. Elle ajoute qu'elle devrait même bénéficier de la présomption de légalité des accords d'importance mineure pour les parts de marché inférieures à 15 %.

a) Sur l'application du règlement d'exemption sur les restrictions verticales

136. Il ressort des constatations faites ci-dessus, en premier lieu, qu'Orange est l'opérateur réseau exclusif retenu par Apple pour la France. Cette restriction résulte essentiellement des stipulations du contrat de partenariat signé entre Apple et Orange le 12 octobre 2007. Orange n'est pas le distributeur exclusif de l'iPhone, d'autres distributeurs indépendants pouvant être agréés par Apple. Mais l'exclusivité qui lui est consentie en qualité d'opérateur de réseau est renforcée dans les contrats de distribution sélective proposés par Apple aux distributeurs agréés, ceux-ci prévoyant, parmi les critères de sélection des points de vente, l'obligation d'offrir à la vente la gamme complète de services de téléphonie mobile pour iPhone "de chaque opérateur de réseau agréé à l'intérieur du territoire de distribution sélective", c'est-à-dire, Orange pour la France, et d'être en mesure d'activer ses services (40). L'exclusivité est finalement verrouillée par la stipulation des contrats de distribution signés entre Orange, en tant que grossiste, et les distributeurs agréés par Apple, selon laquelle "le revendeur ne commercialisera pas les terminaux dans une offre de téléphonie qui n'est pas celle d'Orange. Nonobstant ce qui vient d'être précisé, le revendeur pourra vendre des terminaux nus mais dont la carte SIM sera bloquée sur le réseau Orange" (41). Enfin, il ressort de l'article 5.1 de l'annexe 3, "modèle d'addendum Pays Agréé France" du premier avenant, en date du 15 mai 2008, au contrat de distribution signé entre Orange et Apple le 12 octobre 2007, qu'Orange est le grossiste exclusif pour la France de l'iPhone. Les distributeurs agréés auprès d'Apple ne peuvent donc s'approvisionner qu'auprès de lui, aux conditions précisées ci-dessus.

137. Cette combinaison exclut toute commercialisation de l'iPhone dans les réseaux mono-marques des opérateurs de réseau concurrents d'Orange, puisque ceux-ci, par définition, ne proposent pas de services Orange. Apple comme Orange ne peuvent donc utilement soutenir, comme elles le font, que Bouygues Telecom n'a pas demandé à devenir distributeur agréé. De plus, un consommateur ne peut accéder aux services d'un opérateur concurrent d'Orange qu'en achetant un iPhone non associé à un forfait avec une durée d'engagement auprès d'Orange, c'est-à-dire "nu", et en demandant le "désimlockage" de la carte SIM "bloquée sur le réseau Orange" pour la somme de 100 euro.

138. En deuxième lieu, sauf stipulations contraires de l'"Addendum Pays Agréé", Orange ne peut acheter l'iPhone qu'auprès d'Apple et non auprès d'autres sources (42). L'"Addendum Pays Agréé France" ne modifie pas cette clause et y ajoute "Apple se réserve le droit de distribuer des Produits Agréés directement aux clients des Pays Agréés et de désigner d'autres distributeurs" et "compte tenu que le Pays Agréé fait partie de l'Espace économique européen ("EEE"), les parties reconnaissent qu'Orange peut vendre les Produits Agréés aux clients d'un autre pays de l'EEE sauf si Apple s'est réservé ou a réservé à un autre distributeur, à titre exclusif, l'autre pays de l'EE concerné". Dans ce dernier cas, il est précisé que seules les ventes dites "actives" sont concernées et non les ventes dites "passives" (43). Le même contrat prévoit également : "dans la mesure autorisée par le droit applicable, Orange prendra toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que ni Orange ni aucun Point de Vente Agréé ne vende des Produits Agréés à un acheteur qui entend exporter ceux-ci à des fins de vente en dehors du Pays Agréé" (44).

139. De même, comme cela a déjà été noté ci-dessus, il est stipulé, dans les contrats signés entre Orange et les distributeurs agréés, que ceux-ci achèteront les iPhones "exclusivement et directement auprès d'Orange. Le revendeur ne pourra acheter les Produits autorisés auprès d'autres sources d'approvisionnement sans l'accord écrit et préalable d'Orange, et devra les revendre exclusivement dans les points de vente autorisés situés sur le territoire [la France]" (45). Une clause prévoyant un mécanisme d'alerte portant sur les importations d'iPhones complète le dispositif : "le revendeur informera promptement Orange de tous Produits Autorisés importés ou supposés importés par un tiers portant les marques de Apple et qui n'ont pas été distribués ou fabriqués par Apple pour la vente sur le Territoire [la France], dès qu'il aura connaissance de l'import" (46).

140. Ces clauses ont pour effet d'éviter tout contournement de l'exclusivité accordée à l'opérateur de réseau Orange par le biais d'importations en provenance d'autres pays et de protéger, de même, les exclusivités accordées par Apple dans les autres pays.

141. Au total, les accords conclus entre Apple et Orange, de même que le contrat de distribution proposé par Apple aux distributeurs agréés, d'une part, et par Orange aux mêmes distributeurs, d'autre part, combinent plusieurs restrictions verticales qui affectent la revente de l'iPhone aux consommateurs finaux : la distribution exclusive au stade du commerce de gros ; la fourniture exclusive en ne permettant qu'à un seul opérateur de réseau d'associer ses services au terminal concerné ; la distribution sélective du produit au stade du commerce de détail ; l'interdiction des ventes croisées entre grossistes agréés et entre revendeurs de détail agréés.

142. En l'état et sous réserve d'une instruction au fond, ces restrictions ne peuvent être regardées comme pouvant bénéficier de l'exemption par catégorie instituée par le règlement n° 2799-1999, pour plusieurs raisons.

143. Premièrement, la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective fait partie de celles qui excluent l'application de l'exemption à l'ensemble du contrat concerné, en l'occurrence le contrat de distribution signé entre Orange et Apple, ainsi que les contrats signés entre Orange et les distributeurs agréés (article 4 du règlement n° 2799-1999).

144. Deuxièmement, si le règlement d'exemption par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux lorsque la part de marché que détient le fournisseur ou l'acheteur est inférieure à 30 %, il convient de relever que, dans le cas où l'accord contient une obligation de fourniture exclusive, selon la définition qu'en donne l'article 1er, point c),

du règlement d'exemption par catégorie, c'est la part détenue par l'acheteur sur le marché où il achète les produits ou les services contractuels qui ne doit pas être supérieure au seuil de 30 % pour que l'exemption catégorielle puisse s'appliquer (47). L'article 1er, point c, précise qu'une "obligation de fourniture exclusive signifie toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la revente". Les lignes directrices précisent par ailleurs que la fourniture exclusive fait partie d'une catégorie de restrictions qu'elles présentent comme la "distribution limitée", et la définit comme une obligation expresse ou un mécanisme incitatif en fonction desquels le fournisseur ne vend exclusivement ou essentiellement qu'à un acheteur sur un marché donné (48).

145. En l'espèce, la part d'Orange, en tant qu'acheteur de l'exclusivité d'opérateur de réseau, est de 43,8 % en septembre 2008, en données parc. Dans le 13e rapport sur les marchés des communications électroniques de 2007, la Commission européenne notait une relative stabilité des parts de marché des opérateurs, avec 44,3 % pour Orange. Il s'agit de chiffres qui excèdent le seuil de 30 %.

146. En tout état de cause, la présomption de légalité que confère le règlement d'exemption par catégorie n° 2790-1999 peut être écartée si un accord vertical entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité et ne remplit pas toutes les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3. Il peut en être ainsi lorsqu'un fournisseur, ou un acheteur dans le cas d'accords de fourniture exclusive, qui détient une part de marché ne dépassant pas 30 %, conclut un accord vertical qui n'entraîne pas d'avantages d'objectifs de nature à compenser le préjudice qu'il cause à la concurrence (49).

b) Sur l'analyse des effets des exclusivités accordées à Orange

147. Le Conseil a rappelé à de nombreuses reprises que les exclusivités de distribution ou d'achat n'étaient pas anticoncurrentielles par elles-mêmes. Elles peuvent, par exemple, être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, en raison notamment de l'existence d'investissements spécifiques que l'entreprise n'engagerait pas si elle ne bénéficiait pas d'une exclusivité. Ainsi qu'il l'a souligné dans l'étude thématique publiée dans le rapport annuel pour l'année 2007, le Conseil procède donc au cas par cas : il est attentif aux circonstances concrètes de marché dans son analyse des accords d'exclusivité.

148. En pratique, l'effet d'éviction ou de verrouillage que peuvent comporter de telles clauses d'exclusivité dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la dispersion géographique et l'atomicité de la demande. Dans sa décision n° 08-D-10 en date du 7 mai 2008, le Conseil a ainsi relevé les principaux éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère anticoncurrentiel de clauses d'exclusivité : "il convient [...] 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".

Sur la position du fournisseur

149. Comme le souligne Apple, son entrée sur le marché des terminaux mobiles est récente et sa part de marché, même circonscrite aux smartphones ou PDA communicants reste, évaluée en moyenne sur les douze derniers mois, très modeste. De plus, Apple n'est présent

sur ce marché qu'avec un seul modèle, l'iPhone 2G puis l'iPhone 3G, disponible en 8 Go ou 16 Go.

150. La sortie de ce nouveau produit lancé par Apple était néanmoins très attendue et se révèle, particulièrement depuis la sortie du iPhone 3G, un grand succès. Les spécificités de l'iPhone par rapport à d'autres téléphones comparables ont été soulignées par de nombreuses déclarations figurant au dossier.

151. De fait, la progression des ventes d'iphones 3G depuis son lancement est spectaculaire, comme le montrent les panels Canalys pour le marché mondial ou GfK pour les seules ventes en France. Orange a affirmé avoir vendu, entre le 18 juillet et le 30 octobre 2008, 216 000 iPhones 3G. En séance, l'opérateur a annoncé 301 000 ventes au 7 novembre.

152. Apple et Orange font valoir que seuls quelques mois sont observables, que ce phénomène est habituel en cas de lancement d'un produit innovant et que l'iPhone ne tardera pas à être copié par les concurrents d'Apple sur le marché des terminaux. En particulier, ils mettent en avant la concurrence du constructeur RIM avec la marque Blackberry et ses modèles Curve, Pearl, Bold et Storm, ce dernier muni d'un écran tactile et disponible en exclusivité chez SFR depuis la fin du mois de novembre. Nokia doit de même ajouter un modèle 5800 Xpress Media à écran tactile à ses modèles E71, N96 et N95. HTC propose un modèle Touch Diamond et doit lancer un modèle à écran tactile Dream en association avec Google début 2009 en France. De nombreux articles de presse sont produits pour relativiser les mérites de l'iPhone.

153. La période d'observation disponible est, certes, très courte et le marché présente un certain dynamisme. Il doit cependant être noté que la duplication des innovations d'Apple est moins évidente que cette dernière entreprise ne l'affirme. Apple a fait observer en effet que l'iPhone serait protégé par plus de 200 brevets. Par ailleurs, Apple est peut-être un nouvel entrant sur le marché des terminaux mobiles mais il dispose d'atouts non négligeables. Le premier est la détention d'une marque notoire. Selon des documents communiqués par Orange : "la marque et la stratégie marketing sont les plus grands atouts d'Apple. Apple est l'une des marques les plus sophistiquées de l'époque moderne, à égalité avec Nike. Elle excelle à attirer l'attention des médias, traditionnels ou en ligne, dans une promotion qui dépasse très largement ses parts de marché. Elle réussit à créer une relation particulière avec ses clients, lesquels se transforment fréquemment en prosélytes de la marque". De plus, selon les termes mêmes du contrat de partenariat signé entre Orange et Apple, "Apple occupe une place de leader incontesté dans les secteurs des ordinateurs et de l'électronique grand public, à la pointe du secteur en termes d'innovation grâce à ses ordinateurs primés et au système d'exploitation Mac OS X et au premier plan de la révolution numérique multimédia grâce à ses baladeurs musique et vidéo iPod, ainsi que sa boutique en ligne iTunes. Cette année, Apple va se lancer sur le marché des téléphones mobiles avec son iPhone révolutionnaire".

154. De fait, la forte position d'Apple sur le marché des baladeurs numériques relevée ci-dessus pourrait avoir un effet de levier sur sa position sur le marché des terminaux mobiles, et ce d'autant plus que l'iPhone offre, entre autres, les fonctions d'un iPod. Il en est de même de la forte position d'Apple sur le marché du téléchargement payant de la musique en ligne, compte tenu de la facilité d'utilisation dont bénéficient les utilisateurs d'iPod/iPhone pour l'achat de musique en ligne protégée par des DRM sur le site iTunes Music store.

155. L'iPhone apparaît donc comme un produit particulièrement attractif fourni par un acteur qui dispose d'avantages incontestables sur le marché.

Sur la durée et le champ de l'exclusivité

156. S'agissant de la durée, celle du partenariat est de cinq ans à compter de la signature du contrat initial d'octobre 2007. Apple a toutefois la possibilité de mettre fin au contrat sans indemnité au bout de trois ans. La représentante d'Apple a déclaré que : "[l]e contrat initial est de 5 ans mais Apple peut y mettre fin au bout de trois ans. Dans notre esprit, il s'agit plutôt d'un contrat de trois ans. Ce point a été central dans la négociation. Apple aurait préféré une période plus courte que trois ans pour cette faculté de sortie". Une période de cinq ans, même avec possibilité de sortie anticipée à l'issue de trois ans, est exceptionnellement longue au regard des pratiques du secteur telles qu'elles ressortent des déclarations des autres constructeurs ainsi qu'au regard de la durée de vie moyenne des terminaux sur le marché, qui n'excéderait pas un an (cf. ci-dessus paragraphe 21 et 32). L'exclusivité porte par ailleurs sur l'ensemble des terminaux Apple, y compris les nouveaux modèles mis sur le marché après l'iPhone 2G. C'est ainsi qu'Apple a expliqué que, bien qu'elle ait lancé l'iPhone 3G sans exclusivité dans de nombreux pays, elle n'avait pas été en mesure de le faire dans les pays où elle était toujours liée par le contrat en cours, comme en France, où l'iPhone 3G a été lancé dans le cadre du contrat signé en octobre 2007, aménagé en mai 2008.

157. L'Arcep confirme, dans l'avis rendu dans la présente affaire, que l'exclusivité en cause "dépasse de très loin les pratiques usuelles du secteur de la téléphonie mobile, lequel consent des exclusivités de distribution limitées à quelques mois et à un terminal précis. On constate généralement que les contrats conclus entre opérateurs et équipementiers fixent une exclusivité sur une durée de 3 à 6 mois pour un terminal donné".

158. S'agissant du champ de l'exclusivité, Orange explique toutefois que cette exclusivité n'est pas totale, dans la mesure où les clients sont en mesure de faire l'acquisition d'un iPhone "nu" et de souscrire ensuite aux services de l'opérateur de leur choix. Elle expose ainsi qu'au 15 septembre 2008, elle dénombrait 20 076 iPhones 2G et 5 797 iPhones 3G qui avaient fait l'objet d'un déverrouillage ou "désimlockage", essentiellement actifs sur le réseau SFR mais aussi sur le réseau Bouygues Telecom. Apple confirme, avec les mêmes arguments, qu'il ne s'agit que d'une "exclusivité de première présentation".

159. Il a cependant été vu ci-dessus que les critères de distribution de l'iPhone imposaient que le produit soit toujours proposé avec un service Orange et, au minimum, une Mobicarte Orange sur laquelle l'appareil est verrouillé ou "simlocké". Orange a soutenu que cette carte, d'une valeur de 10 euro, est fournie gratuitement. Si les consommateurs demandent le déverrouillage de l'appareil pour l'utiliser sur un autre réseau que celui d'Orange avant une durée de six mois, ils doivent acquitter une somme de 100 euro.

160. Certes, le verrouillage de la carte SIM est, comme l'explique la DGCCRF sur son site Internet, un procédé autorisé en France pour dissuader les fraudeurs et les voleurs d'écouler les terminaux en France ou à l'étranger. Il empêche d'utiliser un terminal sur un autre réseau que celui qui a fourni la carte SIM : ce n'est qu'au bout d'un délai de six mois que les consommateurs peuvent demander gratuitement le déverrouillage de l'appareil.

161. Néanmoins, les contraintes imposées par Orange aux consommateurs, directement ou indirectement par l'intermédiaire des distributeurs agréés, ne correspondent pas à l'analyse que faisait le ministre de l'application de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, prohibant les ventes liées, aux ventes de coffrets de téléphonie mobile puisqu'au contraire, il demandait aux opérateurs de toujours veiller à ce que parallèlement aux packs, ils proposent, lorsque cela est techniquement possible, des offres permettant d'acquérir séparément les terminaux et les services (50).

162. Orange explique ces contraintes (cf. ci-dessus paragraphe 81) par la nécessité de permettre l'activation des terminaux sur son réseau. Cette activation ne doit toutefois être assurée par Orange que dans la mesure où le terminal est destiné à être utilisé sur son réseau et non lorsque le client souhaite acheter un terminal vraiment "nu" pour l'utiliser sur un autre réseau. Le verrouillage systématique de l'appareil sur une carte SIM Orange et l'obligation qui en découle pour les consommateurs de payer à Orange une somme de 100 euro pour le faire déverrouiller ne s'expliquent donc que par la volonté d'Orange d'éviter que l'exclusivité d'opérateur de réseau sur l'iPhone dont il bénéficie soit contournée par le moyen de ventes de terminaux "nus". Si en dépit de ces obstacles, environ 26 000 iPhones étaient, au 15 septembre dernier, en mesure d'être activés sur un autre réseau que celui d'Orange, ce contournement de l'exclusivité ne peut rester que marginal compte tenu, d'une part, de la complexité et des délais alors attachés à l'acquisition d'un iPhone pour les consommateurs et d'autre part, du niveau de la subvention que doivent alors proposer les opérateurs concurrents pour égaler les tarifs proposés par Orange. En effet, ils doivent compenser la dépense de 100 euro supportée par leurs clients pour faire déverrouiller leur terminal.

163. Il est donc confirmé que l'exclusivité, d'une durée particulièrement longue, couvre un champ très large.

Sur la position de l'acheteur et la situation de la concurrence sur le marché concerné par l'exclusivité

164. L'exclusivité accordée à Orange par Apple porte essentiellement sur le réseau de l'opérateur sur lequel fonctionnera l'iPhone. L'instruction n'a pas confirmé à ce stade l'existence de problèmes d'interopérabilité qui empêcheraient les iPhones de fonctionner sur un réseau concurrent une fois résolu le problème initial de verrouillage sur la carte SIM Orange fournie avec le terminal. Cependant, il ressort des contrats conclus entre Orange et Apple, ainsi qu'entre Orange et les distributeurs agréés, d'une part, et Apple et les distributeurs agréés, d'autre part, que la distribution est organisée de telle sorte que les iPhones ne peuvent être vendus qu'en association avec des services de téléphonie mobile Orange. En revanche, Orange ne bénéficie pas d'une exclusivité de distribution, d'autres distributeurs étant agréés par Apple (Auchan, Carrefour, Boulanger, Darty, FNAC, The Phone House, et Tel and Com).

165. C'est donc sur le marché des services de téléphonie mobile que doivent être principalement analysés les effets de l'exclusivité. Sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, les distributeurs exclus de la distribution d'offres intégrant un iPhone, sont des distributeurs mono-marques SFR ou Bouygues Telecom, filiales ou non de ces opérateurs, pour lesquels la vente d'iPhone associée à des services Orange ne présente pas d'intérêt. Les interdictions de ventes croisées au sein du réseau de distribution sont essentiellement conçues pour protéger l'exclusivité dont bénéficie Orange en tant qu'opérateur de réseau.

166. Sur le marché des services de téléphonie mobile, Orange occupe une place de leader avec 43,8 % du parc d'abonnés, position dont la Commission a noté la stabilité dans le 13^e rapport sur les marchés des communications électroniques. Il convient donc d'examiner dans quelle mesure l'exclusivité qui lui a été accordée par Apple pourrait être de nature à renforcer sa position et à générer des effets d'exclusion vis-à-vis de ses concurrents, ou à affaiblir la concurrence que se livrent entre eux les opérateurs de téléphonie mobiles.

167. Rapportées aux indicateurs disponibles sur le marché de la téléphonie mobile, les données sur les ventes d'iPhone 3G depuis son lancement confirment la forte attractivité du

produit. 216 000 terminaux vendus du 18 juillet au 28 septembre 2008, soit un peu plus de deux mois, représentent 11 % du total des ventes brutes d'offres post-payées en métropole au troisième trimestre 2008 et 50 % des ventes nettes d'Orange sur la même période. En séance, Orange a déclaré que les iPhones vendus représentaient environ 15 % de ses ventes brutes. En revanche, compte tenu de la volatilité des parts de marché des opérateurs en ventes nettes d'un trimestre à l'autre, il serait prématuré de tirer des conclusions du fait que la part de marché en ventes nettes d'Orange soit passée de 43 % à 50 % entre le deuxième et le troisième trimestre 2008.

168. Les chiffres des ventes réalisées et anticipées d'iPhones 3G peuvent être mis en perspective avec les ventes réalisées par Bouygues Telecom et SFR (51) sur des terminaux proches de l'iPhone 3G, et souvent présentés comme des "iPhone Killers". Ainsi, Bouygues Telecom a déclaré (52) avoir vendu 12 000 exemplaires de l'HTC Touch Diamond depuis juillet 2008 ; 3 000 exemplaires du Blackberry Bold depuis septembre 2008, et 4 000 exemplaires du Samsung Player Addict depuis octobre 2008.

169. L'effet sur le marché peut être d'autant plus important que les acquisitions d'iPhone sont associées à des forfaits relativement chers et à des consommations importantes d'Internet mobile et d'usages multimédias : elles concernent donc les abonnés à plus forte valeur pour les opérateurs.

170. Apple et Orange relèvent toutefois que ce phénomène est habituel en cas de lancement d'un produit innovant et que l'iPhone ne tardera pas à être copié par les concurrents d'Apple sur le marché des terminaux. En particulier, ils mettent en avant la concurrence du constructeur RIM avec la marque Blackberry, et le fait que SFR a lancé en exclusivité le dernier modèle Blackberry Storm, rangé dans la catégorie des "iPhone killers". De même, SFR annonce une exclusivité pour le lancement du Google G1 en France au début de l'année prochaine.

171. Les durées de ces exclusivités négociées entre SFR et certains constructeurs ne sont pas connues. Comme cela a été vu ci-dessus, les exclusivités, autres que celle accordée par Apple à Orange, sont généralement des exclusivités de lancement, pour une durée de un à six mois. Toutefois, s'il s'avérait que la durée des exclusivités négociées par SFR était plus longue, cela montrerait que le marché évolue vers une plus grande différenciation des offres des opérateurs de téléphonie mobile, celles-ci étant désormais assises non seulement sur l'offre d'un volume de communication ou d'échange de données à certain prix et le montant de la subvention des terminaux, mais aussi sur les modèles de terminaux offerts. Une telle évolution est susceptible d'accentuer le cloisonnement du marché et d'amoinrir la concurrence que se livrent les opérateurs sur le marché, celle-ci étant de moins en moins frontale.

172. Or, le Conseil a déjà eu l'occasion de noter que la concurrence sur le marché français de la téléphonie mobile présentait, par rapport à la situation constatée sur les principaux marchés européens, plusieurs handicaps (cf. avis 08-A-16 du 30 juillet 2008) :

- la France est le seul pays européen de sa dimension à n'avoir que trois opérateurs de réseau ;
- l'entrée des MVNO est relativement récente et la pression concurrentielle qu'ils exercent reste faible et confinée sur des créneaux délaissés par les opérateurs de réseaux ; les parts de marché des MVNO relevées ailleurs sur les marchés européens sont d'autant plus élevées que leur entrée a été précoce (en 2006, près de 25 % du parc clients en Allemagne, plus de 22 % en Norvège, 15 % au Royaume-Uni et aux Pays-Bas) ;

- la France reste le pays ayant le plus faible taux de pénétration du mobile en Europe, caractéristique qui avait déjà été notée par le Conseil pour le début des années 2000 (voir la décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005) ;

- les abonnements avec engagement de durée sont prépondérants, la France étant le pays européen où le prépayé est le moins développé, avec 33 % du parc total au premier semestre 2008. Au sein des offres post-payées sont privilégiées celles avec engagement de 12 ou 24 mois. Ces engagements de durée sont obtenus des consommateurs en échange de prix très attractifs proposés sur les terminaux subventionnés par les opérateurs ; en contrepartie, les coûts de changement d'opérateurs sont élevés et participent à la rigidité du marché. Les programmes de fidélisation proposés par les opérateurs y ajoutent encore. Ces coûts de changement d'opérateur renforcent les effets verrouillants de tout type d'exclusivité accompagnant l'entrée sur le marché d'un nouveau produit. L'exclusivité a pour effet de renforcer artificiellement ces coûts de changement d'opérateur, danger que le Conseil avait déjà mentionné dans l'étude thématique qu'il avait consacrée aux "Exclusivités et contrats de long terme" dans le rapport annuel pour l'année 2007.

173. Orange fait valoir que le marché est fortement concurrentiel, animé par la multiplication des offres dites d'abondance qui permettent aux consommateurs de téléphoner ou d'échanger des données pour un prix unitaire de plus en plus bas. Cependant, comme le Conseil l'a noté dans l'avis cité ci-dessus, si les prix moyens à la minute sont fortement orientés à la baisse, c'est en raison de la progression des volumes consommés dans le cadre des offres illimitées, tandis que les prix faciaux des offres, c'est-à-dire la facture mensuelle effective des consommateurs ne baisse pas et a même eu tendance à augmenter avec l'arrivée des offres dites "d'abondance", les prix de ces forfaits étant plus élevés que ceux commercialisés précédemment, qui ont disparu du catalogue des offres des opérateurs.

174. En conséquence, les éléments réunis à ce stade de l'instruction démontrent que la durée et l'étendue de l'exclusivité, ainsi que l'attractivité du produit concerné par l'exclusivité sont susceptibles, du fait de la position occupée sur le marché des services de téléphonie mobile par Orange et de la faible intensité concurrentielle qui est d'ores et déjà constatée sur ce marché, de renforcer cette position ou d'affaiblir directement la concurrence que se font les opérateurs mobiles sur ce marché.

Sur les gains d'efficience

175. Apple, Orange France et France Telecom font valoir que l'exclusivité est justifiée par le souci d'Apple de simplifier le lancement de l'iPhone et de réduire ses coûts de commercialisation. Elles mettent également en avant la nécessité d'assurer l'amortissement des investissements consentis par Orange et soulignent que l'exclusivité permet de vendre l'iPhone 3G à un prix plus intéressant pour les consommateurs. Orange soutient avoir pris un risque en commercialisant un produit nouveau fourni par un nouvel entrant sur le marché.

176. Les lignes directrices publiées par la Commission européenne sur les restrictions verticales n'excluent pas qu'un système de distribution exclusive puisse produire des gains d'efficience, en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger ou bâtir l'image de la marque et note d'ailleurs qu'en général, l'argument des gains d'efficience est plus convaincant pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (53).

177. Dans l'étude thématique consacrée aux exclusivités, déjà citée, le Conseil a détaillé les

différentes considérations susceptibles de justifier les restrictions de concurrence liées aux exclusivités. Une première série de justifications se rapporte à la nécessité pour les entreprises d'assurer la rentabilité de leurs investissements. 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. D'autres justifications ont trait à la réalisation de gains d'efficacité qui profitent aux parties concernées et aux consommateurs et à des raisons d'ordre technique, liées à l'organisation du processus productif.

178. Deux scénarios pro-concurrentiels ont été évoqués par les parties et discutés en séance. En premier lieu, France Telecom a mis en avant les investissements spécifiques liés à la mise sur le marché de l'iPhone, et justifie la durée du contrat par la nécessité de rentabiliser cet investissement. En second lieu, les parties ont argué de ce que le contrat d'exclusivité comportait, dans sa version de mai 2008, un engagement d'Orange à subventionner fortement le terminal, cette subvention conditionnant le succès de la pénétration de l'iPhone. Ces deux arguments, qui peuvent venir au soutien du caractère pro-concurrentiel du contrat d'exclusivité, seront examinés successivement.

179. Lorsque le produit ou le service final offert sur le marché nécessite des investissements spécifiques de la part de l'un des offreurs, un contrat d'une certaine durée peut prémunir l'investisseur contre les risques d'opportunisme de la part de l'autre partie. Un tel risque découragerait en effet l'investissement et la durée de l'engagement a alors un effet pro-concurrentiel. Il convient donc d'examiner si, au vu des éléments recueillis en l'état par l'instruction, le montant de l'investissement spécifique justifie la durée de l'exclusivité.

180. En séance, les représentants de France Telecom ont ainsi fait valoir que les investissements spécifiques consentis au titre du partenariat depuis octobre 2007 s'élevaient à 86,5 millions d'euro, répartis comme suit :

- 40 millions d'euro rétrocédés à Apple au titre du partage de revenu prévu dans le contrat initial,
- 30 millions d'euro au titre de la subvention des iPhones 3G,
- 4 millions d'euro au titre du fonds publicitaire créé par le contrat de partenariat jusqu'au 18 juillet 2008, auxquels se sont ajoutés 3,8 millions d'euro pour le lancement de l'iPhone 3G, le fonds ayant été à chaque fois abondé de 10 millions,
- 2 millions de dépenses promotionnelles et 1 million pour la formation de personnel dédié,
- 1,7 millions pour le développement d'éléments de réseaux liés à la Voice Vocal Mail spécifique à l'iPhone,
- des dépenses liées au développement de brevets.

181. Toutefois, les sommes reversées à Apple au titre du partage de revenu sur les consommations générées par l'iPhone 2G ne peuvent être analysées comme des investissements spécifiques puisqu'il s'agit de revenus et qu'ils présentent par définition un caractère variable. Par ailleurs, le subventionnement des terminaux est, comme il a été dit

plus haut, une pratique courante, qui n'est pas spécifique à l'iPhone. L'argument selon lequel l'exclusivité permettrait un niveau de subvention plus important sera discuté ci-dessous.

182. Les investissements pouvant être considérés comme spécifiques à l'iPhone, consentis au titre de la publicité, de la formation de personnel dédié et des développements techniques nécessaires à l'adaptation du réseau aux fonctionnalités de l'iPhone, doivent être mis en regard de la durée nécessaire à leur amortissement. En l'espèce, les sommes avancées, soit 16,5 millions, dont une partie a été investie pour le lancement de l'iPhone 2G, apparaissent relativement faibles en comparaison du chiffre d'affaires qu'Orange tire de la vente des iPhones et des forfaits qui lui sont associés. Ces revenus n'ont pas été précisés par Orange mais on peut noter que les 301 000 iPhones d'ores et déjà vendus du 18 juillet au 5 novembre 2008 représentent pour Orange des revenus garantis de l'ordre de 177 millions d'euro si le montant moyen des forfaits souscrit est de 49 euro avec un engagement de 12 mois, somme à laquelle s'ajoutent les revenus liés à la vente des coffrets, soit 222 millions au total si le revenu moyen est de 149 euro par coffret.

183. Il faut donc mettre en balance d'une part un montant d'investissement spécifique de 16,5 millions d'euro adossé à une exclusivité de cinq ans, si Apple ne fait pas jouer la clause de sortie au bout de trois ans, et d'autre part, un chiffre d'affaires de 222 millions d'euro d'ores et déjà garanti avec les ventes faites en trois mois et demi. Cette comparaison établit clairement la disproportion entre le montant de l'investissement consenti et la durée de l'exclusivité.

184. Les représentants d'Orange ont soutenu en séance que les investissements spécifiques ne devaient pouvoir être rentabilisés que par les seuls revenus liés à l'exclusivité, c'est-à-dire les revenus des ventes qui auraient été faites par les concurrents si Orange n'avait pas bénéficié de l'exclusivité, soit seulement la moitié des ventes effectives compte tenu des parts de marché des différents opérateurs. Ce raisonnement ne peut être retenu dans la mesure où l'analyse concurrentielle a pour objet de rechercher si les atteintes à la concurrence peuvent être justifiées par le fait que la commercialisation du produit nécessite des investissements spécifiques, qui sans l'exclusivité, ne pourraient être amortis. Il ne s'en déduit pas que ces investissements spécifiques ne peuvent être amortis que par les revenus tirés de l'atteinte à la concurrence.

185. Par ailleurs, la notion de risque mise en avant par Orange ne peut être distinguée de celle liée aux investissements spécifiques au lancement du produit.

186. Il doit encore être noté que ce risque était en l'espèce très relatif dans la mesure où, si Apple était un nouvel entrant sur le marché des terminaux mobiles, il détenait une marque mondiale dont la notoriété n'est pas débattue (cf. ci-dessus paragraphe 153) et que les produits électroniques qu'il lance depuis quelques années connaissent un succès considérable. Comme cela a déjà été mentionné ci-dessus, l'iPhone était très attendu au moment des négociations intervenues entre Apple et Orange.

187. En second lieu, Orange et Apple avancent que l'engagement contractuel de France Telecom de subventionner les iPhones de manière substantielle, dans une proportion supérieure à ce qui est pratiqué pour les autres terminaux, bénéficie aux consommateurs : il serait rendu possible par l'exclusivité.

188. Apple et Orange ont, en effet, contractuellement organisé la subvention des iPhones pour qu'elle soit supérieure à celle des autres terminaux d'au moins 20 % : elle se situe à un niveau moyen de 310 euro (cf. ci-dessus au paragraphe 65).

189. Il est néanmoins possible de s'interroger sur le lien de causalité entre l'exclusivité et le niveau de la subvention. Le fait qu'un fabricant accorde à un opérateur réseau une exclusivité sur son produit l'expose au risque que cet opérateur commercialise ce produit à un prix de monopole. Les clauses fixant un montant minimum de subvention constituent dans ce contexte un moyen, pour le fabricant, d'imposer un prix de revente maximum. C'est donc l'exclusivité et l'absence de concurrence qui justifient que le fabricant fixe le niveau de la subvention pour se prémunir d'un risque de prix de revente au consommateur trop élevé. Il n'est pas démontré que l'absence d'exclusivité, et donc le libre jeu de la concurrence sur le prix de vente au consommateur, ne permette pas d'arriver à un résultat similaire.

190. Une autre justification pourrait consister en ce que la vente de l'iPhone associé aux services du seul opérateur Orange permette de retirer des consommateurs un montant maximum de surplus servant ensuite à financer une subvention élevée. Il serait instructif de pouvoir comparer les niveaux de subvention offerts, d'une part par un opérateur en monopole et, d'autre part, de façon concurrentielle. Plusieurs types de données pourraient théoriquement être utilisées pour cette comparaison.

191. Il est toutefois très difficile de comparer les prix de vente aux consommateurs des terminaux et donc de comparer les prix des terminaux vendus avec et sans exclusivité. En effet, comme cela a déjà été exposé plus haut, les consommateurs font l'acquisition d'un bien système, composé d'un terminal et d'un forfait téléphonique. Les considérations qui déterminent les opérateurs à attirer le consommateur sur l'un des éléments plutôt que l'autre ne sont pas connues. Les représentants d'Orange ont ainsi souligné en séance, à juste titre, que les comparaisons internationales n'étaient pas éclairantes, dans la mesure où, dans certains pays, les terminaux sont usuellement peu subventionnés et où dans d'autres, ils le sont beaucoup. Surtout, la comparaison des prix d'achat des coffrets n'a pas de sens si on ne met pas en regard les forfaits auxquels ces prix sont associés. Le tableau fourni par Orange et reproduit au paragraphe 33 montre toutefois que les terminaux vendus par un seul opérateur ne bénéficient pas d'un niveau de subvention supérieur à ceux qui sont offerts par plusieurs opérateurs en concurrence. Bien entendu, pour être parfaitement rigoureuse, cette comparaison devrait intégrer les caractéristiques des forfaits accompagnant les terminaux. Toutefois, il résulte de cette comparaison que lorsque deux ou trois opérateurs proposent le même terminal associé à leurs services, ils se livrent à une concurrence "par les subventions" qui aboutit à des niveaux de subventionnement souvent plus élevés que lorsqu'un terminal est offert en monopole. Cette constatation ne valide donc pas la thèse selon laquelle l'exclusivité permet de subventionner l'iPhone à un niveau supérieur à celui des terminaux vendus en concurrence et permettrait d'accélérer la pénétration d'un nouveau modèle de terminal.

192. En tout état de cause, le Conseil retient qu'Apple elle-même explique qu'elle ne souhaite plus accorder d'exclusivités (54) : "les droits spéciaux accordés à certains opérateurs, dont celui liant Orange à Apple pour l'iPhone en France, sont donc résiduels mais ne correspondent pas à un modèle absolu et nécessaire pour Apple, qui bien au contraire, désire ne plus en accorder de nouveaux dans la configuration actuelle". L'exclusivité accordée dans un premier temps à certains opérateurs était la contrepartie de la rétrocession de 30 % demandée initialement par Apple à certains opérateurs mais n'est plus justifiée depuis qu'Apple a abandonné ce modèle de partage de revenus.

193. Ainsi, les éléments réunis à ce stade de l'instruction sont susceptibles de démontrer que l'atteinte à la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile résultant de l'exclusivité n'est pas compensée par des gains d'efficacité au bénéfice des consommateurs. Dans cette mesure, l'exclusivité dénoncée est susceptible de contrevenir aux articles 81 du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

194. Il est rappelé que cette exclusivité est organisée par un ensemble de clauses contenues dans les contrats conclus entre Apple et Orange ainsi que par les contrats de distribution conclus entre Apple et les distributeurs agréés, d'une part et Orange et les distributeurs agréés, d'autre part. Ces clauses, présentées ci-dessus aux paragraphes 136 à 139, sont toutes visées par le paragraphe précédent.

195. Il convient, par ailleurs, de relever, à ce stade de l'instruction, que les interdictions de ventes croisées sont également susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile, en violation des articles 81 du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

2. SUR LES AUTRES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE ACCOMPAGNANT LA DISTRIBUTION DE L'IPHONE

a) Sur les prix de vente imposés

196. La société Bouygues Telecom soutient dans sa saisine que les prix de vente au détail de l'iPhone sont imposés aux distributeurs agréés.

197. Les sociétés Apple et Orange font valoir qu'aucun contrat n'évoque l'existence d'un prix minimal imposé, et que le prix de revente des iPhones aux utilisateurs finaux est librement fixé par les revendeurs agréés. Apple explique que la distribution est organisée par Orange, "grossiste exclusif des iPhones" et qu'aucun mécanisme de surveillance des prix au détail et de remontée d'informations sur les prix n'est organisé dans le cadre de la distribution sélective. Enfin elles estiment que la preuve d'une application significative par les revendeurs de prix éventuellement souhaités par Apple n'est pas apportée.

198. Il ressort en effet de l'examen des contrats qu'aucune stipulation n'impose aux distributeurs agréés le respect de prix minimum conseillés par Orange. Les contrats de distribution entre Orange et les distributeurs prévoient au contraire (55) que les revendeurs restent libres de déterminer le prix de revente des iPhones 3G. Seul le respect d'un prix de revente maximum communiqué par Orange est prévu (clause 5.11 des contrats de distribution entre Orange et les distributeurs).

199. Par ailleurs, l'annexe 1 au contrat type entre les distributeurs et Orange prévoit que les revendeurs adressent des rapports de vente à Apple. Ces rapports ne portent toutefois que sur les volumes de vente et excluent toute remontée d'information sur les prix de vente. Sous réserve des éléments qui pourront être apportés au cours de l'instruction au fond, aucune pratique de prix de vente imposés n'a pu donc être mise à jour au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoire.

b) Sur le critère de sélection qui impose aux revendeurs agréés de vendre au moins 30 % de baladeurs numériques "iPod"

200. Parmi les critères de sélection des distributeurs agréés de l'iPhone tels qu'ils ont été reproduits ci-dessus au paragraphe 75, figure l'obligation de vendre des iPods, des Macs Apple et de services et produits de téléphonie mobile de l'Opérateur de Réseau en France, c'est-à-dire Orange, et de réaliser au moins 30 % de son chiffre d'affaires en lecteurs MP3 avec des iPods d'Apple (clause 1.5).

201. Cette clause est justifiée par Apple par le souci de s'assurer que les distributeurs d'iPhones sont familiers des produits Apple. Toutefois, comme le montre la lecture de

l'ensemble des critères alternatifs relatifs à la personne morale du revendeurs, reproduits ci-dessus au paragraphe 75, Apple prévoit la possibilité d'agréeer des distributeurs ne vendant, dans la gamme des produits Apple, que des iPhones. Les clauses 1.2 et 1.3. visent en effet des distributeurs spécialisés dans la téléphonie mobile, monomarque Orange ou multimarques sans leur imposer de vendre des produits Apple. C'est d'ailleurs le cas du premier distributeur agréé, Orange avec les boutiques Orange.

202. Compte tenu de la position détenue par Apple sur le marché des baladeurs numériques, il ne peut être exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que cette clause puisse être contraire aux dispositions des articles 81 et 82 du traité CE, ainsi que des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

E. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

1. LES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDÉES PAR BOUYGUES TELECOM

203. La société Bouygues Telecom sollicite, à titre conservatoire, qu'il soit enjoint à Orange France, France Telecom et Apple, une série de mesures de nature, selon elle, à faire cesser l'atteinte grave qu'elle dénonce. Elle demande au Conseil :

- "d'enjoindre aux sociétés Apple, France Telecom, et Orange France de ne plus contraindre les distributeurs du terminal iPhone 3G à associer le service Orange à la vente de l'iPhone 3G lorsque celui-ci est vendu avec un service de téléphonie mobile ;
- d'enjoindre aux sociétés France Telecom et Orange France d'obliger les boutiques France Telecom et les distributeurs du réseau Orange à offrir à la vente l'iPhone 3G nu, indépendamment de tout service de téléphonie ;
- d'enjoindre à la société Apple Europe d'intégrer Bouygues Telecom à son réseau de distribution au même titre qu'Orange en tant que "network operator" et revendeur sur la base de critères qualitatifs objectifs et non discriminatoires et dans l'attente de ces critères ;
- d'enjoindre à la société Apple Europe de faire droit aux demandes de livraison de terminaux iPhone 3 G de Bouygues Telecom à des tarifs non discriminatoires par rapport aux autres revendeurs ;
- d'enjoindre au groupe Apple de maintenir l'absence de siglage des mobiles par Orange ;
- d'interdire aux sociétés Apple Europe, France Telecom et Orange France les pratiques de prix imposés portant sur les ventes de terminaux iPhone 3 G ;
- d'interdire aux sociétés Apple Europe, France Telecom et Orange France toute restriction à la liberté de vente, tant active que passive, des distributeurs ;
- d'interdire aux sociétés Apple Europe, France Telecom et Orange France toute restriction aux échanges entre États membres ".

2. SUR L'ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE À L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE, À CELLE DU SECTEUR, AUX INTÉRÊTS DES CONSOMMATEURS ET À L'ENTREPRISE PLAIGNANTE

204. L'article L. 464-1 du Code de commerce donne au Conseil le pouvoir de "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 du consommateur ou à l'entreprise plaignante [...] Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence".

205. Selon Bouygues Telecom, les pratiques dénoncées auraient des effets préjudiciables sur la concurrence intramarque et intermarques sur le marché des smartphones et affecterait la concurrence sur le marché des services de téléphonie. Elle affirme que les pratiques dénoncées porteraient atteinte à l'intérêt des consommateurs, qui seraient privés de la possibilité de bénéficier d'une offre plus concurrentielle auprès d'un autre opérateur qu'Orange. Ces consommateurs subiraient également un préjudice en raison du coût élevé du "désimlockage".

206. Apple estime qu'il n'existe pas de risque qu'une éventuelle généralisation d'accords de partenariat exclusif entraîne un effet cumulatif de verrouillage ou d'éviction de certains opérateurs de l'internet mobile dans la mesure où "l'exclusivité s'impose au constructeur et non à l'opérateur de télécommunications, le nombre de constructeurs de terminaux mobiles dépasse largement le nombre d'opérateurs de télécommunications sur le marché". Elle ajoute qu'il n'est pas envisageable de penser que l'accord dénoncé aurait pour effet de conduire au monopole d'Orange sur le segment de l'internet mobile dans la mesure où SFR est actuellement le leader sur ce segment. Pour Orange, la concurrence intra marque n'est pas affectée par les pratiques dénoncées dans la mesure où plus de 1 300 points de vente commercialisent l'iPhone. Ensuite elle indique que la concurrence inter marque est très vive. Enfin, elle estime que l'hypothèse selon laquelle le partenariat aurait pour effet d'induire un développement des contrats exclusifs n'est pas démontrée.

207. Apple considère que la liberté de choix des consommateurs n'est pas restreinte dans la mesure où il reste possible d'acheter un iPhone nu et de choisir son opérateur et que la subvention accordée par Orange permet en réalité aux consommateurs d'acquérir l'iPhone 3G à un prix avantageux. Enfin, elle estime que la mise en place du système de distribution sélective a permis aux consommateurs "de découvrir et de se familiariser avec l'iPhone 3G "et de former des vendeurs spécialisés. Orange considère qu'aucune atteinte ne peut être imputée aux conditions de ventes et de désimlockage des iPhones nus. Elle observe en particulier que l'iPhone a démocratisé le smartphone pour le grand public et estime que ce résultat est le fait de l'opérateur autant que du constructeur.

208. Il ressort de l'analyse concurrentielle faite ci-dessus que l'exclusivité obtenue par Orange en tant qu'opérateur de réseau pour l'iPhone, verrouillée par les conditions faites aux distributeurs, est de nature, du fait de sa durée et de son étendue, ainsi que de l'attractivité de l'iPhone, à renforcer la position prééminente d'Orange sur le marché des services de téléphonie mobile et à affaiblir directement la concurrence que se font les opérateurs sur ce marché. Cette exclusivité est donc de nature à porter une atteinte grave au marché des services de téléphonie mobile et donc aux consommateurs.

209. Il a en particulier été discuté ci-dessus l'argument selon lequel la possibilité laissée aux consommateurs de faire déverrouiller l'iPhone contre le paiement, à Orange, d'une somme de 100 euro, relativisait la portée de l'exclusivité. Ce contournement de l'exclusivité ne peut rester que marginal et ne peut modérer l'atteinte portée au marché et aux consommateurs.

210. L'atteinte portée est d'autant plus grave que le Conseil, comme l'Arcep et comme la Commission européenne, ont déjà eu à plusieurs reprises l'occasion de déplorer un déficit de concurrence sur le marché de la téléphonie mobile (cf. les développements ci-dessus et l'avis du Conseil n° 08-A-16 du 30 juillet 2008). Or, au moment où le développement de l'Internet mobile et le lancement d'offres illimitées d'échange de données par les opérateurs

pourrait animer le marché, l'exclusivité d'Orange sur l'iPhone est de nature à introduire un nouveau facteur de rigidité ciblé sur ce nouveau segment du marché. Cet effet est 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.

211. L'annonce récente par SFR de la conclusion de partenariats avec deux constructeurs, Blackberry et HTC, ne conduit pas le Conseil à relativiser les effets de l'exclusivité d'Orange sur le marché. Au contraire, cette riposte confirmerait, s'il était avéré que les exclusivités négociées par SFR dépassaient quelques mois, le risque d'effet cumulatif du type de partenariat mis en cause, qui amènerait les opérateurs à se différencier aussi par les modèles de terminaux offerts et favoriserait un cloisonnement vertical du marché. Une telle évolution aurait pour effet de réduire encore la concurrence entre opérateurs sur les prix, sur la qualité des réseaux et des infrastructures, comme sur la qualité des services clients. Elle est aussi de nature à accroître encore les coûts de changements d'opérateurs mobiles. Par exemple, l'iPhone fonctionne sous un système d'exploitation spécifique (Mac OS X). Les applications téléchargées et achetées sur l'App Store, ainsi que la musique achetée sur l'iTunes Store (avec DRM) ne peuvent être transférées sur un autre smartphone fonctionnant sous un autre système d'exploitation. Ainsi, les coûts de changement spécifiques au marché des télécommunications sont aggravés par les coûts de changement propres aux smartphones, liés à l'absence d'interopérabilité des systèmes d'exploitation qui a pour conséquence que les consommateurs ne peuvent changer de marque de smartphone sans perdre leur bibliothèque musicale ou les applications qu'ils ont pu acheter. Les effets de réseau à l'œuvre dans tous ces domaines désormais interconnectés renforcent l'attractivité des opérateurs déjà puissants.

212. Une telle structuration du marché ne peut se faire qu'au détriment de l'opérateur qui détient la part de marché la plus faible, celui-ci étant par nature l'opérateur le moins attractif pour les constructeurs. Il existe donc bien un risque d'exclusion de Bouygues Telecom à terme, si ce type d'exclusivité se généralisait.

213. S'agissant du caractère immédiat de l'atteinte, il convient de prendre en compte l'importance des ventes d'iPhone depuis son lancement sur le marché. Orange a annoncé en séance que 301 000 iPhones avaient été vendus au 5 novembre 2008. De plus, comme le rappelle l'Arcep dans son avis, les ventes de coffrets de téléphonie sont particulièrement dynamiques pour la période des fêtes de fin d'année : "la période des fêtes de fin d'année est une période charnière pour les opérateurs mobiles comme l'atteste le nombre de numéros mobiles portés à cette période. En effet, depuis le lancement de la portabilité des numéros mobiles dite en simple guichet (le 21 mai 2007), on constate un pic du nombre de numéros mobiles portés au mois de décembre 2007 (environ 150 000 numéros portés), soit environ 60% de plus que les mois précédents. Par conséquent, on peut estimer que pour les fêtes de fin d'année 2008, la combinaison du caractère saisonnier du marché du terminal et l'explosion du marché du smartphones pourra avoir un effet cumulé important pour les opérateurs".

214. Or, non seulement la prépondérance des offres avec engagement de durée a déjà été notée de façon globale, mais celle-ci est encore plus marquée s'agissant de terminaux dont les prix hors subvention sont relativement élevés. Le prix de base actuel de l'iPhone, soit 99 euro, est associé à un engagement de 24 mois. Il est donc probable qu'une part très importante des acquéreurs d'iPhone s'engagent pour 12 ou 24 mois, ce qui confère une certaine irréversibilité à l'atteinte au marché.

215. L'exclusivité, cause directe et certaine de l'atteinte, a été conférée à Orange par Apple en octobre 2007, pour la commercialisation de l'iPhone 2G. La mise sur le marché de l'iPhone 3G a bénéficié du même partenariat. A la date de la présente décision, la durée de l'exclusivité s'élèvera en conséquence à 14 mois pour l'iPhone 2G et 5 mois pour l'iPhone 3G. Au regard des justifications apportées par Orange et Apple, il n'est donc pas disproportionné d'ordonner, à titre conservatoire, la suspension de cette exclusivité jusqu'à ce que le Conseil se soit prononcé au fond.

216. En revanche, dans l'hypothèse où Apple s'apprêterait, avant que l'instruction au fond ne soit achevée, à mettre sur le marché de nouveaux modèles d'iPhone, cette suspension ne devrait pas interdire une exclusivité "de première présentation" dans la limite de ce qui est habituellement constaté sur le marché, soit trois mois. Il a, de plus, été vu ci-dessus, que le chiffre d'affaires garanti à l'opérateur par trois mois d'exclusivité était déjà d'un ordre de grandeur considérable en comparaison des investissements spécifiques avancés par Orange pour le lancement d'un nouveau modèle (cf. ci-dessus au paragraphe 183).

Décision

Article 1er : Il est enjoint à Apple Sales International, à Apple Inc. et à France Telecom, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre, dès la notification de la présente décision, l'application pour la France des stipulations faisant d'Orange l'opérateur mobile exclusif pour les produits iPhone. Il leur est également enjoint de ne pas introduire dans les éventuels contrats qui seraient conclus pour la commercialisation des futurs modèles d'iPhone des exclusivités de même nature d'une durée supérieure à trois mois. La première injonction a pour effet de suspendre :

- l'article 2-1 a) et la mention France à l'annexe 1) du contrat signé le 12 octobre 2007, "contrat portant sur les conditions clés" ;
- l'article 3.1 a) du premier avenant à ce contrat signé le 15 mai 2008.

Article 2 : Il est enjoint à Apple Sales International, à Apple Inc. et à France Telecom, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre, dès la notification de la présente décision, l'application des stipulations désignant Orange en qualité de grossiste habilité à titre exclusif à acheter des produits Iphone à des fins de distribution. Cette injonction a pour effet de suspendre l'article 5.1 de l'annexe 3, "modèle d'Addendum Pays Agréé - France" du premier avenant, en date du 15 mai 2008, au contrat de distribution signé le 12 octobre 2007.

Article 3 : Il est enjoint à France Telecom, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre, dès la notification de la présente décision, l'application des stipulations de l'article 3 des contrats de distribution signés avec les distributeurs multimarques en France qui impose au distributeur de ne se fournir qu'"exclusivement et directement auprès d'Orange. Le revendeur ne pourra acheter les Produits autorisés auprès d'autres sources d'approvisionnement sans l'accord écrit et préalable d'Orange, et devra les revendre exclusivement dans les points de vente autorisés situés sur le territoire [la France]." et de l'article 5.4 des mêmes contrats de distribution selon lesquelles "le revendeur ne commercialisera pas les terminaux dans une offre de téléphonie qui n'est pas celle d'Orange. Nonobstant ce qui vient d'être précisé, le revendeur pourra vendre des terminaux nus mais dont la carte SIM sera bloquée sur le réseau Orange".

Article 4 : Il est enjoint à Apple Sales International, et à Apple Inc. à titre conservatoire et

dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre, dès la notification de la présente décision, l'application des clauses suivantes inscrites dans le contrat de distribution sélective conclus avec les distributeurs agréés en France :

- la clause 2.2 obligeant chaque point de vente à offrir à la vente la gamme complète de services de téléphonie mobile pour iPhone de chaque opérateur de réseau agréé à l'intérieur du territoire de distribution sélective et à être en mesure d'activer ces services ;
- toute référence à l'"Opérateur de réseau" en ce qu'il vise exclusivement Orange.

Notes :

1 Répartition en volume du parc de clients mobiles, source Orange, cote 3857.

2 Magazine SVM, novembre 2008, cotes 3082-3083.

3 Cote 5001.

4 ("Apple représente 17,3% du marché, contre 38,9% pour le Finlandais, RIM est troisième avec 15,2%") : <http://www.macplus.net/magplus/depeche-20428-l-iphone-et-mac-os-x-mobile-deuxieme>, <http://www.canalys.com/pr/2008/r2008112.htm>)

5 La Tribune, 10/11/2008, "L'iPhone devient le portable le plus vendu aux États-Unis".

6 En France, le 28 septembre 2008, Orange avait également vendu 151 863 iPhones 2G dont 12 000 clients ont un forfait de la gamme entreprise.

7 Procès verbal Apple.

8 Cote 1744.

9 Cotes 1736 et 1737, Confortique magazine, mars 2008.

10 Procès verbal d'audition FNAC.

11 Cf. contrat clé entre Orange et Apple : "key terms agreement".

12 Apple, courrier du 24 octobre 2008, cote 1612 et s..

13 Clause 2.1.a.

14 Article 3 de l'Annexe 3 du contrat "key terms agreement".

15 Clause 7.6.a.

16 Observations p. 45.

17 Cote 3472.

18 Appendice 1 de l'annexe 3 "Subventions moyennes en France", cote 3481.

19 Cote 3518.

20 L'article 5.2 du contrat "Orange sera seule responsable de la fixation du prix auquel elle facture ses clients lors de la distribution des Produits Agréés, sous la seule réserve des stipulations du présent. Dans les limites autorisées par les lois et réglementations applicables, pour les Produits Agréés vendus sans offre de Services Orange, le prix de vente maximum de tout Produit Agréé sera le Prix de Gros majoré de 8,5 %. Si Orange estime que le présent Article 3.10 est contraire aux lois ou réglementations applicables. Orange en informera Apple sans délai. Aux fins du présent Article, "Prix de Gros" désigne le prix facturé par Apple ou une Société Affiliée d'Apple à Orange ou à une Société Affiliée d'Orange au titre d'un Produit Agréé spécifique".

21 "Orange vendra les Produits Agréés aux Points de Vente Agréés selon des dispositions et conditions non discriminantes, de manière à ne pas avantager injustement les Points de Vente Agréés détenus par Orange par rapport aux Points de Vente Agréés de tiers. Sans limiter la portée de ce qui précède. Orange sera seule responsable de l'allocation des Produits Agréés livrés par Apple aux Points de Vente Agréés et devra le faire de manière non discriminante."

22 Cote 3518.

23 Cotes 3528 et suivantes.

24 Cotes 1620 et suivantes.

25 Annexe 3 du courrier du 28 octobre 2008, cotes 2533 et suivantes.

26 Procès-verbal d'audition de la société Orange du 2 octobre 2008, cote 797.

27 Cote 4852.

28 Cote 3862.

29 Cote 2651.

30 Clause 5.11 du contrat de distribution entre Orange et les revendeurs indépendants.

31 Article 2 du contrat entre Orange et les distributeurs.

32 Article 5.8 du contrat entre Orange et les distributeurs.

33 Répartition en volume du parc de clients mobiles, source Orange.

34 Etude de marché réalisée par le cabinet Tera consultants sur la base des données transmises par l'institut GFK.

35 Décisions de la Commission Nokia/Trolltech du 4 juin 2008 et Nokia/Navteq du 2 juillet 2008.

36 p. 37 des observations de la société Apple.

37 11 juillet 2008 aux Etats-Unis et 18 juillet 2008 en France.

38 Commission n°COMP/M.1760 du 20 décembre 1999, Mannesmann/Orange ; lettres du ministre SFR- Somart/Débitel du 23 novembre 2007 et France Telecom/CET du 4 janvier

2008.

39 Article du 18/11/2008 sur le site www.lefigaro.fr

40 Clause 2.2 des critères d'agrément du contrat signé entre Apple Sales International et la FNAC, cote 1639.

41 Article 5.4 du contrat entre Orange et les distributeurs.

42 Article 2 du premier avenant au contrat de distribution Orange/Apple du 12 octobre 2007, cote 3516.

43 Articles 5.1 et 5.2 de l'"Addendum Pays Agréé-France", cote 3526.

44 Article 5.3 du premier avenant au contrat de distribution Orange/Apple du 12 octobre 2007, cote 3518.

45 Article 2 du contrat entre Orange et les distributeurs.

46 Article 5.8 du contrat entre Orange et les distributeurs.

47 paragraphe 21 des lignes directrices 2000/C291/01 du 22 octobre 2000.

48 paragraphe 109 des lignes directrices 2000/C291/01 du 22 octobre 2000.

49 paragraphe 71 des lignes directrices 2000/C291/01 du 22 octobre 2000.

50 Conclusions de la table ronde entre opérateurs et consommateurs du 27 septembre 2005, cote 54.

51 Questionnaire SFR p. 7.

52 Cote 5155 et 5156.

53 paragraphe 174 des lignes directrices 2000/C291/01 du 22 octobre 2000.

54 p. 45 des observations du 3 novembre 2008.

55 Clause 5.11 du contrat de distribution entre Orange et les revendeurs indépendants.