Zeitschrift: Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales

Herausgeber: Société d'Etudes Economiques et Sociales

Band: 68 (2010)

Heft: 2: Et le gagnant est : la créativité! ; De la fragilité à la stabilité

Artikel: Règles de concurrence, clauses d'exclusivité et sécurité juridique : le cas de l'iphone

Autor: Marty, Frédéric

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-283572

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

RÈGLES DE CONCURRENCE, CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ ET SÉCURITÉ JURIDIQUE: LE CAS DE L'IPHONE

Frédéric Marty[1]
GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis. OFCE – Sciences Po. Paris
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

> La suspension de l'exclusivité négociée entre Apple et Orange pour l'iPhone par les autorités de la concurrence françaises, dans le cadre de mesures conservatoires, s'est traduite par la mise en œuvre d'une procédure d'engagements par laquelle les deux parties ont renoncé aux clauses contractuelles contestées. Le désaveu ensuite signifié par la Cour de cassation conduit à s'interroger sur les critères utilisés pour jauger de la compatibilité des clauses d'exclusivité au profit d'opérateurs puissants sur le marché avec les règles de concurrence et par extension sur les risques juridiques auxquels ces derniers sont exposés.

Mots-clés: iPhone, clauses d'exclusivité, opérateur dominant, défense sur la base de l'efficience, sécurité juridique.

Apple, dans le cadre du lancement de l'iPhone, a mis en œuvre un ensemble de stratégies de nature juridique (Roquilly, 2009) visant à protéger son innovation et à garantir la rentabilité de ses investissements. Outre, une stratégie pour le moins offensive en matière de droits de propriété intellectuelle visant à prévenir le développement de terminaux concurrents, Apple mit en œuvre dans certains pays[2] des mécanismes de double exclusivité (exclusivité de distribution et exclusivité d'accès au réseau) avec de grands opérateurs de téléphonie mobile. De tels mécanismes de distribution exclusive doivent permettre de sécuriser tant les investissements du fabricant de terminaux que ceux du distributeur. Ils permettent également d'aligner les intérêts des deux parties, en donnant au distributeur les incitations idoines pour assurer la promotion du produit, sur lequel il jouit d'une exclusivité. La théorie économique se caractérise cependant par des positions pour le moins partagées quant aux effets des dites clauses. Si jusqu'aux années soixante-dix, l'approche traditionnelle «structuraliste»

1 L'auteur remercie chaleureusement Patrice Bougette, Julien Pillot et Patrice Reis (GREDEG-Université de Nice Sophia-Antipolis) et Anne-Lise Sibony (Université de Liège), pour leurs commentaires sur une version antérieure de cet article, toute erreur ou imprécision demeure de sa plus entière responsabilité.

2 Relevons en Europe, le contre-exemple de l'Italie où l'iPhone a été d'emblée commercialisé tant par Vodafone que par Telecom Italia.

considérait qu'il s'agissait d'entraves à la concurrence devant être interdites per se, l'Ecole de Chicago réhabilita ensuite ces clauses eu égard à leurs effets sur les incitations à l'investissement. Si le balancier alla assez loin en matière de tolérance de ces dernières, notamment aux Etats-Unis, les travaux de la nouvelle économie industrielle, fondés sur des modèles de théorie des jeux, montrèrent dès depuis les années quatre-vingt, que les effets réels de ces dispositifs contractuels s'avèrent des plus divers en fonction des conditions concrètes de marché. Ce faisant, il est recommandé aux autorités en charge de l'application du droit de la concurrence de mettre en œuvre des approches au cas par cas, visant à établir in concreto la balance entre effets anticoncurrentiels et gains d'efficience.

Cette analyse des effets économiques des clauses, selon une règle de raison, constitue la logique suivie par les autorités de la concurrence de l'Union européenne, tant au niveau communautaire qu'à celui des Etats membres. L'approche suivie par les autorités de la concurrence françaises (le Conseil de la Concurrence jusqu'au début de l'année 2009, puis l'Autorité de la Concurrence) s'avère plus pragmatique que celle développée par la Commission dans la mesure où elle ne conduit pas à considérer de telles clauses comme anticoncurrentielles dès lors qu'elles sont conclues au profit d'un opérateur dominant sur le marché.

Or, le titulaire de l'exclusivité dans le cas français était Orange, opérateur, sinon dominant sur le marché de la téléphonie mobile, du moins puissant avec une part de marché de plus de 40%. Or, le marché français, en l'attente d'une quatrième licence, aujourd'hui accordée à Illiad (Free), se caractérise par un oligopole étroit. Orange, filiale de France Télécom n'est concurrencée que par SFR (groupe Vivendi) lequel détient une part de marché de plus de 30 % et par Bouygues Télécom dont la part de marché s'établit autour de 17 %. Les autorités de la concurrence françaises ont déjà eu l'occasion de sanctionner les membres de cet oligopole pour échanges d'informations (de nature à soutenir un équilibre de collusion implicite) et à déplorer la faible intensité de la lutte concurrentielle sur ce marché.

Le problème potentiel posé par l'exclusivité d'Orange sur l'iPhone tenait au risque de renforcement de la puissance de marché de l'opérateur dominant, et de façon indirecte d'éviction de l'opérateur le moins puissant sur le marché, en l'occurrence Bouygues Télécom. Ce risque pouvait apparaître comme d'autant plus grand que SFR s'engageait de son côté dans de mêmes accords d'exclusivité avec d'autres constructeurs, faisant craindre une marginalisation définitive de Bouygues. En effet, l'attractivité des terminaux de type smartphone dépend en très grande partie d'effets de club liés notamment au développement d'applications. Il est d'autant plus intéressant pour des développeurs d'élaborer des applications pour un terminal donné que ce dernier compte le plus grand nombre de possesseurs. De la même façon, il est plus intéressant pour les constructeurs de terminaux de conclure des accords d'exclusivité avec les opérateurs les plus importants de chaque marché. A ce jeu, un opérateur marginal risque de n'apparaître guère attractif et de se voir progressivement exclu du marché. En outre, pour un consommateur donné qui a opté pour un iPhone, le coût à terme de changement d'opérateur (et de constructeur de terminal) risque d'être d'autant plus significatif qu'il risque de perdre sa bibliothèque numérique téléchargée sur la plateforme de téléchargement en ligne iTunes. Cette élévation des coûts de changement (switching costs) risque encore à terme de réduire la concurrence sur le marché. Une issue possible de cette dynamique pourrait être l'apparition (ou la consolidation) d'un modèle de silos fondé sur un cloisonnement vertical du marché (Pillot, 2010). Ce modèle existe déjà par des exclusivités

portant sur les contenus (droits de diffusions de contenus audiovisuels, notamment sportifs), il pourrait être consolidé en aval avec les exclusivités portant sur les terminaux.
Les mesures conservatoires prononcées en décembre 2008 par le Conseil de la Concurrence français, suspendant l'exclusivité conclue entre Orange et Apple participe donc de cette logique de prévention d'un risque sur la structure de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile. A l'automne 2009, les deux partenaires s'engagèrent dans une procédure d'engagements, permettant de mettre un terme aux poursuites (et donc d'éviter une décision sur le fond) moyennant l'acceptation par l'Autorité de la Concurrence de propositions de mesures correctives de nature à répondre aux préoccupations de concurrence formulées dans les griefs communiqués aux parties. Tant Apple qu'Orange renonçaient alors à l'exclusivité sur l'iPhone, laquelle n'était d'ailleurs plus qu'un vieux souvenir depuis le début de l'année 2009, du fait des mesures conservatoires enjoignant les parties à suspendre leur accord.
Ainsi, alors que la décision de l'Autorité de la Concurrence française n°10-D-01 du 11 janvier 2010 acceptant et rendant obligatoires les engagements pris par Orange et Apple semblait mettre un point final à l'affaire de l'exclusivité de l'iPhone, Orange ayant même dû accepter dans le cadre de la discussion avec l'Autorité d'exécuter ses engagements quelle que soit l'issue de son pourvoi, la Cour de Cassation a sèchement désavoué la décision du Conseil de la Concurrence n° 08-MC-01 du 18 décembre 2008, confirmée par l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 4 février 2009, qui avait suspendu, au travers de mesures conservatoires, ladite exclusivité.
Il s'agit dans cet article d'analyser les décisions et arrêts des autorités de la concurrence française dans le cadre de l'affaire iPhone pour nous attacher aux critères d'appréciation effectivement mis en œuvre pour jauger de l'impact de clauses d'exclusivité sur la concurrence notamment dans le cadre de procédures mesures conservatoires. Il s'agit enfin de s'interroger sur la sécurité juridique des parties, notamment quand il s'agit d'opérateurs puissants sur le marché, lorsqu'elles s'engagent dans des procédures négociées avec les autorités de la concurrence, en l'occurrence la procédure d'engagements.
L'analyse des différentes étapes de ce contentieux (I.) conduit, d'une part, à s'attacher au traitement par les autorités de la concurrence des clauses d'exclusivités mises en œuvre par des opérateurs dotés d'une puissance de marché et notamment sur les critères effectivement appliqués pour écarter une éventuelle défense fondée sur un argument d'efficience (II.) et, à s'interroger, dans le cadre de notre conclusion, sur le degré de sécurité de juridique caractérisant de telles procédures (III.).

I. D'UNE PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS FAISANT SUITE AU PRONONCÉ DE MESURES CONSERVATOIRES À UNE CASSATION DE CES DERNIÈRES

La Cour de Cassation a donc annulé un arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui avait lui-même confirmé une décision du Conseil de la Concurrence enjoignant Orange et Apple à suspendre les exclusivités dont jouissait l'opérateur sur les terminaux iPhone. Orange était à la fois opérateur de réseau exclusif et grossiste exclusif pour l'iPhone 2G et l'ensemble de ses successeurs. Dans sa décision n° 08-MC-01 du 18 décembre 2009, le Conseil avait considéré que la durée exceptionnelle et le large champ de l'exclusivité accordée à Orange, conjugués à l'attractivité particulière du terminal, pouvaient s'avérer susceptibles de donner à l'opé-

rateur un avantage concurrentiel majeur. Un tel avantage pouvait conduire à l'exclusion de son concurrent le moins puissant, en l'occurrence Bouygues Telecom. Le Conseil, concluant à une atteinte grave et immédiate à la situation de la saisissante et au secteur, avait considéré que les clauses en question ne permettaient pas pour autant de garantir des gains d'efficience suffisants au profit des consommateurs. En effet, un mécanisme d'exclusivités n'est pas anticoncurrentiel en lui-même. Il peut s'avérer indispensable pour sécuriser les investissements des firmes dès lors que ceux-ci apparaissent comme particulièrement risqués du fait de leur spécificité, des aléas qui caractérisent les anticipations de demande future ou offrent une forte prise à d'éventuelles stratégies de parasitisme. Dans le cas d'espèce, l'exclusivité accordée à un opérateur puissant risquait, selon le Conseil de la concurrence, d'ajouter de nouveaux facteurs de rigidité à un marché déjà caractérisé par une situation de concurrence peu satisfaisante, notamment du fait de la prépondérance des offres à engagement de durée et de l'existence de programmes de fidélisation (Nicolas-Vullierme, 2009).

Si le modèle des exclusivités sur des modèles de smartphone venait à se généraliser en réponse à l'exclusivité négociée entre Orange et Apple, le risque serait de voir s'instaurer un cloisonnement vertical du marché. Ce dernier pourrait à la fois rigidifier la demande, en accroissant pour les consommateurs les switching costs qu'induirait un changement d'opérateur et conduire à une éventuelle éviction de l'opérateur doté de la plus faible part de marché. En effet, ce dernier s'avère le moins attractif pour des constructeurs de terminaux dont le succès dépend en grande partie d'effets de club, notamment en matière de développement de logiciels applicatifs. Le risque de rigidification était d'autant plus fort que l'exclusivité était d'une durée inhabituellement longue par rapport aux pratiques du secteur (dans le cas d'espèce cinq ans, avec une possibilité de sortie anticipée à disposition d'Apple au bout de trois ans, contre trois à six mois habituellement). En outre, l'exclusivité en faveur d'Orange se doublait d'une exclusivité de distribution conduisant à une impossibilité pour l'acheteur d'un terminal nu de contourner le réseau d'Orange sauf par le biais d'un désimlockage, accroissant de façon injustifiée les éventuels switching costs. Le risque de cloisonnement vertical paraissait comme d'autant plus significatif qu'un effet de levier additionnel pouvait dériver de l'environnement Apple en lui-même. Non seulement le subventionnement de l'iPhone le rend moins onéreux qu'un iPod de capacité équivalente mais son utilisateur pourra avoir quelques réticences à changer de terminal eu égard aux risques de perte de sa bibliothèque numérique issue de la plateforme de téléchargement iTunes. De plus, les brevets déposés par Apple autour de l'iPhone pourraient être susceptibles d'entraver le développement de terminaux offrant les mêmes services (Muguet-Poullennec, 2009).

Face à de tels risques, le Conseil donna une suite favorable à la demande de mesures conservatoires présentée par Bouygues Télécom. Il suspendit, à titre conservatoire, jusqu'à ce qu'il se prononce sur le fond, la double exclusivité (opérateur exclusif et grossiste exclusif) dont jouissait Orange. Il lui enjoignit également 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 décision du Conseil de la concurrence fut confirmée par un arrêt du 4 février 2009 de la Cour d'appel de Paris. Selon les juges d'appel, l'accord conclu entre Orange et Apple était d'autant plus susceptible de porter atteinte à la concurrence que le marché français de la téléphonie mobile se caractérise par une faible intensité concurrentielle, que le risque

de cloisonnement vertical du marché pourrait être encore accru par la généralisation des accords d'exclusivité avec les fabricants de terminaux et enfin qu'un effet de levier au profit d'Apple apparaît comme possible à partir de la plateforme iTunes. La Cour rejeta notamment les arguments selon lesquels l'exclusivité pouvait se justifier comme contrepartie des investissements réalisés par Orange ou de son subventionnement des terminaux (Ferré et Biancone, 2009).

L'arrêt de la Cour avait fait l'objet de pourvois en cassation tant de la part d'Apple que d'Orange. Cependant, Apple, qui avait par ailleurs conclu des contrats opérateurs avec SFR, le 21 février 2009 et avec Bouygues Télécom, le 4 mars 2009, introduisit une proposition d'engagements le 29 octobre 2009 devant l'Autorité de la Concurrence (AdlC). Orange fut donc conduite à formuler, à son tour, le 30 octobre, des propositions d'engagements. Elle souligna néanmoins que ces derniers n'impliquaient guère renonciation à ses droits au titre de son pourvoi en cours et à l'effectivité de ce dernier. Les propositions d'engagements d'Apple résidaient en une renonciation aux exclusivités sur les modèles actuels d'iPhone et à une limitation à trois mois des exclusivités sur les modèles futurs. Orange de son côté, proposait des engagements comparables tout en les conditionnant non seulement à l'issue de son pourvoi en cassation, mais aussi au fait que nulle exclusivité serait accordée sur de futurs modèles à un opérateur concurrent. En outre, Orange demandait que soient supprimées ou réaménagées en conséquence, les charges et obligations clairement stipulées, dans la convention la liant à Apple, comme les contreparties contractuelles et économiques des clauses d'exclusivités. En effet, alors que le contrat initial entre Orange et Apple mettait en place un mécanisme de partage des revenus liés à l'iPhone, les deux firmes revinrent ensuite à un modèle plus classique de subventionnement des terminaux par l'opérateur. Cependant, en contrepartie de l'exclusivité au profit d'Orange, le niveau de ce subventionnement semble s'établir bien au-delà des niveaux habituels.

Les réponses au test de marché lancé par l'AdlC le 3 novembre 2009 puis la discussion des engagements en séance le 9 décembre 2009 conduisirent à de significatives inflexions vis-à-vis des propositions initiales, notamment de la part d'Orange. Les principales critiques formulées à l'encontre des propositions tenaient à la durée des propositions d'engagements, à leur périmètre et à leur conditionnalité. Alors qu'Apple et Orange avaient proposé de renoncer à tout accord d'exclusivité pour une durée de trois ans, les réponses apportées au test de marché allaient dans le sens d'une extension de cette durée à cinq voire six ans. Les critiques portèrent par ailleurs sur le fait que les propositions ne portaient que sur les seuls iPhones alors qu'elles pourraient être étendues à l'ensemble des produits futurs ayant les mêmes caractéristiques. Enfin, les réserves conditionnant les engagements au comportement des concurrents ou à l'issue du pourvoi étaient contestées, les engagements devant être fermes et inconditionnels.

L'AdlC, dans le cadre de son appréciation des engagements, considéra qu'une durée de trois ans était appropriée au vu du rythme d'innovation technologique qui caractérise le secteur. Sur le périmètre des engagements ensuite, l'AdlC considéra que ces derniers devaient s'appliquer aux seuls iPhone dans la mesure où les préoccupations de concurrence n'avaient été formulées que ce sur ce seul modèle de terminal. Enfin, sur la question de la conditionnalité des engagements proposés, l'AdlC souligna que conformément à son communiqué de procédure du 2 mars 2009, «l'entreprise qui sollicite le recours aux engagements doit être en

mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire. Les engagements proposés doivent donc être pertinents, crédibles et vérifiables». À ce titre, Orange dut accepter en séance, d'exécuter ses engagements quelle que soit l'issue du pourvoi en cassation engagé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. De la même façon, l'opérateur dut renoncer à conditionner l'application de ces derniers au comportement de ses concurrents, lesquels sont en l'espèce des tiers étrangers à la procédure. Enfin, l'AdlC exigea d'Orange qu'elle renonce à conditionner la mise en œuvre des engagements à la renégociation avec Apple des charges et obligations, stipulées comme étant la contrepartie des clauses d'exclusivité. Elle donna raison en ceci aux critiques formulées durant le test de marché, notamment par Apple qui considérait qu'une telle condition ne répondait pas à une préoccupation de concurrence formulée dans le cadre de la procédure mais conduisait à «instrumentaliser la procédure devant l'Autorité pour renégocier un contrat commercial».

L'acceptation par l'AdlC des engagements eut pour conséquence de les rendre obligatoires pour les parties. Or, Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 16 février 2010 cassa et annula, pour défaut de base légale dans toutes ses dispositions, l'arrêt de la Cour d'Appel, qui avait confirmé la décision du Conseil de la concurrence relative aux mesures conservatoires. Si la Cour de cassation ne se prononce pas sur la question de l'urgence – essentielle en matière de mesures conservatoires – elle considère en revanche que l'arrêt de la Cour d'appel n'apporte pas une démonstration satisfaisante des effets anticoncurrentiels liés à l'accord d'exclusivité. Elle ne s'est pas attachée à la question à la présence sur le marché de terminaux concurrents susceptibles de permettre à des opérateurs concurrents d'Orange de proposer des services de téléphonie mobile et d'Internet haut débit mobile équivalents. De la même façon, la Cour de cassation considère que les gains d'efficience liés aux clauses d'exclusivité (et pouvant justifier une exemption individuelle au titre de l'article L. 420-4 du Code de commerce) n'ont pas été correctement pris en considération. Alors qu'Orange soutenait que l'exclusivité constituait la contrepartie des investissements consentis pour le lancement de l'iPhone, la Cour avait considéré qu'au moment de l'imposition des mesures conservatoires, ces derniers étaient d'ores et déjà amortis. Ce faisant, une exclusivité de trois ans apparaissait comme disproportionnée eu égard aux investissements spécifiques réalisés. Comme nous le verrons, la Cour de cassation censure également ce point pour défaut de base légale, le Conseil, suivi de la Cour d'appel, ayant commis, à ses yeux, une erreur de méthodologie quant à la définition des flux de ressources liés à l'exclusivité.

La Cour de cassation renvoie donc les parties devant la Cour d'appel dans une autre composition. Si cet arrêt n'aura sans doute pas de suites, dans la mesure où les parties devraient se désister, il n'en pose pas moins des questions déterminantes, d'une part quant au raisonnement mis en œuvre par les autorités de la concurrence en matière d'évaluation des effets concurrentiels et économiques des clauses d'exclusivité et, d'autre part, quant à la sécurité juridique qui caractérise les procédures d'engagements.

II. DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

L'affaire de l'iPhone met en exergue la question du traitement des clauses d'exclusivité par les autorités en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Celles-ci ne sauraient être considérées comme anticoncurrentielles per se. En effet, elles peuvent s'avérer indispen-

sable pour sécuriser des décisions d'investissements particulièrement risquées et résoudre des problèmes incitatifs dans le cadre de réseaux de distribution. Cependant, cette tolérance prônée par l'Ecole de Chicago doit être nuancée eu égard aux résultats mis en évidence depuis les années quatre-vingt par la théorie de l'organisation industrielle. Des entreprises, au moins aussi efficaces qu'une entreprise bénéficiaire de telles clauses contractuelles, peuvent effectivement être évincées du marché dans la mesure où elles ne peuvent être en mesure d'amortir leur coûts fixes faute d'un portefeuille suffisant de clientèle. La renonciation à l'entrée ou l'éviction d'un concurrent du fait de telles clauses peuvent donc s'avérer collectivement préjudiciables en termes de bien-être économique dans la mesure où elle affecte l'ensemble des consommateurs, y compris ceux qui n'ont pas signé les clauses en question. Les risques d'éviction anticoncurrentielle pourraient s'avérer d'autant plus élevés que la demande future est difficile à prévoir, que les coûts fixes sont élevés, que le contrôle des produits complémentaires mais aussi futurs revêt une dimension stratégique et que les effets de réseau sont importants (Spector, 2004). Ce faisant, les risques d'éviction anticoncurrentielle liés aux clauses d'exclusivité sont particulièrement significatifs pour les émergents de haute technologie, dont l'iPhone est particulièrement représentatif.

Le traitement des clauses d'exclusivité doit donc se faire in concreto dans le cadre d'une analyse au cas par cas mettant en balance les dommages concurrentiels liés aux pratiques en question avec les gains économiques qui peuvent en découler. Cependant, se posent deux questions relatives aux modalités de prise en compte des gains d'efficience dans la décision et à un éventuel traitement spécifique des clauses d'exclusivité mises en place par un opérateur dominant.

L'exemple du traitement de l'exclusivité d'Orange – qui n'a pas été considérée comme disposant d'une position dominante sur les marchés considérés – témoigne encore des difficultés rencontrées par des opérateurs puissants sur un marché donné pour fonder leur défense sur la base des gains d'efficience induits par les pratiques en cause que cela soit au niveau interne ou européen (Tozsa, 2009). Il apparaît en outre nécessaire, au niveau européen, que ces gains soient significativement supérieurs au dommage concurrentiel (Renckens, 2007). De plus, les autorités de la concurrence européennes sont d'autant moins enclines à prendre en compte d'éventuels gains d'efficience que l'opérateur concerné jouit d'une forte puissance de marché. Il en découle une hypothèse selon laquelle seule une structure de marché de concurrence effective peut conduire un opérateur à redistribuer une partie substantielle des éventuels gains aux consommateurs. À l'extrême, tout avantage détenu par un opérateur dominant vis-à-vis de l'un de ses compétiteurs pourrait être considéré comme constitutif d'une forclusion (Wanadoo España/Telefonica, 4 juillet 2007, cas COMP/38.784). Alors qu'une analyse au cas par cas des effets des pratiques incriminées apparaît comme indispensable pour jauger de leurs effets sur le marché, la jurisprudence européenne considère depuis l'arrêt Hoffmann-Laroche qu'il est inutile d'apprécier les effets d'une pratique susceptible d'évincer un concurrent dès lors qu'elle émane d'un opérateur dominant. En d'autres termes, l'analyse en situation des effets des clauses d'exclusivité dont jouissait Orange n'aurait pas eu lieu d'être, dans le cadre européen, dans la mesure où elles pouvaient se traduire par l'éviction potentielle d'un rival, en l'occurrence Bouygues Telecom, du marché. Cette logique peut être expliquée par la prégnance de l'objectif de préservation d'une structure de concurrence effective voire par l'hypothèse selon laquelle la présence sur le marché d'un

compétiteur, même moins efficace, peut être profitable pour les consommateurs dans la mesure où ce dernier leur garantit une liberté de choix et trouble, pour reprendre les termes de John Hicks, la vie paisible du monopole (Hicks, 1935 et Rousseva, 2010).

Si les clauses d'exclusivité ne sont pas prohibées per se pour un opérateur dominant en droit interne et si la défense fondée sur l'efficience demeure possible, l'orientation préventive du droit de l'abus de position dominante peut conduire à une possible remise en cause des droits exclusifs détenus par des opérateurs dominants à des fins de stimulation du jeu concurrentiel, ainsi que l'envisage une étude du Conseil de la concurrence sur les exclusivités et les contrats de long terme (Conseil de la concurrence, 2007). Les considérations sur une possible éviction de Bouygues Télécom en cas de généralisation des accords de double exclusivité (exclusivité de transport et exclusivité d'accès), susceptibles d'accroître le cloisonnement vertical du marché et de favoriser un modèle de silos sur le marché, peuvent être lues sous l'angle de la volonté de préserver une structure de concurrence effective sur le marché. Le risque pourrait être de renoncer à des gains d'efficience au profit d'une volonté de rééquilibrage du jeu concurrentiel.

La problématique pourrait être comparable à celle de l'activation de la théorie des facilités essentielles. Une mise en cause des droits d'un opérateur dominant prenant la forme d'une obligation d'accès à un actif donné peut certes contribuer à une meilleure efficacité à court terme en égalisant les conditions de concurrence mais peut se traduire par une moindre efficience productive à long terme en dégradant les incitations à l'investissement de l'ensemble des opérateurs du marché. Dans le cas d'espèce, si l'accord entre Orange et Apple conduisait effectivement à renforcer la position de marché d'Orange, il n'en contribuait pas moins à animer la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile. L'exclusivité dont bénéficia Orange conduisit SFR à innover avec son offre Internet haut débit mobile illimitée (Illimythics). Elle était en outre susceptible d'accroître la différenciation entre les trois opérateurs (Tran-Thiet et Berg, 2009). Paradoxalement, la mise en cause de l'exclusivité peut s'avérer préjudiciable à la dynamique concurrentielle en renforçant la symétrie des offres des trois opérateurs (Nicolas-Vullierme, 2009).

De façon plus générale, la question particulière de l'iPhone et du traitement des clauses d'exclusivités par les autorités de la concurrence française posent la question des relations entre règles de concurrence et régulation sectorielle. En toute théorie, le droit de la concurrence est fait pour sanctionner ex post des pratiques de marché susceptibles de mettre en cause le fonctionnement du processus de marché. L'intervention ne vise pas à jouer sur les structures de marché elles-mêmes ou à rendre le marché, après la décision, plus concurrentiel que ce qu'il n'était initialement. Les décisions des autorités de la concurrence tiennent alors principalement à des sanctions financières, pour dissuader les entreprises à réitérer leurs pratiques (Deschamps et Marty, 2006) et à des injonctions de cesser les pratiques en cause. Il s'agit de sanctionner un dommage avéré aux intérêts des concurrents et de l'économie dans son ensemble. La régulation, à l'inverse, joue *ex ante*. Elle est susceptible d'agir sur les structures de marché pour les rendre plus concurrentiels ou de prévenir certains comportements (Perrot, 2002). Cependant, la distinction entre encadrement ex ante et interventions ex post, action sur les structures de marché et sanction des comportements fautifs, s'avère par maints égards toute théorique. Le droit de la concurrence peut être utilisé dans le cadre du contrôle préalable des projets de concentrations comme un moyen de prévenir d'éventuels dommages

à la concurrence. De la même façon, les procédures négociées notamment mises en place au niveau européen par le règlement n° 1/2003 (dans son article 9) ouvre aux autorités de la concurrence un vaste espace pour définir des mesures correctives de nature comportementales mais aussi structurelles de nature à peser sur la situation et la dynamique future des marchés considérés. Il va d'ailleurs également ainsi de l'article 7 de ce même règlement, lequel stipule que la Commission européenne peut imposer à une firme sanctionnée pour pratiques anticoncurrentielles des remèdes notamment structurels. Cependant, le seul instrument des mesures conservatoires peut s'avérer, comme en témoigne l'affaire de l'iPhone, un instrument de régulation de la concurrence sur le marché considéré.

Les mesures conservatoires constituent un moyen de prévenir une atteinte grave et immédiate à l'économie et / ou aux intérêts de l'entreprise plaignante, permettant d'éviter que des dommages irréversibles ne soient causés à la concurrence avant qu'une décision ne soit rendue sur le fond. Théoriquement, elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. Elles ne devraient donc en aucun cas conduire à encadrer la stratégie future d'un opérateur. Rejetant une demande formulée par SFR dans le cadre de sa décision du 2 avril 2009 relative à l'offre d'Orange «Unik» consistant à interdire à Orange de proposer des offres similaires dans le futur, l'Autorité rappela que les mesures conservatoires ne visent pas à prévenir un risque de perturbation potentielle du jeu concurrentiel.

Cependant, il ne s'agit pas à l'instar d'une décision sur le fond d'établir un dommage effectif à la concurrence et guère plus de peser sur la dynamique future d'un secteur donné. Le Conseil de la Concurrence français avait rappelé, dans sa décision n°10-D-07, que dans un arrêt TPS en date du 8 novembre 2005, la Cour de cassation avait jugé que des mesures conservatoires peuvent être décidées «dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce (...)».

La seule probabilité d'un dommage à la concurrence peut donc justifier de telles mesures conservatoires. Or, celles-ci peuvent avoir des conséquences irréversibles dans des domaines de haute technologiques caractérisés par un très fort degré de turbulence et une rapide obsolescence des produits. Ainsi, sur des marchés dans lesquels un risque de dommage irréversible à la concurrence existe (sous forme de préemption basée sur des stratégies de levier anticoncurrentiels ou de forclusion, par exemple), l'Autorité de la Concurrence peut sur la base d'une présomption d'infraction intervenir préventivement par le biais de telles mesures. Une telle action – encadrée en tout état de cause par la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris – apparaît en fait comme d'autant plus probable que le régulateur sectoriel n'apparaît pas en mesure de contrecarrer le risque pesant sur la concurrence[3]. Il en est allé par exemple ainsi, dans le cas français, pour le développement de l'ADSL, il y a de cela maintenant dix ans. Pour faire face au risque de mise en œuvre de stratégie de forclusion de la part de l'opérateur historique s'appuyant sur le contrôle des réseaux et de sa puissance de marché, le Conseil de la Concurrence avait agit au travers de mesures conservatoires (voir par exemple

[3] Rappelons qu'au niveau européen, la régulation spécifique portant sur le secteur des télécommunications a vocation à être la moins étendue possible de façon à faire jouer dès que possible le droit commun de la concurrence. Ce faisant, dans le secteur des télécommunications mobiles françaises, la régulation sectorielle ne porte que sur les tarifs de terminaisons d'appel et de SMS. Il existe donc un espace pour une complémentarité entre droit commun de la concurrence et régulation sectorielle (Almunia, 2010).

sa décision n°00-MC-01 du 18 février 2000 suite à une saisine de 9 Télécom, aujourd'hui intégrée à SFR). Comme le note Choné (2006), «le Conseil a considéré que la restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l'innovation revêtait un caractère de gravité et d'immédiateté nécessitant l'adoption de mesure d'urgence». En d'autres termes, dans le cadre de marchés émergents – dont l'iPhone constituait un exemple emblématique, notamment du fait du poids des contenus et des perspectives de revenus liés aux applications – une intervention préventive de l'Autorité de la Concurrence peut s'expliquer.

Il n'en demeure pas moins qu'une telle conception du droit de la concurrence allant au-delà de la seule sanction des pratiques anticoncurrentielles pour peser sur la dynamique des marchés pour y maintenir – si ce n'est y créer une structure de concurrence effective – contraste significativement avec l'approche en vigueur outre-Atlantique (Marty et Pillot, 2009). Le fait de considérer avec plus de méfiance une exclusivité quand elle existe au profit d'un opérateur puissant sur le marché ouvre à des logiques de régulation asymétrique de la concurrence qui ne peuvent faire sens que si l'on admet l'existence d'une responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis de la concurrence.

Cependant, le risque de décisions infondées est particulièrement élevé dans le cas d'espèce et les dommages potentiels à la concurrence des plus significatifs (cf. les incitations à innover et à investir). Ce faisant, l'Autorité de Concurrence doit faire preuve de beaucoup de prudence et de retenue avant de prononcer des mesures certes conservatoires mais qui dans les faits s'avèrent irréversibles. D'ailleurs, comme nous l'avons précédemment relevé, la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris (en l'espèce un arrêt du 29 juin 2004 relatif à la télévision sur ADSL) souligne les règles relatives au recours aux mesures conservatoires dans le cadre de litiges portant sur des risques potentiels sur la concurrence dans des domaines technologiquement émergents. La Cour avait en effet rappelé que des préoccupations de régulation sectorielle, dans le cadre d'un marché en cours d'ouverture à la concurrence, ne pouvaient suffire à elles seules à justifier des mesures conservatoires. Celles-ci doivent se fonder sur de fortes présomptions de pratiques anticoncurrentielles. En d'autres termes, comme le souligne Choné (2006), la mise en évidence d'un scénario négatif d'évolution du marché est insuffisante pour justifier des mesures conservatoires: «les objectifs de la régulation ne sauraient, en tout cas à eux seuls, légitimer une intervention ex ante des autorités de concurrence». Si un tel raisonnement conduit inexorablement à la mise en évidence de risques de faux positifs et de risque de blocage par des décisions infondées des ressorts d'un processus de concurrence par les mérites, il n'en demeure pas moins que la censure de la Cour de Cassation s'est basée sur les seuls critères de décisions utilisés dans le cadre de l'analyse économique des autorités de la concurrence.

Il apparaît que la question posée par l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire iPhone tient moins à la question de la présence ou de la légitimité dans le cas d'espèce d'une éventuelle régulation de la concurrence qu'à une remise en cause du raisonnement suivi par le Conseil puis par la Cour d'appel pour justifier, dans le cas d'espèce, le prononcé de mesures conservatoires.

En effet, plusieurs points de l'analyse pouvaient faire l'objet de critiques. Il en était par exemple ainsi de la notion même d'urgence, plus de sept mois après la commercialisation de l'iPhone et alors que les possibles effets de levier allaient être remis en cause par l'abandon des mesures techniques de protection (DRM) sur la plate forme iTunes (Ferré et Biancone,

2009). L'ARCEP, le régulateur sectoriel, consulté pour avis par le Conseil en novembre 2008 avait fait preuve d'une certaine prudence quant à l'opportunité de prononcer des mesures conservatoires. Il apparaissait en effet nécessaire à ses yeux de procéder à une instruction approfondie pour qualifier les pratiques en cause et pour conclure à un possible renforcement de la puissance de marché d'Orange et surtout d'une éviction de Bouygues Télécom.
Si la Cour de cassation ne se prononce pas sur la question de l'urgence, elle concentre sa démonstration sur deux motifs de censure. Le premier a trait à la caractérisation des pratiques incriminées. La censure pour défaut de base légale se fonde tout d'abord sur l'insuffisance de la démonstration de leurs effets sur la concurrence. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée, comme elle y était pourtant invitée, sur la capacité des terminaux concurrents à l'iPhone à permettre aux compétiteurs d'Orange de proposer des services alternatifs aux consommateurs. La suspension de l'exclusivité dans le cadre de mesures conservatoires revenait en effet à faire implicitement, et sans démonstration aucune, du terminal d'Apple une facilité essentielle.
Le second motif de censure tient quant à lui à une insuffisante prise en considération des arguments allant dans le sens de l'efficience économique. La Cour d'appel suivit en ceci l'analyse du Conseil de la concurrence, en considérant que les revenus dégagés de l'exploitation de l'iPhone avaient largement permis à Orange d'amortir ses investissements. Ce faisant la durée de l'exclusivité – dépassant déjà toutes choses étant égales par ailleurs, les pratiques du secteur – apparaissaient comme des plus disproportionnées. Or, une nouvelle erreur de méthodologie est à relever. En effet, la proportionnalité est jaugée à l'aune du profit net dégagé par Orange au travers de la commercialisation de l'iPhone. Il conviendrait de prendre en considération non pas le chiffre d'affaires total généré par les abonnés utilisant l'iPhone mais en fait seulement le revenu additionnel. En effet, il est implicitement fait ici l'hypothèse selon laquelle si Orange n'avait pas obtenu l'exclusivité sur l'iPhone, elle aurait à la fois perdu l'ensemble de ses clients qui ont opté pour l'iPhone et n'aurait pas gagné un seul des nouveaux abonnés. Qui plus est, il serait possible de remarquer que mettre en balance les gains liés à un investissement donné avec les coûts qu'il a impliqué peut conduire à un biais préjudiciable en termes d'incitation à l'investissement dans la mesure où si l'on considère une firme comme un portefeuille de projets, les profits générés par la réussite de l'un d'eux doit pouvoir compenser l'échec de plusieurs autres.

III. CONCLUSION: LA QUESTION DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS PUISSANTS FACE À LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Au-delà même de la question de la mise en œuvre des critères de décisions de la part du Conseil de la concurrence et de la Cour d'Appel, l'arrêt de la Cour de cassation pose la question de la sécurité juridique des opérateurs dans le cadre de procédures concurrentielles reposant tant sur des mesures conservatoires que des engagements. Ces derniers constituent les deux principaux outils à disposition de l'AdlC, susceptibles de permettre de « restaurer sans délai le jeu normal de la concurrence » (Conseil de la Concurrence, 2007).
Si le recours aux mesures conservatoires peut constituer un moyen de prévenir une atteinte grave et immédiate à l'économie et/ou aux intérêts de l'entreprise plaignante, ce dernier présente néanmoins des limites, tenant en premier lieu à la caractérisation de la situation d'urgence et en second lieu à l'analyse et la caractérisation des pratiques en cause. Jauger des

risques d'éviction anticoncurrentielle induits par une clause d'exclusivité dans des délais extrêmement brefs peut exposer l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence à s'exposer à deux risques antagonistes. Le premier serait, en l'absence de mesures conservatoires, d'intervenir trop tard quand l'éviction est acquise (que l'entreprise en question ait effectivement quitté le marché ou qu'elle ne soit plus en mesure d'exercer une réelle pression concurrentielle sur l'opérateur dominant). Le dommage à la concurrence risque alors de s'avérer irréversible dans les secteurs considérés du fait de l'importance des coûts fixes et des effets de réseau. À l'inverse, un second risque tiendrait au fait que, dans des marchés caractérisés par de fortes turbulences technologiques, des mesures conservatoires venant suspendre une exclusivité, loin de n'avoir de conséquences que transitoires puissent avoir des effets définitifs conduisant à exproprier l'opérateur des fruits de ses investissements. Le recours aux mesures conservatoires en matière de clauses d'exclusivité pourrait donc conduire à une logique de régulation asymétrique de la concurrence en mettant en cause de façon irréversible les avantages détenus par un opérateur puissant sur une base moins rigoureuse que celle requise pour une décision sur le fond.

Cette première insécurité juridique pour un opérateur titulaire d'une exclusivité peut se doubler d'une seconde incertitude liée à la procédure d'engagements. En effet, dans le cadre des engagements prévus à l'article L-464.2 du Code de commerce, une entreprise ayant fait l'objet d'une notification de griefs peut proposer à l'Autorité des engagements à même de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées. Après discussion de ces propositions, l'Autorité peut les accepter et prendre une décision les rendant obligatoires pour l'entreprise. Les autorités de la concurrence communautaires et nationales développent, en matière de clauses d'exclusivité, une pratique décisionnelles des plus volontaristes afin que les parties en cause mettent fin aux affaires au travers des procédures d'engagements. Les procédures d'engagements permettent en effet de répondre de façon prompte et peu coûteuse aux préoccupations de concurrence et constituent en matière d'exclusivité une solution des plus efficaces s'il s'agit de rétablir l'équilibre concurrentiel entre un opérateur puissant et ses concurrents. À ce titre, elles peuvent permettre à l'Autorité de la concurrence de peser sur la dynamique du marché.

Ces procédures n'en induisent pas moins certaines questions liées au caractère inconditionnel des engagements. La première dimension à relever tient en effet à l'impossibilité de conditionner les propositions d'engagements à la levée des contreparties contractuelles initialement consenties pour obtenir l'exclusivité. La problématique du niveau de subventionnement des terminaux d'Apple par Orange, allant bien au-delà des pratiques habituelles du marché, est en caractéristique. La seconde dimension tient bien entendu au refus de l'Autorité d'accepter la réserve d'Orange quant à son pourvoi en cassation. Dès lors que les engagements sont devenus obligatoires pour Orange, la censure de la Cour de Cassation va s'avérer sans conséquence pratique, même si elle a bien sûr un intérêt juridique. Si l'issue de cette affaire témoigne de l'insécurité juridique dans laquelle peut se trouver un opérateur puissant mettant en œuvre des contrats d'exclusivité, elle peut aussi poser la question, dans un souci de bonne administration, de la coordination des procédures d'engagements avec celles relatives aux mesures conservatoires.

Au-delà de ces dimensions principalement juridiques qui témoignent des risques induits par les phénomènes de faux-positifs, il convient de noter, dans le cadre d'une approche en

termes de dynamique industrielle, que le modèle même de l'exclusivité développé par Apple lors du lancement de la première génération d'iPhone (avec AT&T aux Etats-Unis, O2 au Royaume-Uni ou T-Mobile en Allemagne) a été mise en cause dans bon nombre de cas principalement au travers de recours des concurrents[4].

Il n'en demeure pas moins que l'intérêt même de l'exclusivité pour Apple pouvait déjà s'avérer moindre après quelques mois d'exploitation. En effet, ses gains économiques potentiels étaient probablement réalisés dès les premiers mois de commercialisation, du fait même des effets de club... Ainsi les gains liés à l'exclusivité pour les deux partenaires peuvent-ils présenter des profils différents, pouvant peut-être justifier l'existence de deux stratégies judiciaires distinctes pour le constructeur de terminal et l'opérateur de téléphonie mobile telles qu'il a été possible de l'observer dans le cadre de la procédure d'engagements.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Almunia J., (2010), " «Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?», Speech 10/121, Center of Regulation in Europe, 23 March, Brussels, 10p.

Choné P., (2006), «L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle», in Encoua D. et Guesnerie R., (s.d.), *Les politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, *La Documentation Française*, pp.209-230.

Conseil de la Concurrence, (2007), *Rapport annuel 2007*, pp. 89-121.

Deschamps M. et Marty F., (2006), «Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles: L'éclairage de l'analyse économique du droit», *Revue Economique et Sociale*, vol. 64, n° 4, décembre, pp. 71-82.

Ferré D. et Biancone K. (2009), «Obligation d'exclusivité: la Cour d'Appel de Paris se prononce sur le caractère anticoncurrentiel d'obligations d'exclusivité sur le marché des services de téléphonie mobile (iPhone)», *Concurrences* n° 2-2009.

Hicks J., (1935), «Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly», *Econometrica*, January, 3(1), pp. 1-20.

Marty F. et Pillot J., (2009), «Protéger la concurrence ou protéger les concurrents? L'affaire Intel en perspective», *Revue Economique et Sociale*, vol. 67, n° 4, décembre, pp. 65-74.

Muguet-Poullennec G., (2009), «L'iPhone pour tous ! Comment l'attractivité d'un produit peut entraîner la suspension d'un accord d'exclusivité commerciale», *Revue Lamy de la Concurrence*, avril-juin, n° 19, pp. 72-79.

Nicolas-Vullierme L., (2009), «Selon le Conseil de la concurrence l'exclusivité d'Orange sur l'iPhone est de nature à introduire un nouveau facteur de rigidité dans un secteur qui souffre déjà d'un déficit de concurrence - examen au fond à suivre», *Concurrences*, n° 1-2009, pp. 112-113.

Perrot A., (2002), «Les frontières entre régulation et politique de la concurrence», Revue Française d'Economie, vol. XVI, n° 4, avril.

Pillot J., (2010), «Dématérialisation des contenus et mesures techniques de protection: les industriels du jeu vidéo jouent-ils le jeu?», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, à paraître, juin.

Renckens A., (2007), «Welfare Standards, Substantive Tests and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense», *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 3, p. 169.

Roquilly C., (2009), «Le cas de l'iPhone en tant qu'illustration du rôle des ressources juridiques et de la capacité juridique dans le management de l'innovation», *M@n@gement*, vol. 12 (2), pp. 142-175.

---

4 Dans le cas allemand un recours de Vodafone contre T-Mobile avait conduit en première instance, en novembre 2007, à une injonction préliminaire, annulée en appel en décembre de la même année. Au Canada, l'exclusivité au bénéfice de Rogers a été abandonnée en novembre 2009... Il en est allé de même au Royaume-Uni pour l'exclusivité d'O2.

Rousseva E., (2010), *Rethinking Exclusionary Abuse in EU Competition Law*, Hart.

Sélinsky V., (2009), «Mesures conservatoires, restrictions verticales et clauses d'exclusivité», *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 19, avril-juin, pp. 32-34.

Spector D., (2004), «Are Exclusive Contracts Anticompetitive», *Working Paper Paris School of Economics*, April, 34 p.

Tozsa K., (2009), «Efficiencies in Article 82 EC: An Illusionary Defence?», *Concurrences*, n° 4-2009, pp. 35-40.

Tran-Thiet J.-P. et Berg O., (2009), «Le Conseil de la concurrence suspend l'exclusivité accordée par Apple à Orange pour la commercialisation de l'iPhone», *Concurrences*, n° 1-2009, chronique Régulation, pp. 200-202