



HAL
open science

La Cour de cassation casse, un mois après l'acceptation des engagements, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif aux mesures conservatoires pour défaut de base légale (iPhone)

Laurence Nicolas-Vullierme

► To cite this version:

Laurence Nicolas-Vullierme. La Cour de cassation casse, un mois après l'acceptation des engagements, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif aux mesures conservatoires pour défaut de base légale (iPhone). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2010. hal-03147544

HAL Id: hal-03147544

<https://hal.science/hal-03147544v1>

Submitted on 20 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

N° 2-2010

Mesures conservatoires : La Cour de cassation casse, un mois après l'acceptation des engagements, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif aux mesures conservatoires pour défaut de base légale (*iPhones*)

ENTENTES, FRANCE, DISTRIBUTION/VENTE, CARTEL, MESURES PROVISOIRES, TÉLÉCOMMUNICATIONS, ENGAGEMENTS (ANTITRUST), CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ

Cass. com., 16 février 2010, France Télécom, Orange France, Apple Sales International, Apple Inc., n° 09-11968 et 09-65440
Ccl. A.G. P. Bonnet, 19 janvier 2010, Apple Sales International et Apple Inc c/ Société Bouygues Télécom, aff. S 09-65.440
Cass. com., 16 févr. 2010, Société France Telecom c/ Société Bouygues Télécom, n°09-11.968
Ccl. A.G. P. Bonnet, 19 janv. 2010, Société France Telecom c/ Société Bouygues Télécom, aff. V 09-11.968

Laurence Nicolas-Vullierme | University Paris II Panthéon-Assas

Concurrences N° 2-2010 | Chroniques | Ententes

Du jardin d'Eden à l'iTech de Steve Jobs, les pommes sont manifestement toujours aussi... tentantes ! Avant que la sortie de l'iPad de la firme à la pomme ne suscite peut-être à son tour un nouvel engouement - compréhensible - des consommateurs, l'affaire *iPhone*, que l'on aurait pu croire terminée en raison de l'acceptation des engagements des sociétés Apple et Orange par l'Autorité de la concurrence, a connu un nouveau rebondissement le 16 février dernier, avec la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 février 2009 relatif aux mesures conservatoires.

Rappelons qu'à la suite du refus de la firme à la pomme de lui livrer le terminal en raison des accords de distribution, qui la liaient à la société Orange, la société Bouygues Télécom avait saisi le Conseil de la concurrence le 18 septembre 2008. Pour cette société, il y avait non seulement entente, mais aussi urgence. Après avoir recueilli l'avis de l'ARCEP, le Conseil de la concurrence avait enjoint les sociétés mises en cause - en attendant l'examen au fond - de suspendre l'application des clauses d'exclusivité qui créait, selon lui, une atteinte grave et immédiate à la situation de Bouygues Télécom et au secteur (*Cons. conc., déc. n° 08-MC-01, 17 décembre 2008, voir Concurrences, n° 1-2009*). Or cette décision, confirmée par la Cour d'appel de Paris le 4 février 2009, a été cassée le 16 février 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, un mois seulement après que la décision de l'Autorité de la concurrence ait clôturé l'examen au fond et rendu obligatoire les engagements pris par les sociétés Apple et Orange. Si l'arrêt de cassation invite les juges du fond à préciser les motifs de leur décision, notamment les données économiques (I.), la décision de l'Autorité de la concurrence "réhabilite" les clauses d'exclusivité dans le secteur des télécommunications (II.).

I. Cassation de l'arrêt confirmant l'octroi de mesures conservatoires : Pour une appréciation économique plus approfondie

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 février 2009 avait été frappé de deux pourvois : l'un émanait des sociétés France Télécom et Orange et l'autre des sociétés Apple Sales International et Apple Inc. Ces dernières se sont toutefois désistées en cours d'instance : les propositions d'engagements d'une part et surtout la sortie imminente de l'iPad y sont sans doute pour quelque chose.

Dans son arrêt, la Cour de cassation commence par balayer les arguments procéduraux : la recevabilité du pourvoi critiqué par la société Bouygues est rejetée et les autres critiques, soulevés par les sociétés France Télécom et Orange, n'ont pas passé le stade de l'admission (COJ, art. L. 131-6). En revanche, sur le fond, la Cour de cassation va accueillir le deuxième moyen relatif à l'appréciation de l'atteinte à la concurrence. En cassant pour défaut de base légale aux vises d'une part, des articles 81 du Traité (TFUE, art. 101), L. 420-1 et L. 464-1 C. Com. et d'autre part, des articles 81, paragraphe 3 TCE, L. 420-4 et L. 464-1 C. Com., le juge du droit reproche aux juges du fond de ne pas avoir suffisamment motivé l'application du principe d'interdiction des ententes et l'inapplication de l'exemption individuelle de l'entente. L'insuffisance de motifs dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle.

Sur l'atteinte à la concurrence et le principe d'interdiction des ententes

En premier lieu, le juge de cassation reproche à l'arrêt de la Cour d'appel de ne pas avoir recherché, comme elle y était invitée, *“si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone fabriqué par Apple, nouvel entrant sur le marché des terminaux, n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et internet haut débit mobiles associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone”*. Pour la Cour de cassation, les juges du fond n'ont pas examiné la possibilité des concurrents de réagir à l'offre iPhone d'Orange en proposant d'autres offres comparables aux consommateurs. Le comportement potentiel des autres opérateurs de téléphonie mobile face à une offre particulièrement attrayante d'un concurrent aurait dû être analysé pour apprécier l'effet anticoncurrentiel de l'offre iPhone d'Orange sur le marché. Rappelons que l'ARCEP dans sa décision n° 2008-1175 du 4 novembre 2008 avait relevé que les caractéristiques de l'iPhone *“semblent, du moins à moyen terme, répliquables par des équipementiers concurrents. De fait, les lancements d'« iPhone killers », c'est-à-dire de produits destinés à le concurrencer fortement, se multiplient”*. Sur ce marché oligopolistique, la concurrence s'exerce principalement sur les offres capables d'attirer les clients : une fois la clientèle captée, il est plus aisé pour l'opérateur de la fidéliser que pour un autre opérateur de l'attirer à elle. On ne peut donc apprécier les effets anticoncurrentiels d'une offre sans la comparer aux offres des concurrents.

Sur l'atteinte à la concurrence et l'exemption des ententes

En second lieu, le juge de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir suffisamment explicité les raisons pour lesquelles l'exemption individuelle devait en l'espèce être écartée. Reprenant la décision du Conseil de la concurrence, les juges du fond avaient en effet estimé que les exclusivités étaient de nature à conférer à Orange un avantage concurrentiel majeur et que l'accord ne pouvait bénéficier d'une exemption individuelle en raison des gains obtenus par le succès de l'offre iPhone. La Cour de cassation invite les juges de fond à vérifier : *“si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhones, et non d'un revenu additionnel, ne revenait pas à considérer qu'Orange aurait perdu ou n'aurait pas gagné l'intégralité des clients ayant souscrit à ses offres de services de téléphonie mobile comprenant un iPhone si elle n'avait pas commercialisé ce terminal”*. De même que l'effet anticoncurrentiel peut être augmenté

par une définition plus ou moins large du marché, il peut l'être si les gains générés par un seul produit sont isolés de l'ensemble des gains obtenus par le même opérateur. Pour mesurer les gains générés par la commercialisation de l'iPhone, il convient de s'intéresser à l'attractivité des autres terminaux proposés par Orange.

Conclusion

Par ces critiques, la Cour de cassation apparaît dans son rôle traditionnel de gardienne du droit. La décision de la Cour d'appel de Paris et celle de l'autorité nationale de la concurrence, qui veille généralement avec succès à l'intelligibilité de ses décisions, étaient difficiles à comprendre : si l'on peut comprendre qu'il faille intervenir pour préserver l'équilibre fragile de la concurrence dans l'offre des services entre les trois opérateurs de réseau de téléphonie mobile, fallait-il prendre des mesures aussi radicales ? Un nouvel entrant sur le marché des terminaux, particulièrement innovant, ne se trouvait-il pas sacrifié un peu trop rapidement ? De plus, la Cour de cassation souligne la place de l'économie en droit de la concurrence et l'importance d'une analyse économique plus poussée de la concurrence potentielle. Elle se situe dans la droite ligne de la modernisation européenne du droit de la concurrence.

En pratique, la cassation n'aura toutefois qu'un effet limité puisque les sociétés Orange et Apple ont modifié leur contrat et l'examen au fond s'est achevé par l'acceptation par la nouvelle Autorité de la concurrence des engagements proposés par les parties. La société Orange, qui voulait lier la portée de ses engagements à la décision de la Cour de cassation, avait été invitée à y renoncer.

II. Engagements admis par l'AdIC : Vers une réhabilitation des clauses d'exclusivité dans le secteur de la téléphonie mobile ?

À l'issue de l'examen au fond, l'Autorité de la concurrence a accepté les engagements des sociétés Apple et Orange après que ces dernières y ont apporté des modifications, jugées nécessaires à la suite du test de marché. L'autorité de contrôle et de régulation commence sa décision par un rappel de la procédure (pts 2 à 9), des sociétés concernées (pts 10 à 15), des marchés (pts 16 à 35) et des pratiques (pts 36 à 50) avant d'examiner la situation du marché après la *décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008* (pts 51 à 64). On apprend ainsi qu'Apple a signé des "contrats opérateurs" avec les concurrents d'Orange. Les trois opérateurs de téléphonie (Bouygues Télécom, SFR et Orange) disposent ainsi désormais d'une licence pour vendre l'iPhone 3G avec leurs services de téléphonie mobile. Quant aux distributeurs agréés, ils sont aujourd'hui en mesure de proposer l'iPhone 3G avec les forfaits de tout opérateur de téléphonie mobile actif en France. Et l'iPHone 3GS est distribué sans exclusivité sur le territoire français.

En l'espèce, la procédure d'engagements (pts 65 à 93) avait été déclenchée à l'initiative d'Apple (pts 67 et 68) et suivie par Orange (pts 69 et 70). Pour éviter une nouvelle sanction, pécuniaire cette fois, les parties ont en effet préféré se rapprocher de l'Autorité de la concurrence dans le but de mettre fin à la procédure. Les engagements proposés portaient uniquement sur l'exclusivité, qui avait cristallisé toutes les préoccupations de concurrence. Les réponses au test de marché (pts 71 à 93) ont souligné le caractère conditionnel des propositions, peu compatible avec le principe même de l'engagement (Orange s'engageait notamment sous réserve de l'issue de la procédure concernant les mesures conservatoires) ; leur limitation au territoire métropolitain (plusieurs sociétés d'outre-mer s'en sont inquiétées). Toutes ces observations ont été prises en compte dans la rédaction finale des engagements. D'autres critiques, en revanche, ont été écartées : la durée de 3 ans des engagements jugée trop courte par certains (l'évolution rapide du secteur ne justifie pas une durée plus longue), ou encore l'absence de mention

des clauses de subventionnements (des concurrents avaient reproché à Orange de subventionner dans des proportions beaucoup trop grandes l'iPhone, mais l'Autorité écarte la critique au motif que les services d'instruction sont libres de déterminer le champ d'investigation).

Les engagements définitifs, pris pour une durée de trois ans, consistent en l'abandon des accords d'exclusivité opérateur ou grossiste sur la distribution sur tout ou partie du territoire français des modèles actuels et futurs d'iPhone. Un accord d'exclusivité ne pourra intervenir sur des modèles futurs d'iPhone que s'ils sont limités à 3 mois pour chaque modèle. La régularisation avec les distributeurs se fera dans un délai de 2 mois à compter de la date de publication sur le site de l'Autorité de la concurrence. Orange en informera l'AdIC dans un délai de 3 mois.

Ces engagements répondent aux préoccupations de la concurrence et tendent surtout à montrer que les clauses d'exclusivité en matière de téléphonie mobile ne sont pas définitivement prohibées. Elles peuvent être tolérées à condition d'avoir une très courte durée ce qui se justifie dans un secteur où l'évolution technologique est rapide. Ce point mérite d'être souligné car le rappel de la licéité de principe des clauses d'exclusivité, avant et après la décision 08-MC-01, n'avait pas suffi à écarter une certaine perplexité. En somme, les engagements pris et la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ont apporté d'utiles précisions.