

Avis n° 2008-1175
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 4 novembre 2008
sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence
portant sur les pratiques de France Télécom, Orange France et Apple Europe
sur le secteur de la distribution de la téléphonie mobile

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu le code des postes et des communications électroniques et notamment son article L. 36-10 ;

Vu la demande d'avis du Conseil de la concurrence reçue le 26 septembre 2008 ;

Après en avoir délibéré le 4 novembre 2008 ;

I. La saisine

Par une lettre en date du 18 septembre 2008, la société Bouygues Telecom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Orange France et Apple Europe sur le marché métropolitain de la téléphonie mobile.

La saisine est motivée par des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par ces sociétés sur le marché de la distribution et de la vente de *smartphones*, causant à la société Bouygues Telecom, au secteur et aux consommateurs une atteinte grave et immédiate justifiant des mesures conservatoires.

Selon la saisine transmise pour avis par le Conseil de la concurrence à l'Autorité, Bouygues s'est approché de la société Apple, afin d'obtenir la qualité de distributeur agréé de ce terminal. Le refus d'Apple de livrer ce terminal à Bouygues procéderait du système de distribution sélective mis en place avec Orange France, qui contreviendrait au droit communautaire et français de la concurrence au titre des quatre restrictions qu'il contient : imposition de prix de revente *minima*, restriction de ventes actives et passives, couplage injustifié avec les produits d'Orange et sélection des revendeurs non-objective, disproportionnée et discriminatoire. Ces restrictions, conjuguées à la forte part de marché d'Apple, emporteraient une qualification d'entente anticoncurrentielle ne pouvant bénéficier de la règle de *minimis*, ni de l'exemption catégorielle issue du règlement 2790/1999 ou de l'exemption individuelle de l'article 81§3 TCE.

II. La situation du marché de la téléphonie mobile afférent aux *smartphones*

L'analyse des pratiques et leur effet sur la situation du marché national de la téléphonie mobile nécessite de décrire le marché en cause dans sa globalité, avant d'exposer les éléments afférents aux *smartphones*.

A. Le marché de la téléphonie mobile est un marché « de terminal » dont les *smartphones* constituent une sous-partie

1. Un marché de terminal...

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

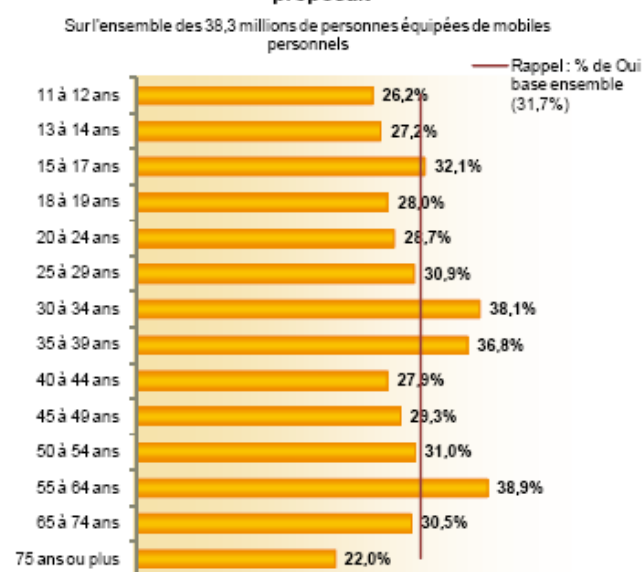
devenu un objet personnel donnant accès à un nombre croissant de services (e-mail, navigation Internet, TV mobile, etc.) et pouvant associer de nombreuses fonctionnalités (appareil photo, assistant personnel numérique, lecteur MP3, radio, etc.).

Dans cette perspective, le marché de la téléphonie mobile est considéré par la profession comme un marché « *de terminaux* ». D'ailleurs, ce n'est que très récemment que certains opérateurs de réseau ont mis en avant des offres post-payé sans terminal (dites offres « SIM nue »). A cet égard, la distribution physique dans un espace dédié à la téléphonie, doté des moyens humains et matériels permettant de valoriser les terminaux et d'accompagner les diverses opérations tenant au parcours client, constitue le cœur du marché mobile.

Il est vrai que certains acteurs – actuellement, il s'agit principalement d'opérateurs virtuels, à titre secondaire d'Orange France, qui a lancé depuis peu une offre « Orange Click » - ont fait le choix d'une distribution par vente à distance, notamment par Internet. Cependant, ce choix est souvent adossé à une distribution physique. En outre, lorsqu'il est effectué à titre principal, ce mode de commercialisation participe d'une stratégie propre d'un opérateur souhaitant, à la différence d'un opérateur généraliste, s'adresser à une clientèle précise, notamment issue d'une base client préexistante (exemple : Tele2) et/ou souhaitant bénéficier d'une offre SIM nue (clients disposant d'un terminal et ne souhaitant pas en changer). On ne saurait, par conséquent, attribuer à ce mode de distribution une portée autre que limitée.

Les éléments factuels que détient l'Autorité montrent que le terminal possède un effet attractif sur le consommateur (cf. figures 1, 2, 3), notamment lorsque ce dernier est relativement jeune (cf. figure 4).

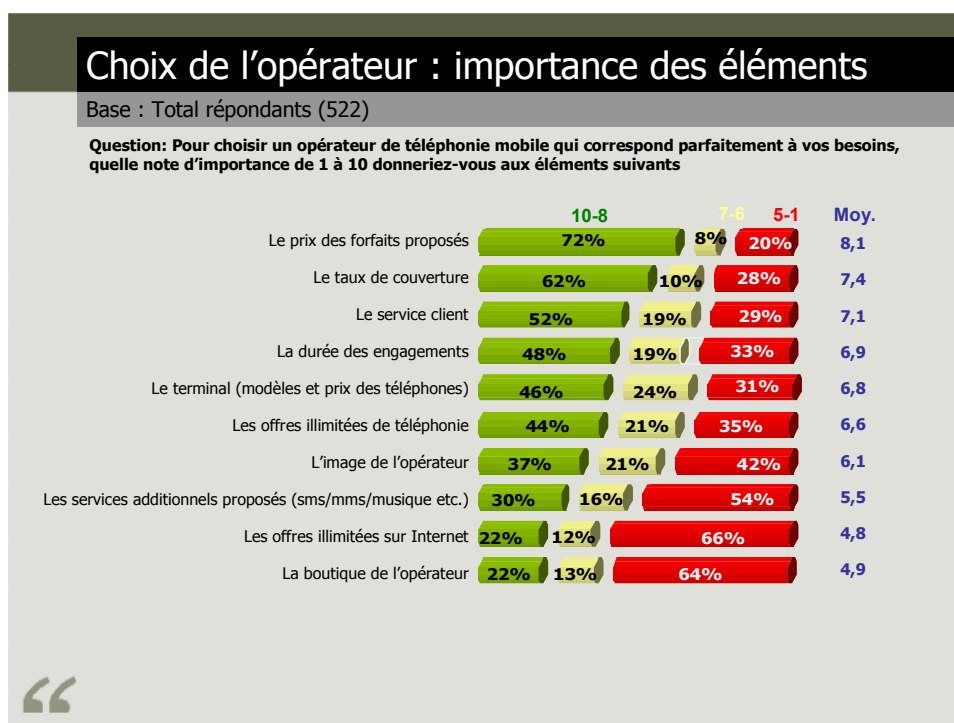
Choix de l'opérateur en fonction des téléphones mobiles qu'il proposait



Choix de l'opérateur en fonction des téléphones mobiles qu'il proposait



Figures 1 et 2 : Choix de l'opérateur de téléphonie mobile en fonction du terminal – Source : Enquête Mobiscopes, enov Research (Datanova), vague de mars 2008



Choix de l'opérateur : importance des éléments

Base : Total répondants (522)

Question: Pour choisir un opérateur de téléphonie mobile qui correspond parfaitement à vos besoins, quelle note d'importance de 1 à 10 donneriez-vous aux éléments suivants

	Moyenne Globale	Hommes (261)	Femmes (261)	16-20 (55)	21-24 (41)	25-34 (117)	35-49 (178)	50-65 (131)
Le prix des forfaits proposés	8,1	7,7	8,4	7,8	7,7	8,8	8,2	7,5
Le taux de couverture	7,4	6,9	7,9	7,1	7,2	8,2	7,4	7
Le service client	7,1	6,8	7,4	7	6,2	7	7,7	6,8
La durée des engagements	6,9	6,7	7,2	7	6,1	7,1	7,3	6,6
Le terminal (modèles et prix des téléphones)	6,8	6,7	7	6,8	6,2	7,5	6,9	6,5
Les offres illimitées de téléphonie	6,6	6,3	7	7,8	6,5	6,9	6,8	5,7
L'image de l'opérateur	6,1	6	6,3	5,6	6,8	6,3	6,3	5,8
Les services additionnels proposés (sms/mms/musique)	5,5	5,5	5,4	6,6	5,8	5,8	5,6	4,4
La boutique de l'opérateur	4,9	4,8	5	4,6	5,2	4,6	5,1	4,9
Les offres illimitées sur Internet	4,8	4,4	5,1	4,5	4,5	5,5	5,2	3,7

Figures 3 et 4 : Classement des principaux critères de choix d'un opérateur de téléphonie mobile – Source : Opinion Way, octobre 2008

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".

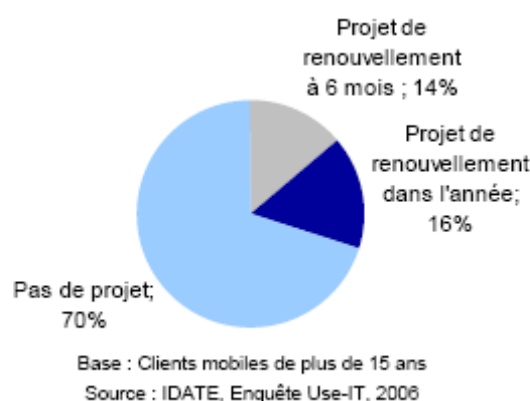


Figure 5 : Les projets de renouvellement en téléphone mobile – Source : étude Use-IT, 2006 IDATE

Raison	(%)
Pour avoir un téléphone plus moderne	76%
Pour avoir un téléphone qui fonctionne mieux	76%
Pour avoir un appareil photo intégré	34%
Pour accéder à de nouvelles fonctionnalités : musique, TV, messagerie...	30%
Pour avoir le Wap, l'i-mode, ou un accès haut débit	16%
Pour avoir un écran couleur	10%
Autre raison	17%

Base : Clients ayant le projet de renouveler leur terminal
Source : IDATE, Enquête Use-IT, 2006

Figure 6 : Les raisons de renouvellement du téléphone mobile – Source : étude Use-IT, 2006 IDATE

Enfin, il convient d'attirer l'attention du Conseil sur le fait que le prix de vente d'un « terminal nu » ne peut être assimilé à un prix de marché, ce qui limite tout essai de calcul de parts de marché en valeur reposant sur cette donnée, à l'instar de la démarche de Bouygues dans sa saisine. En effet, l'offre d'un terminal nu par un opérateur résulte d'une obligation légale, et son prix de vente peut être établi avec pour finalité de rendre plus attractives les prix des terminaux faisant l'objet d'un engagement, et donc d'une subvention.

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. Ce couplage d'un produit vendu à un prix symbolique ou très réduit limite la capacité du consommateur à valoriser le terminal non-subventionné. A cet égard, l'insuccès commercial de la première version de l'iPhone semble résulter principalement de son prix élevé, qui découlait d'une absence de subvention.

2. ... dont les smartphones constituent un sous marché stratégique

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.

On compte aujourd'hui, dans l'attente de l'arrivée de Google, 5 acteurs majeurs sur ce marché de fourniture de software : Symbian, Microsoft, Linux, RIM et iPhone OS.

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 tarifié 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 mondiales¹, soit environ 35 millions d'appareils écoulés au premier trimestre 2008, et la croissance de ce segment serait forte (60% par an)² 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 Afrique³. Le marché des smartphones apparaît donc comme un segment stratégique de croissance pour les opérateurs mobiles. En effet, avec l'essor de la 3 G, l'accroissement du nombre d'offres abondantes de services (cf. supra), les opérateurs privilégient la montée en gamme de leur parc clients par la consommation de nouveaux services (Internet), souvent à valeur ajoutée, et par le renouvellement de la génération des terminaux mobiles et ce, sur une base de mécanismes de fidélisation.

La convergence numérique joue un rôle fondamental dans la diffusion des *smartphones*. A cet égard l'intégration des terminaux avec des plates-formes de contenu constituent un facteur d'attractivité de ces derniers, dans la mesure où ils permettent la consommation en mobilité de contenus tels que la musique, TV / radio, jeux en réseau, ainsi que la possibilité d'envoyer des contenus (photos, vidéos, blogs...). Plus largement, les usagers de *smartphones* bénéficient du développement d'applications logicielles et de services annexes dédiés (par exemple, reposant sur la géolocalisation), qui constituent un atout concurrentiel fort sur ce segment d'offre.

3. L'attractivité particulière de l'iPhone

Dans ce contexte, il convient de noter que l'iPhone bénéficie d'une attractivité particulière pour les consommateurs, qui peut s'apprécier à l'aune de ses performances en ventes. Selon une étude précitée de juin 2008⁴, Apple serait troisième fournisseur mondial de *smartphones* (deuxième aux Etats-Unis), ayant vendu 1,7 millions d'iPhones dans le monde après un an d'activité. Sa part de marché sur le segment des *smartphones* resterait cependant modeste à ce jour à 5,3%, contre 13,4% pour RIM (8,3% en 2007) et 45,2% pour Nokia (46,7% en 2007).

Outre le bénéfice de l'image de marque d'Apple, cette attractivité repose notamment sur ses caractéristiques esthétiques et son ergonomie d'usage associant étroitement écran tactile et navigateur pour fournir un produit simple d'utilisation au point de contribuer fortement à la diffusion dans le grand public de l'internet mobile (accès direct à internet, facilité de consultation des pages). On note toutefois que ces caractéristiques 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.

¹ Il s'agit des études Gartner du 9 juin 2008 (<http://www.generation-nt.com/gartner-progression-marche-smartphone-q1-2008-actualite-103681.html>) et Canalys research du 5 février 2008 (cf. études en annexe).

² « Le marché des smartphones en pleine mutation » JDA septembre 2008 (cf. article en annexe).

³ « Le marché des smartphones arrive à maturité », Les Echos 20/08/08 p. 13 (cf. article en annexe).

⁴ Etude Gartner précitée.

L'iPhone présente cependant un particularisme marqué, qui est d'intégrer l'iPod, lecteur numérique (ou mp3), associé exclusivement au logiciel iTunes de synchronisation qui permet la gestion des contenus audio de l'iPod. Or, l'iPod est un produit prédominant sur le segment des lecteurs MP3 (plus de 160 millions d'iPods vendus dans le monde entre 2001 et mai 2008⁵), sur un marché dont la taille totale est difficile à estimer, mais dont les ventes représenteraient 216,9 millions d'unités en 2007 (données Institut iSuppli⁶).

Les raisons du succès de l'iPod peuvent s'expliquer notamment par sa gamme de prix assez large, l'image de marque d'Apple, la simplicité et l'esthétique du produit, ainsi que par l'ergonomie d'iTunes et l'existence du magasin en ligne, iTunes Music Store, offrant des services propriétaires lisibles uniquement sur iPod, dans la mesure où les fichiers audio vendus par ce canal ne peuvent être lus par un baladeur mp3 d'une autre marque qu'Apple.

S'il est difficile de déterminer précisément la part de marché de l'iPod en France, il apparaît toutefois qu'Apple a une place prééminente sur le marché du baladeur numérique. Selon le cabinet d'étude Tera, l'iPod capte 48% des ventes de baladeurs en France en 2007.

Par ailleurs, alors que l'insuccès commercial de la première version de l'iPhone semblait résulter principalement de son absence de subvention, 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 € pour le 8Go et 199 € pour le 16Go, contre 229 € pour l'iPod Touch 8Go et 289 € pour l'iPod Touch 16Go. Le consommateur de téléphonie mobile désirant acquérir un baladeur numérique de type iPod semble donc incité à choisir plutôt un iPhone.

Enfin, le 21 octobre dernier, la société Apple a communiqué sur le fait que « *Les ventes d'iPhones 3G ont été nettement supérieures aux ventes de l'iPhone de première génération. Au cours du premier trimestre de disponibilité de l'iPhone 3G, clos le 27 septembre 2008, 6,9 millions d'exemplaires ont été vendus, dépassant ainsi les 6,1 millions d'iPhones de première génération vendus lors des cinq trimestres précédents combinés. Du fait de cette croissance en volume, le montant du chiffre d'affaires de l'iPhone et le coût des produits dont la Société a reporté la comptabilisation à des périodes ultérieures en vertu de la comptabilité par abonnement, a augmenté de manière significative au cours du trimestre clos le 27 septembre 2008* »⁷.

B. Le marché des smartphones est étroitement lié au développement d'offres d'internet mobile

1. Le marché naissant des offres d'internet mobile et plus largement data

Il est extrêmement difficile de recenser l'intégralité des évolutions tarifaires des offres d'échange de données existantes, tant leur nombre et leur variété dans le temps sont importants. Ces offres se déclinent selon leur mode de tarification (au compteur, en option, en forfait) et le service rendu. Les opérateurs pratiquent des prix différents selon les usages : à titre d'exemple, les opérateurs peuvent offrir des services et des tarifs propres à des services de *push-mail* (transfert automatique des messages électroniques du réseau fixe de l'utilisateur vers son terminal mobile), d'internet mobile, d'*Instant messaging* (communication par messagerie en temps réel), etc.

Synthétiquement, l'offre des opérateurs en matière d'échange de données a suivi à ce jour une évolution en trois étapes. Dans un premier temps (2000-2004) les opérateurs ont lancé leurs services respectifs de navigation sur leur portail de services et sur Internet notamment en mode paquet comme par exemple la navigation WAP.

⁵ « Apple et Microsoft relancent la bataille des baladeurs MP3 », la Tribune en date du 10 septembre 2008.

⁶ <http://www.numerama.com/magazine/4332-Le-marche-des-baladeurs-apple-a-doubler-entre-2005-et-2011.html>

⁷ Source : <http://www.apple.com/fr/pr/20081021q4results.html>

Dans un second temps (2004-2007), les opérateurs ont proposé des prestations d'échange de données reposant sur des forfaits de faibles volumes, destinés à permettre un accès à ces prestations par le plus grand nombre.

Enfin, à compter de la fin de 2007, les opérateurs ont proposé des forfaits de consommation « illimités ».

Ainsi, par exemple, SFR propose depuis le 6 novembre 2007 une nouvelle gamme de forfaits, dits "Illimythics" en 3G+, consistant en internet mobile, mail mobile, musique et télévision « *sans aucune restriction de temps ou de volume téléchargé* ». Commercialisés initialement dans le cadre d'une série limitée à 100 000 souscriptions, à partir de 39€, 49€ et 69€ par mois pour un engagement 24 mois, ces prestations illimitées ont été poursuivies dans une nouvelle gamme de forfaits *Illimythics 3G+* et *Pro* lancés le 12 mars 2008. 500 000 clients y avaient souscrit au printemps 2008.

Le 11 juillet 2007, SFR a par ailleurs lancé sa « Clé Internet 3G+ » qui, connectée sur le port USB d'un ordinateur portable, donne accès à Internet sur le réseau 3G/3G+ de SFR. Ce produit a été accompagné de plusieurs forfaits, allant de 10Mo pour 12 euros TTC/mois à 1 Go à 60 euros TTC/mois.

Pour sa part, Orange propose, depuis mars 2008 et suite au rachat de l'opérateur virtuel Ten, des offres en licence de marque intégrant de manière systématique des fonctionnalités d'internet mobile, de mail et d'*Instant messaging* en accès illimité, à compter de 39,90 € par mois.

Orange propose par ailleurs sous sa marque depuis avril 2008 une nouvelle gamme d'options illimitées TV, internet et musique, et a lancé au sein de sa nouvelle gamme de services « Origami » une offre forfaits appels + SMS + multimédia avec internet et TV en illimité à compter de 37 € par mois. Auparavant, ses offres data reposaient sur des forfaits « Pass Multimedia » de 10Mo et 25 Mo. Deux offres dédiées à l'iPhone (« *Origami Star pour iPhone* » et forfait « *iPhone* ») ont par ailleurs été commercialisées au moment du lancement de ce dernier.

En décembre 2007, Orange a également lancé une offre de clé 3G+ permettant une connexion en internet mobile sur ordinateur portable compatible avec l'offre Pass Multimedia sans engagement (3€ pour 20 min) ou des forfaits *Internet everywhere* disponibles à partir de 22€/mois.

Enfin, Bouygues Telecom a lancé le 20 novembre 2007 une offre « *Web & Mail BlackBerry* » d'e-mail et de surf sur un smartphone BlackBerry pour 11,90 € par mois, consistant d'après l'opérateur en « *un véritable usage sans contrainte de l'Internet mobile* » initialement limitée toutefois à 50 Mo par mois, la limite étant passée depuis à 200 Mo/mois depuis. Par ailleurs, en février 2008, Bouygues a lancé l'offre Option Web & Mail à 9,90€/mois, comprenant l'envoi et réception illimités des e-mails de messagerie internet directement sur mobile, ainsi qu'un « *Surf illimité et accès gratuits à des grandes marques du web* » jusqu'à 500 Mo.

Fin août 2008, Bouygues a pratiqué une refonte de sa gamme de services en abondance, en lançant Neo 2 comprenant notamment l'envoi et la réception de données de manière illimitée.

Après les forfaits grand public Neo qui ont remporté un certain succès, Bouygues Telecom renouvelle son offre en y ajoutant le transfert données ou encore la compatibilité Blackberry. Ainsi, ces nouveaux forfaits qui s'échelonnent de 34,90 à 64,90 euros - voir tableau ci dessous - comprennent la possibilité d'envoyer et de recevoir des courriers électroniques (avec des pièces jointes de 300 Ko maximum, puis 1 Mo à partir de novembre 2008) et de surfer librement sur internet.

Enfin, le 21 mai dernier Bouygues a lancé une offre « *PC Internet mobile* » associée à une clé USB, de forfaits allant de 50 Mo/mois pour 17,90 euros à 44,90 euros pour ceux téléchargeant entre 501 Mo et 1 Go.

Il semblerait, dès lors, que les opérateurs mobiles se soient tous trois lancés dans des stratégies d'offre d'abondance de services data destinées au grand public.

2. Accroissement des volumes de données consommés

Les services multimédia mobile (accès à l'Internet mobile, envoi de MMS) ont été utilisés par 17,2 millions de clients au quatrième trimestre 2007 soit près d'un client sur trois. La contribution de ces services aux revenus mobiles est croissante.

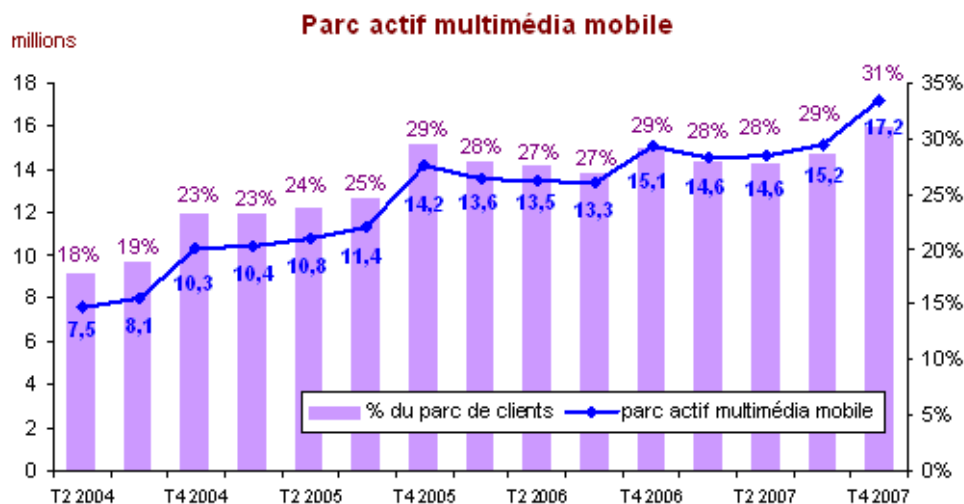


Figure 5 : Parc actif multimédia mobile – Source : Observatoire trimestriel de l'ARCEP, S1 2008

La consommation de services data (hors-SMS) est portée principalement par celle de contenus, et dans une bien moindre mesure de services interpersonnels (mails, MMS, visiophonie).

Selon les données Mobiscope de mars 2008, l'envoi ou la réception de mails concernait en septembre 2007 7,9% des individus équipés et le visionnage de vidéos 8,3%. L'accès à des informations par un service vocal, le visionnage de vidéos, le surf sur internet, l'envoi/réception d'e-mail représentent respectivement entre 3,8 et 4,5 millions d'utilisateurs (10 à 12% des équipés mobiles). Le téléchargement est pratiqué en mars 2008 par 16% des équipés mobiles (soit environ 6 millions de personnes), contre 12% des individus équipés en septembre 2007. Cette pratique est cependant bien supérieure chez les 11-17 ans.

On note de manière générale l'importance de la consommation de contenus audio, lesquels peuvent reposer sur des téléchargements, comme indiqué sur la figure 6.

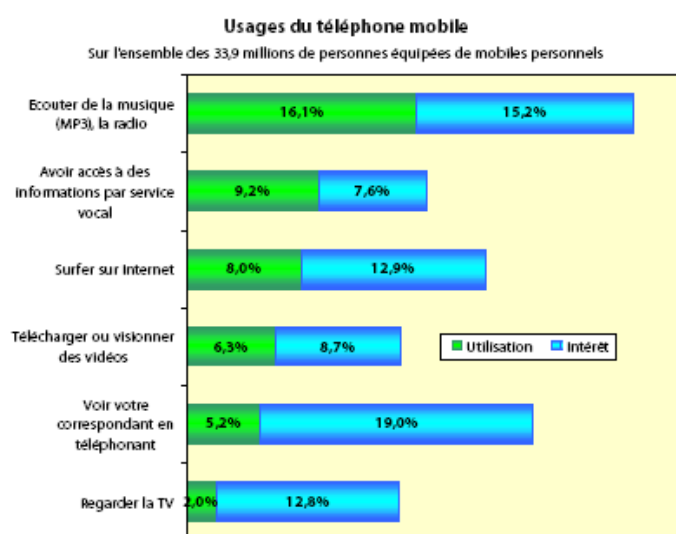


Figure 6 : Les usages du téléphone mobile – Source : Enquête Mobiscope, enov Research (Datanova), vague de mars 2008

C. Le marché des services d'internet mobile vendus en association avec des *smartphones* adaptés constitue un relais de croissance dans un marché de la téléphonie mobile désormais mûr

1. Le caractère stratégique de ce marché

Sur un marché désormais très mûr, le jeu concurrentiel, outre la conquête de jeunes primo-accédants qui feront l'objet d'une fidélisation, se tourne désormais vers l'acquisition de clients des opérateurs concurrents (notamment via le choix du terminal pour capter le client, cf. A), ainsi que sur la croissance en valeur du marché.

La diffusion de *smartphones* associés à des offres de data *ad hoc* constitue à cet égard un positionnement concurrentiel pertinent, dans la mesure il cible un segment de clientèle sensible au terminal dans son choix d'opérateur et présentant également des taux élevés d'usage de services multimédia, ce qui en fait un segment de clientèle à forte valeur. Le tableau suivant, issu de Mobiscope mars 2008, indique que les clients jeunes/jeune professionnels sont forts consommateurs de services de contenus et d'internet mobile :

Novascope Consumer (Mars 08)	Tranches d'âge des individus														Tous les âges
Usages mobile	11 à 12 ans	13 à 14 ans	15 à 17 ans	18 à 19 ans	20 à 24 ans	25 à 29 ans	30 à 34 ans	35 à 39 ans	40 à 44 ans	45 à 49 ans	50 à 54 ans	55 à 64 ans	65 à 74 ans	75 ans ou plus	
Nombre d'individus équipés de mobiles	868 373	1 281 449	2 180 346	1 606 773	3 716 645	3 887 337	3 786 661	3 803 723	3 617 709	3 126 985	2 765 475	3 635 713	2 617 640	1 358 142	38 282 971
Au moins un service	48%	46%	34%	41%	31%	28%	33%	25%	24%	18%	20%	14%	11%	3%	25%
Surfer sur Internet	19%	29%	12%	14%	15%	15%	10%	9%	4%	6%	4%	4%	0%	0%	10%
Envoyer ou recevoir des e-mails	9%	16%	7%	6%	10%	11%	14%	14%	11%	9%	13%	8%	4%	0%	10%
Avoir accès à des informations par service vocal	6%	10%	13%	20%	14%	15%	14%	15%	12%	8%	7%	9%	9%	3%	12%
Regarder la TV	4%	8%	3%	6%	5%	2%	4%	3%	3%	3%	2%	1%	0%	0%	3%
Visionner des vidéos	36%	34%	21%	24%	16%	10%	13%	9%	10%	4%	6%	4%	0%	0%	11%

Figure 6 : Les usages du téléphone mobile en fonction de l'âge des individus – Source : Enquête Mobiscope, enov Research (Datanova), vague de mars 2008

2. Association sans précédent du service et du terminal comprenant un baladeur mp3 à forte part de marché

C'est dans ce contexte qu'Orange France a obtenu une exclusivité sur la vente du terminal iPhone en France, ce qui lui permet d'être le seul opérateur à proposer l'iPhone en association avec des forfaits spécifiques sur un segment de marché particulièrement stratégique et à forte valeur ajoutée. L'offre commerciale faite par Orange associe ainsi un service de data mobile tarifé forfaitairement avec un terminal fortement attractif.

Le partenariat entre l'équipementier Apple et l'opérateur Orange revêt un caractère assez peu commun à plusieurs points de vue.

Tout d'abord, ainsi qu'indiqué plus haut, le terminal iPhone est un *smartphone* associé à un iPod, produit prédominant sur le segment des baladeurs MP3.

Ce produit est en outre exclusivement associé à l'utilisation du logiciel iTunes, central pour l'utilisation du terminal. Ainsi, l'ouverture d'un compte iTunes est indispensable pour configurer l'iPhone. Dans un premier temps l'utilisateur doit allumer son terminal, le connecter au port USB de son ordinateur puis suivre les instructions demandées via iTunes et, enfin, rentrer son code PIN afin d'utiliser son iPhone⁸. Par la suite, si le consommateur souhaite déverrouiller son iPhone, il devra également avoir recours à iTunes, après avoir récupéré auprès de son opérateur le code de désimlockage. Dans ce schéma, l'équipementier, et plus seulement l'opérateur, a désormais un lien direct avec le client final, Apple

⁸ La procédure décrite concerne uniquement un client avec une offre postpayée car si le client est détenteur d'une mobicarte, il devra appeler le service client ou envoyer un SMS pour l'activer.

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.

Enfin, Orange France a lancé une gamme de forfaits spécifiques exclusivement pour ce terminal, les forfaits « Orange pour iPhone » et des « options iPhone » à associer éventuellement à ses autres forfaits. De plus, l'iPhone 3G est subventionné par Orange selon le type de forfait choisi par le client ; un iPhone 8 Go est tarifé à 149 € pour les forfaits « Orange pour iPhone », à partir de 149 € pour les forfaits Origami (149 € avec « first » et « jet », 199 € avec « star » et « zen »), à 399€ pour les forfaits bloqués, à 509€ pour les sans engagement, à partir de 199 € pour les « exclu web » (selon la durée d'engagement)⁹. Le terminal seul est vendu au prix de 609 € sur le site de l'opérateur.

Les offres commerciales d'Orange pour l'iPhone permettent notamment d'échanger des mails, de naviguer, d'accéder aux services Orange World, YouTube, etc. et d'utiliser le service Messagerie Vocale Visuelle.

Cette conjonction du service et d'un terminal prédominants permettent à Orange de conquérir une clientèle jeune et à forte valeur ajoutée, qu'il peut être aisé de fidéliser dans la mesure où l'exclusivité de service et de grossiste présenterait la particularité d'être pluriannuelle, de porter sur la gamme de terminaux iPhone en développement, et devrait générer des services exclusifs faisant l'objet d'un transfert de technologie avec Apple. Ce constat est fondamental pour mesurer l'impact que peut avoir sur le marché de détail de la téléphonie mobile l'exclusivité d'Orange.

D. Les exclusivités dont bénéficie Orange France

A titre préliminaire, l'iPhone 3G a été lancé dans 21 pays (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, Hong Kong, Irlande, Italie, Japon, Mexique, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède et Suisse) le 11 juillet et a été mis en vente en France le 17 juillet.

	Allemagne	Autriche	Italie	Portugal	Suisse	Royaume-Uni	Espagne	Belgique
opérateurs fournisseurs de l'iPhone	T-Mobile	2 opérateurs : T-Mobile, Orange	2 opérateurs : TIM et Vodafone	2 opérateurs : optimus et Vodafone	2 opérateurs : Swisscom et Orange	O2	Movistar	Mobistar

L'association terminal-services effectuée par Apple Europe et Orange France repose sur deux pratiques d'exclusivité contractuelle permettant à Orange de ne vendre les terminaux qu'associés à ses offres de service. Une première exclusivité, dite « *de grossiste* », permet à Orange de bénéficier du droit exclusif de vendeur de gros des iPhone en France ; une seconde exclusivité, dite « *de service* », permet à Orange de ne vendre le terminal qu'associé à ses services (pratique de simlockage), même lorsque ce dernier est distribué en réseau multimarque.

La persistance d'une telle situation de fait constitue une spécificité, dans la mesure où la commercialisation de la deuxième version de l'iPhone a fait l'objet d'une remise en cause, par Apple, de son modèle initial de distribution, centré sur les exclusivités. En effet, s'il était clair que la politique de l'équipementier, au moment du lancement du premier iPhone en Europe, était fondée sur une relation d'exclusivité avec l'opérateur prééminent de chaque pays concerné (pour la France il s'agissait d'Orange France, pour l'Allemagne de T-Mobile et pour le Royaume-Uni d'O2), il en est tout autrement avec le lancement de la nouvelle version de l'iPhone puisque dans la plupart des États européens l'iPhone est vendu chez deux opérateurs.

⁹ Prix constatés sur le site d'Orange :

http://www.orange.fr/bin/frame.cgi?u=http%3A/sites.orange.fr/boutique/files/html/pe_pack_forfaits_iPhone.htm

III. Sur les pratiques

La saisine fait état d'un partenariat commercial avec Apple Europe assurant à Orange l'exclusivité de fourniture de services associés à l'iPhone et un monopole sur l'activité de grossiste iPhone en France.

L'Autorité tient à souligner qu'elle n'a pas eu communication de cet accord, dont la qualification en droit de la concurrence ne relève pas de ses compétences d'attribution légales. En tout état de cause, en première analyse, il lui semble que ces exclusivités dépassent 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. Si l'accord Apple Europe et Orange devait prévoir une exclusivité d'une durée très supérieure à cette pratique et/ou étendue en gamme, ses effets, anticoncurrentiels ou à l'inverse pro-économiques, pourront faire l'objet d'un examen par le Conseil.

De manière générale, l'Autorité considère que les pratiques d'exclusivités peuvent générer des progrès économiques en termes d'investissement et d'innovation. Dans la pratique on relèvera que le lancement de la première version de l'iPhone par Orange en 2007 a conduit SFR à lancer sa gamme *Illimythics* susmentionnée. Ces aspects positifs sont toutefois à mettre en regard des atteintes à la concurrence qu'elles mettent en place, lorsqu'elles sont le fait d'opérateurs qui, du fait de leur position de dominance, sont en mesure de générer des effets de levier ou d'accroître des coûts de changement de ce fait.

A. Sur l'exclusivité de grossiste

Au titre de l'accord le liant à Apple, Orange est seul grossiste des produits de ce dernier pour la France. Ceci pourrait conduire à une distorsion de concurrence en faveur d'Orange s'il s'avérait que dans les faits ce dernier favorisait son propre réseau de distribution, par exemple en limitant l'approvisionnement en iPhone des revendeurs multimarques.

Cette activité de grossiste exclusif dépasse l'activité traditionnelle d'Orange, ou plus généralement des opérateurs nationaux de téléphonie mobile et est une condition nécessaire de l'association du terminal avec ses services, dans la mesure où le terminal n'est rendu disponible à des clients ou à des concurrents tiers qu'à ses conditions de fourniture. Sans que l'Autorité dispose à ce jour du contrat de grossiste d'Orange France, il lui semble qu'il est impossible pour des réseaux multimarques d'acquérir auprès d'Orange des terminaux non simlockés.

B. Sur l'exclusivité de service

L'exclusivité de service mise en place par les accords conclus entre Apple Europe et Orange France ont pour effet notable que les terminaux iPhone sont vendus liés avec une offre de services Orange France.

1. Simlockage injustifié

Les terminaux iPhone vendus en France sont sans exception *simlockés* (c'est-à-dire verrouillés) sur le réseau d'Orange. Ceci est notamment vrai des terminaux vendus « nus », c'est-à-dire ne faisant pas l'objet d'une subvention de terminal résultant de la souscription par le client à une offre post-payée. Cette dernière situation est particulièrement injustifiée, dans la mesure où la pratique du simlockage est conçue pour permettre à un opérateur ayant subventionné un terminal de recouvrer les coûts engagés lorsque le client change prématurément de fournisseur de services. La fourniture gratuite d'une carte SIM ne retire rien à ce constat.

La conséquence d'une telle pratique est d'augmenter de manière artificielle le coût de changement d'opérateur pour un client souhaitant faire fonctionner son iPhone sur un réseau autre que celui d'Orange, dans la mesure où il devra payer pour ce faire. La vente d'un terminal associé nécessairement à une offre de communications d'opérateur pourrait en outre être qualifiée de vente liée contraire à l'article L122-1 du code de la consommation, lequel dispose « *qu'il est interdit de*

subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service (...) », pour peu qu'il soit estimé que le simlockage associé à la fourniture d'une carte SIM constitue la fourniture d'un service de communications prépayé.

A cet égard, il convient de vérifier la matérialité de l'affirmation de Bouygues Telecom selon qui le désimlockage du terminal acheté « nu » avec une carte SIM gratuite ne se ferait que couplé à l'acquisition d'une recharge payante. En effet, si cette situation s'avérait, elle s'apparenterait à une vente liée où la prestation de désimlockage serait de plus injustifiée au regard de l'absence de subvention du terminal.

Le désimlockage par iTunes peut également poser des questions concurrentielles lorsque ses conditions de réalisation sont plus contraignantes que pour un désimlockage par un opérateur.

2. Interopérabilité du terminal

Au préalable, l'Autorité entend rappeler que la Directive *RTTE* impose aux opérateurs un ensemble d'obligations (publication...) portant sur leurs interfaces en vue de prévenir que ces derniers ne créent des distorsions de concurrence sur le marché des terminaux de téléphonie mobile, en limitant l'interopérabilité des terminaux sur les différents réseaux nationaux¹⁰.

Cette directive impose des obligations visant notamment à prévenir de situations où un opérateur est en mesure de déterminer de manière unilatérale des normes de compatibilité de son réseau avec des terminaux, ce qui lui permet d'exporter un éventuel pouvoir de marché d'opérateur de réseau sur le marché connexe des terminaux.

A contrario du marché européen normé et à titre d'exemple, le marché américain fait coexister deux normes incompatibles (GSM et CDMA) impliquant qu'un client qui change d'opérateur doit changer de technologie, dans la mesure où ce nouvel opérateur est sous l'autre norme que celle de l'opérateur que le client quitte, et ne peut, dans cette éventualité, conserver son terminal. Une telle situation entraîne plusieurs conséquences importantes, et en particulier le développement d'exclusivités de distribution de terminaux (Razr avec Cingular, iPhone avec AT&T, etc.). Cette pratique de verrouillage des terminaux et des applications motiva Google à demander qu'une "ouverture" des réseaux soit imposée aux lauréats des enchères de spectre dans la bande des 700 MHz, en vue de fluidifier le marché de détail. En réponse à cette demande, la FCC a isolé un bloc de fréquences, le bloc C, astreint à non-verrouillage.

Il conviendrait en l'espèce de vérifier la matérialité des difficultés alléguées par Bouygues Telecom à faire fonctionner sur son réseau l'iPhone régulièrement désimlocké, notamment en ce qui concerne les téléchargements de mises à jour. Si de telles difficultés étaient avérées, ceci emporterait une atteinte à l'interopérabilité des terminaux et des réseaux, ce qui a toujours été considéré par l'Autorité comme par le droit communautaire comme un facteur de distorsion de concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile, dans la mesure où elle engendrerait un accroissement de coûts de changement d'opérateur de téléphonie mobile pour les clients souhaitant changer de fournisseur tout en conservant le bénéfice de services offerts par leur terminal.

L'interopérabilité pourrait également être atteinte si certains services disponibles sur l'iPhone n'étaient accessibles qu'aux clients l'utilisant sur le réseau d'Orange, notamment si Apple refuse d'indiquer à ses concurrents les spécifications permettant d'interopérer avec les interfaces correspondantes de l'iPhone (ou, pris inversement, si certains services d'Orange n'étaient accessibles qu'aux utilisateurs d'iPhone). Dans un tel cas de figure, la conjonction d'un service et d'un terminal réhausserait plus encore les coûts de changement de terminal et/ou de fournisseur de services. Un client souhaitant changer d'opérateur devrait de ce fait encourir les coûts de changement afférents à cet opérateur, mais encourrirait également les coûts afférents au changement des offres dédiées au terminal. Inversement, un client souhaitant changer de terminal perdrait le bénéfice des services d'opérateur qui lui seraient dédiés. Le développement de services propres à un terminal donné et disponibles sur le

¹⁰ Cf. Directive 1999/5/CE du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (dite RTTE), considérant 23 : « *considérant que les interfaces harmonisés entre les équipements terminaux et les réseaux de télécommunications favorisent des marchés compétitifs tant pour les équipements terminaux que pour les services de réseaux* ».

réseau d'un seul opérateur emporte donc un effet de levier sur les coûts de changement associés à l'opérateur ou au terminal. Il conviendrait cependant de mettre cette atteinte à la fluidité des marchés de détail des terminaux et des services en regard des bénéfices à l'économie qu'apporterait l'innovation en cause, et des éléments techniques qui pourraient légitimer cette exclusivité.

L'Autorité n'a pas à ce jour la preuve matérielle de l'existence de telles pratiques par Orange et Apple Europe. Néanmoins, elle estime ce rappel nécessaire, pour le cas où de telles pratiques seraient effectivement mises en évidence à l'occasion des investigations du Conseil de la concurrence dans le cadre de la présente saisine.

3. La conjonction d'une offre de produit très populaire avec un opérateur prééminent

L'association terminal mobile/baladeur MP3/service de téléphonie/service de contenu semble capable d'emporter un effet d'autant plus fort sur le marché que les fournisseurs en cause sont prééminents et attractifs sur leurs marchés.

Il convient cependant de noter que l'attractivité de l'iPhone ne se traduit pas pour l'instant en *leadership* de volumes sur le marché des *smartphones*, que de nombreux équipementiers visent à concurrencer ce produit et sont également en croissance forte sur le segment (à titre d'exemple, au niveau mondial, RIM, qui commercialise des terminaux Blackberry, détient en 2008 13,4% de parts de marché, contre 8,3% en 2007, du fait d'une stratégie d'ouverture de ses terminaux au grand public¹¹). S'agissant de la prééminence du baladeur MP3, on note qu'en France l'iPod captait 48% des ventes de baladeurs en 2007 (source cabinet d'étude GFK – cité par Tera).

IV. Sur les mesures conservatoires demandées

S'agissant de l'urgence, l'Autorité tient à souligner le fait que le marché de la téléphonie mobile présente une saisonnalité marquée. 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. Ainsi, la période de fin d'année peut en effet emporter le risque d'effets marqués à l'encontre de Bouygues Telecom, effets amplifiés par la vigueur du marché des *smartphones*.

Concernant les données de *churn*¹² spécifique au lancement de l'iPhone 3G, Bouygues Telecom a transmis la répartition des demandes hebdomadaires de portabilité sortantes grand public allant de janvier 2008 à la troisième semaine du mois d'août (semaine 34). On constate effectivement des pics de demandes de portabilité sortantes vers Orange au moment du lancement du nouvel iPhone.

Il convient toutefois de noter que les données de portabilité ne constituent pas un indicateur très fiable du *churn* dans la mesure où seule une faible part des résiliations (environ 10%) fait l'objet d'une demande de portage de numéro mobile. Sur le fond, on notera qu'au moment du lancement par Orange de l'iPhone, Bouygues Telecom n'avait pas encore lancé sa gamme Neo 2 (lancement au 29 août 2008), ce qui limitait d'autant sa propre attractivité à ce moment.

Par ailleurs, au vu des éléments transmis par les opérateurs dans le cadre du SIM (Suivi des Indicateurs Mobiles), l'Autorité constate, pour le troisième trimestre 2008, que le nombre de numéros Bouygues portés vers Orange a considérablement augmenté. Cela étant, ces données sont à relativiser au vu du nombre de numéros Bouygues portés vers SFR, également en augmentation ce trimestre ci.

Si ces données ne permettent pas d'observer une mise en danger immédiate de l'équilibre financier de l'opérateur Bouygues Telecom lié au lancement en juillet de l'iPhone 3G, l'Autorité tient à souligner

¹¹ Etude Gartner précitée.

¹² Résiliations d'offre par des clients changeant d'opérateur.

que l'urgence peut également être appréciée au regard de la durée de l'exclusivité, de la durée minimale nécessaire pour traiter le dossier au fond, et de la durée habituelle des exclusivités sur ces marchés. Si l'accord d'exclusivité semblait *a priori* de nature à avoir un effet sur le marché, des mesures conservatoires pourraient alors apparaître légitimes en attendant l'avis au fond.

L'ARCEP s'en remet à l'appréciation du Conseil en ce qui concerne le prononcé de mesures conservatoires à raison des faits dénoncés, et de leurs effets tenant notamment à l'envergure de l'exclusivité dénoncée.

Le présent avis sera transmis au Conseil de la concurrence.

Fait à Paris, le 4 novembre 2008,

Pour le Président,
le membre du collège présidant la séance,

Edouard BRIDOUX

ANNEXE
Articles de presse et études cités dans l'avis

- Etude Gartner du 9 juin 2008
- Etude Canalys research du 5 février 2008
- Article de presse «Le marché des smartphones en pleine mutation», JDA de septembre 2008
- Article de presse «Le marché des smartphones arrive à maturité», Les Echos en date du 20 août 2008
- Article de presse « Apple et Microsoft relancent la bataille des baladeurs MP3», la Tribune en date du 10 septembre 2008