



Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005
relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation
des télécommunications en application de l'article L. 37-1
du code des postes et communications électroniques

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres du 5 octobre 2004 et du 5 novembre 2004, enregistrées sous le numéro 04/0071A et 04/0084A, par lesquelles l'Autorité de régulation des télécommunications a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, de demandes d'avis relatives à la définition des marchés du haut débit et à la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence du 8 novembre 2004 portant jonction des affaires enregistrées sous les numéros 04/0071 A et 04/0084 A ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, ainsi que le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite directive « *cadre* » ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 12 janvier 2005 ;

Les représentants de l'ART, de France Télécom, de l'association AFORS Télécom (Association Française des Opérateurs de Réseaux et de Services de Télécommunications), de Télé 2 entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par lettre du 5 octobre 2004, enregistrée sous le n° 04/0071 A, l'ART a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, sur la définition du marché de dégroupage et du marché des offres d'accès large bande livrées au niveau régional, ainsi que sur l'identification de France Télécom comme opérateur puissant sur ces deux marchés. Après avoir prolongé le

délai de consultation publique sur le marché des offres de gros DSL livrées au niveau national, l'ART a sollicité également l'avis du Conseil de la concurrence, par lettre du 5 novembre 2004, enregistrée sous le n° 04/0084 A, sur la définition du marché des offres d'accès large bande livrées au niveau national, ainsi que sur l'identification de France Télécom comme opérateur puissant sur ce marché. Ces deux saisines, toutes deux relatives à des marchés de gros situés en amont du marché de détail du haut débit, ont été jointes par décision du 8 novembre 2004.

2. Cette procédure de consultation du Conseil par l'ART au titre de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques s'inscrit dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de télécommunications, dont le Conseil a rappelé les enjeux et les modalités dans un précédent avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004.
3. Dans sa recommandation du 11 février 2003, la Commission européenne a identifié, dans le secteur de l'Internet à haut débit, deux marchés de gros susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante* : le marché 11 relatif à la « *fourniture en gros de l'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et aux sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux* » et le marché 12, de « *fourniture en gros de services à large bande* ».
4. Dans les demandes d'avis transmises au Conseil, l'ART propose de même d'inscrire ces deux marchés sur la liste des marchés pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et communications électroniques et de désigner France Télécom comme opérateur puissant sur ces deux marchés. Par ailleurs, s'appuyant sur les dispositions de l'article 15 de la directive « *cadre* » (point 19 de la recommandation et point 29 des lignes directrices), qui permet d'identifier comme susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante* des marchés non recensés par la recommandation de la Commission, l'ART propose de retenir, à titre transitoire, le marché de la fourniture de services à large bande livré au niveau national. France Télécom serait également désigné comme opérateur puissant sur ce marché.
5. Sur ces différents marchés, l'ART propose :
 - de maintenir et de compléter les modalités existantes de régulation en vigueur pour le dégroupage ;
 - d'introduire des obligations réglementaires nouvelles sur le marché de la livraison régionale du trafic de données ;
 - d'alléger le cadre actuel des obligations sur le marché de la livraison nationale de trafic de données IP (marché de l'option 5 nationale).
6. S'agissant du marché de détail, l'ART considère qu'il n'y a pas lieu de l'inscrire sur la liste des marchés pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et communications électroniques et prévoit de lever la régulation existante sur l'offre « *Ma ligne ADSL* ».
7. L'analyse de l'ART porte sur le territoire national, hors Saint-Pierre et Miquelon qui fera l'objet d'une étude ultérieure spécifique.
8. Dans le présent avis, seront examinés successivement les marchés de détail (I) et les marchés de gros (II), en analysant pour chacune de ces catégories, d'une part, la délimitation des marchés envisagée par l'ART, d'autre part, la question de leur inscription sur la liste des marchés pertinents en vue de l'application des articles L. 38, L.38-1 et L. 38-2 du code des postes et communications électroniques.

I. Analyse des marchés de détail

A. LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS

9. Les offres d'accès haut débit sont définies par l'ART dans sa saisine comme celles comprises entre les offres à bas débit (strictement inférieur à 128kbit/s) et les offres à très haut débit utilisant des liaisons louées ou la fibre optique. A la date du présent avis, ces offres incluent des débits de plus en plus élevés puisque sont commercialisées, depuis fin 2004, des offres ADSL permettant un débit d'accès de 20Mbit/s sur l'ADSL et 10Mbit/s sur le câble. L'ART considère donc que l'accès commuté, à bande étroite, n'est pas substituable à l'accès haut débit. Cette analyse a effectivement déjà été faite par le passé tant par les autorités communautaires que nationales.
10. Sur le haut débit, l'ART, comme la Commission dans sa recommandation de 2003, laisse ouverte la question de la délimitation exacte d'un ou plusieurs marchés en fonction des technologies et donc, en premier lieu, la question du degré de substituable entre les accès par câble et les accès par ADSL.
11. Les technologies du câble et de l'ADSL présentent en effet un certain nombre de caractéristiques communes et ont pu être considérées dans des décisions contentieuses récentes comme offrant un service substituable du point de vue des demandeurs (décision de la Commission européenne du 16 juillet 2003, Wanadoo). En outre, l'apparition d'offres ADSL « multiple play », comportant des services d'accès à Internet, de la télévision et de la voix sur IP, rapproche de plus en plus leur contenu de celui des offres d'accès haut débit par câble qui combinent souvent l'accès Internet et la télévision.
12. A contrario, les offres des câblo-opérateurs sont limitées géographiquement aux 790 communes sur lesquelles un réseau câblé a été déployé, regroupant 16 millions d'habitants, alors que la combinaison des différentes technologies DSL devrait permettre de couvrir d'ici fin 2005, courant 2006, 99 % de la population. La pression concurrentielle des offres câble sur les offres DSL se limitera donc aux zones de déploiement du câble. La croissance du nombre d'abonnés au haut débit au cours des 9 premiers mois de 2004 traduit cette différence de potentiel : +25 % pour l'ADSL, +3,3 % pour le câble. En revanche, les câblo-opérateurs pourront difficilement fixer les conditions de leurs offres de façon indépendante par rapport à celles des offres DSL.
13. En second lieu, l'ART note le faible taux de pénétration des autres technologies alternatives à l'ADSL (BLR, CPL, Wifi, Satellite) mais ne se prononce pas de façon explicite sur leur substituable avec les offres ADSL.
14. La question d'une segmentation des marchés en fonction des types de services offerts par l'intermédiaire de ces technologies haut débit est également laissée en suspens. La diversification rapide des services offerts par la technologie ADSL (accès à Internet, voix sur IP, télévision, visiophonie) et le développement d'offres « *multiplay* » plaident en faveur d'une délimitation large des marchés au niveau du détail, englobant au moins tous les types de service haut débit ADSL. A contrario, ces services sont également offerts de façon isolée, par le moyen d'autres technologies, dont certaines, comme l'accès par le réseau commuté, ne sont pas substituales à l'ADSL. Dans sa contribution à la consultation publique lancée par l'ART, Tiscali considère que les offres combinant accès à Internet, téléphonie et télévision « *apparaissent sur des marchés bien connus et nullement*

émergents » et « que le fait de les coupler ne suffit pas pour définir un marché émergent ». L'ART déclare partager ce point de vue.

15. Une délimitation des marchés de détail selon les critères dégagés par le droit de la concurrence devrait également trancher la question d'une éventuelle distinction entre clientèle résidentielle et professionnelle, de nombreux opérateurs ayant insisté sur les besoins spécifiques de la clientèle professionnelle. La Commission avait effectivement estimé, dans sa décision du 16 juillet 2003 précitée, que *« l'accès à Internet pour la clientèle résidentielle se distingue de l'accès à Internet pour la clientèle professionnelle. Les différences sont au moins au nombre de trois : des gammes de prix bien différenciées ; des fonctionnalités généralement sensiblement supérieures pour la clientèle professionnelle ; une gamme de choix techniques plus étendus pour l'accès ».*
16. En l'espèce, il n'apparaît effectivement pas nécessaire, dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et communications électroniques, de délimiter précisément les marchés de détail car il n'est pas envisagé de leur appliquer une régulation spécifique, et cette délimitation est sans incidence sur celle des marchés de gros sous-jacents.

B. SUR L'INSCRIPTION DES MARCHÉS DE DÉTAIL SUR LA LISTE DES MARCHÉS PERTINENTS, EN VUE DE L'APPLICATION DES ARTICLES L. 38, L. 38-1 ET L. 38-2 DU CODE DES POSTES ET COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

17. L'ART considère qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer aux marchés de détail les outils de régulation spécifiques prévus par les dispositions législatives mentionnées ci-dessus. Elle note, en premier lieu, que le nombre d'abonnés à l'ADSL a fortement progressé depuis deux ans et que les opérateurs alternatifs ont conquis près de 50 % du parc de clients. Elle expose encore que le dynamisme de la concurrence s'est traduit par une baisse significative des tarifs proposés, par un accroissement des débits offerts et par la diversification des offres.
18. S'agissant des offres câblées, encore largement dominées par l'opérateur historique, l'ART rappelle que France Télécom et NC Numéricâble ont annoncé, fin 2004, la vente de leurs activités câble à un nouvel opérateur. La création d'un groupe de dimension comparable à celui de Noos est susceptible, comme le note l'ART, de modifier les conditions de la concurrence dans ce secteur. Le Conseil relève par ailleurs que les câblo-opérateurs annoncent pour 2005, la mise en place d'offres couplant téléphonie, télévision et Internet, comme pour les offres ADSL.
19. En second lieu, l'ART constate que le dispositif de régulation appliqué à l'ADSL entre l'année 2000 et l'année 2004, privilégiant le contrôle des offres de gros tandis que les offres de détail de Wanadoo n'étaient pas soumises à homologation, a permis le développement concurrentiel des marchés de détail. Elle estime que le maintien de la régulation des marchés de gros et le droit de la concurrence seront suffisants pour assurer la poursuite de ce développement.
20. Les opérateurs alternatifs ne partagent pas cette analyse. S'agissant des offres de détail d'accès ADSL, la situation actuelle se caractérise, selon eux, par une large position dominante du groupe France Télécom et l'existence de fortes barrières à l'entrée qui rendent impossible une évolution vers une concurrence effective. Ils citent notamment le contrôle par France Télécom de la boucle locale dont dépendent les concurrents. Ils affirment que le droit de la concurrence s'est jusqu'à présent révélé insuffisant pour

remédier aux défaillances des marchés et dénoncent la pratique par Wanadoo de prix prédateurs, les obstacles opposés par France Télécom au développement des marchés de gros et les délais inadaptés des voies de recours. De plus, ils soutiennent que l'apparition d'offres de voix sur IP crée un risque de couplage anticoncurrentiel entre l'abonnement téléphonique et l'accès ADSL, que les concurrents ne seraient pas en mesure de dupliquer. Enfin, ils exposent que la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom accroît les risques concurrentiels pour l'avenir (effets de leviers horizontaux, verticaux, risques de pratiques prédatrices ou de subventions croisées, de pratiques de ciseau tarifaire) et justifie un contrôle ex ante des offres de détail d'accès ADSL.

21. Toutefois, comme le Conseil le rappelait dans son précédent avis rendu en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications (n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004), le contrôle des tarifs sur les marchés de détail est une option qui est de nature à freiner la mise en place du libre jeu de la concurrence et ne peut se justifier que dans des cas exceptionnels où aucune concurrence n'est susceptible de voir le jour sans régulation ex ante, ce qui n'est manifestement pas le cas des offres de détail d'accès ADSL. En premier lieu, les évolutions récentes constatées sur ce marché, et rappelées ci-dessus, témoignent d'une concurrence vivace. En deuxième lieu, la plupart des risques soulignés par les opérateurs tiers peuvent être traités, de façon plus efficace, par une régulation adaptée des offres de gros qui sera analysée ci-après. En troisième lieu, les procédures d'urgence du droit de la concurrence, déjà largement utilisées par le passé par les opérateurs, comme les nouveaux outils mis à la disposition du Conseil par le législateur, devraient permettre une mise en œuvre efficace des prohibitions de droit commun. Enfin, le cadre réglementaire applicable à la régulation sectorielle des télécommunications prévoit également la mise en œuvre de procédures exceptionnelles auxquelles il n'est pas interdit de recourir.

1. LA SITUATION CONCURRENTIELLE

22. En 2003, la progression du marché de l'ADSL en France qui a été la plus forte d'Europe, s'est poursuivie à un rythme élevé en 2004. Le nombre d'abonnés à l'ADSL a presque doublé en un an, passant de 3,2 millions fin 2003, à 6,1 millions à la fin de l'année 2004. Une dizaine d'acteurs se partagent le marché, la part des fournisseurs d'accès concurrents de France Télécom/Wanadoo étant passée de 20 % des abonnés à la fin de l'année 2002 à environ 50 % à la fin de l'année 2004.
23. L'intensification de la concurrence s'est traduite par la baisse continue des tarifs. En deux ans, les tarifs des offres d'accès à Internet haut débit par l'ADSL ont, en moyenne, été divisés par trois. Par exemple, alors qu'il s'élevait à plus de 45 euros TTC en 2002, le tarif mensuel de l'abonnement à 512 kbit/s est généralement entre 15 et 30 euros TTC en septembre 2004. Parallèlement, les offres se sont diversifiées, avec un accroissement des débits offerts et l'apparition de nouveaux services (télévision sur ADSL, voix sur IP, visiophonie).

2. LES RISQUES CONCURRENTIELS PEUVENT PLUS EFFICACEMENT ÊTRE TRAITÉS PAR UNE RÉGULATION ADAPTÉE DES MARCHÉS DE GROS

24. La maîtrise par France Télécom de la boucle locale et son intégration verticale donnent à l'opérateur historique un pouvoir de marché sur l'ensemble des marchés dépendant, en aval, de l'accès à cette infrastructure essentielle. France Télécom a donc la possibilité d'abuser de ce pouvoir de marché, y compris sur les marchés de détail et les risques

dénoncés par les opérateurs tiers sont bien réels. En particulier, un opérateur placé dans cette position peut, par le biais de subventions croisées ou de pratiques de ciseaux tarifaires, tenter d'évincer ses concurrents sur un marché sans consentir de pertes, c'est-à-dire en échappant à la qualification de prix prédateurs. Cependant, le contrôle ex ante des prix sur le marché de détail n'apparaît ni la seule façon, ni la plus efficace, de veiller à ce que l'opérateur historique ne renforce pas ou n'exploite pas son pouvoir de marché.

25. Une action directe sur les prix de détail ne se justifie en effet que si ceux-ci sont prédateurs, au sens où l'ont défini les autorités communautaires, notamment par la CJCE dans son arrêt Akzo du 3 juillet 1991, c'est-à-dire si les coûts pertinents encourus par l'entreprise pour la fourniture du service ne sont pas couverts par le prix de détail, situation qui conduit l'entreprise à réaliser des pertes. Elle n'est rationnelle que si l'on peut raisonnablement présumer que l'entreprise aura la possibilité de récupérer à terme les pertes accumulées délibérément, en relevant ses prix ou grâce à une augmentation de ses volumes de vente permise par l'éviction de ses concurrents. Cette stratégie comporte donc un risque pour l'entreprise, celui de ne pas pouvoir combler ses pertes, qu'il lui faut assumer vis-à-vis des actionnaires. Quoi qu'il en soit, les autorités de concurrence disposent de moyens efficaces, ex-post, pour repérer et donc décourager cette pratique : la jurisprudence, y compris les tests techniques à mettre en œuvre est bien établie. Aussi, la pratique de prix prédateurs n'est pas la plus probable pour une entreprise verticalement intégrée comme France Télécom, qui dispose d'autres moyens pour tenter d'évincer ses concurrents sur le marché de détail, sans réaliser de pertes.
26. La maîtrise par France Télécom d'une facilité essentielle en amont (la boucle locale de cuivre) lui permet en effet d'interdire à ses concurrents, par un effet de ciseau tarifaire, l'exercice d'une concurrence effective sur les marchés en aval, y compris les marchés de détail. France Télécom peut pratiquer des prix bas sur les marchés de détail, sur lesquels ses concurrents ne pourront s'aligner, compte tenu des prix de gros qu'elle leur facture par ailleurs, alors que, en ce qui la concerne, ces recettes couvrent tous les coûts encourus pour la fourniture du service. Ainsi, des tarifs trop élevés sur les marchés de gros du haut débit, comme les tarifs du dégroupage ou de l'accès large bande DSL, sont susceptibles d'empêcher les opérateurs tiers de s'aligner sur les tarifs de détail des offres d'accès ADSL sans que ces tarifs n'occasionnent de pertes pour l'entreprise intégrée France Télécom. De même, la maîtrise de la boucle locale par France Télécom et sa puissance sur les marchés de gros lui permettent de lancer des offres de détail que ses concurrents ne pourraient pas répliquer en raison des spécifications techniques ou opérationnelles des offres de gros qu'elle propose.
27. Face à de telles pratiques, une régulation ex ante, consistant à contraindre les prix de détail ou à bloquer les offres innovantes, pourrait apparaître dans un premier temps préjudiciable aux consommateurs, alors qu'elles sont en fait imputables au niveau trop élevé des prix de gros ou aux caractéristiques techniques et opérationnelles discriminatoires des offres de gros. Une régulation efficace de ces offres de gros, qui s'attache à vérifier non seulement qu'elles respectent, lorsque cela est nécessaire, le principe de l'orientation vers les coûts mais aussi qu'elles permettent effectivement la répliquabilité dans des conditions normales du marché -tant du point de vue technique, opérationnel qu'économique- des offres de détail de France Télécom, paraît plus adaptée.
28. De plus, l'ART peut faire application des dispositions de l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques en matière de règlement de différends pour

imposer à France Télécom la modification des tarifs ou des spécifications de ses offres de gros afin de garantir le respect des objectifs énoncés au paragraphe précédent.

29. S'agissant de la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom, elle pourrait faciliter la mise en œuvre des pratiques décrites ci-dessus dans la mesure où elle pourrait réduire la transparence des flux financiers entre les différents marchés concernés par les activités de France Télécom. Or, de cette transparence dépend la capacité des autorités de régulation, tant de l'ART que du Conseil, à vérifier l'application du principe de non-discrimination entre France Télécom lui-même et ses concurrents pour l'accès au réseau et la conformité des prix de détail de France Télécom aux dispositions du droit de la concurrence. Toutefois, là encore, la régulation ex-ante des prix de détail ne constitue pas le remède le plus adapté à ce risque. Les effets sur la transparence de la réintégration des flux financiers entre les différentes activités de France Télécom peuvent plus efficacement être traités par une redéfinition des obligations comptables qui s'imposent à France Télécom.
30. Le Conseil a, dans de nombreux avis (cf. [rapport annuel](#) pour 2003) et notamment dans l'avis n° [04-A-21](#) du 28 octobre 2004 précité, souligné que, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence de secteurs auparavant dominés par une entreprise en situation de monopole, la séparation comptable des différentes activités de ces entreprises constitue une condition nécessaire pour s'assurer que le jeu concurrentiel n'est pas faussé. *« Cette comptabilité séparée permettra de retracer les flux entre activités et de vérifier l'absence de subvention croisée entre les activités où France Télécom est en position dominante, et les autres activités exercées en concurrence »*. Cette séparation comptable n'apparaît cependant pas toujours suffisante. Elle doit aussi parfois être complétée par une véritable séparation fonctionnelle. A cet égard, il appartient au régulateur sectoriel, conformément aux pouvoirs qui lui ont été donnés par le législateur, de déterminer les mesures ou modalités qui pourraient être imposées à un opérateur verticalement intégré, disposant d'un monopole de fait sur la boucle locale, pour assurer *ex ante*, une égalité des opérateurs notamment dans les conditions d'accès à la boucle locale ou pour prévenir d'éventuels abus, tant sur les marchés « amont » que sur les marchés « aval ».
31. Il convient, à cet égard, de rappeler que l'article 11 alinéa 1 de la directive « accès » précise que *« l'Autorité réglementaire peut [...] obliger une entreprise intégrée verticalement à rendre ses prix de gros et de transfert interne transparents, entre autre pour garantir le respect de l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 10, ou en cas de nécessité, pour empêcher des subventions croisées abusives »*.

3. L'EFFICACITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE

32. Parallèlement à la régulation *ex ante* des marchés de gros, le droit de la concurrence a vocation à remédier aux abus qui pourraient être commis par France Télécom sur les marchés de détail, soit du fait de la position dominante qu'elle pourrait y détenir, soit du fait de la position dominante qu'elle détient sur les marchés de gros en amont.
33. Le recours à la procédure des mesures conservatoires a déjà permis à plusieurs reprises au Conseil d'intervenir rapidement sur le marché de détail de l'accès à Internet en France. Cette procédure, qui prévoit la consultation de l'ART, permet au Conseil de contrôler le caractère concurrentiel d'offres de détail. Dans le cadre de mesures conservatoires, le Conseil peut suspendre les offres et, de façon générale, enjoindre à l'entreprise mise en cause les mesures qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires dès lors qu'une atteinte grave et immédiate est portée à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

34. A deux reprises, le Conseil a ainsi suspendu des offres tarifaires de France Télécom sur le marché de détail, que ce soit l'offre tarifaire d'accès à Internet à destination des écoles et des établissements scolaires (décision n° [98-MC-03](#) du 19 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association Française des Opérateurs privés de télécommunications) ou l'offre d'accès rapide à Internet par la technologie ADSL (décision n° [99-MC-06](#) du 23 juin 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe). Le Conseil a subordonné la commercialisation de ces offres à une condition de « *réplicabilité* », c'est-à-dire pour la première, à la possibilité pour les opérateurs concurrents de se connecter au réseau local de France Télécom pour construire une offre concurrente et, pour la seconde, à la possibilité effective pour les opérateurs concurrents de présenter leurs propres offres d'accès à Internet par la technologie ADSL.
35. Le Conseil est également intervenu pour suspendre la commercialisation des packs ADSL de Wanadoo dans les agences commerciales de France Télécom, conditionnant celle-ci notamment à la possibilité pour les opérateurs alternatifs d'accéder aux mêmes informations que Wanadoo sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL (décision n° [02-MC-03](#) du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France).
36. Par ailleurs, comme l'ART le note dans sa saisine, le Conseil a, par le passé, enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation de l'offre « *Ma ligne locale* » qui couplait des prestations en monopole et des prestations pour lesquelles il existait des offres concurrentes.
37. De plus, l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, permet dorénavant au Conseil d'ordonner le paiement d'astreintes qui peuvent aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier, afin d'assurer le respect des injonctions ou des engagements. Cette disposition pourra renforcer à l'avenir l'effectivité des décisions du Conseil et sa capacité à garantir le fonctionnement concurrentiel des marchés.
38. Enfin, le Conseil rappelle que l'efficacité de ces procédures repose également sur les dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce qui permettent de prononcer des sanctions en cas de non-respect des injonctions prononcées. Le Conseil a récemment rappelé, à deux reprises, que le non respect des injonctions était une pratique particulièrement grave (décisions [03-D-43](#) et [04-D-18](#)). La cour d'appel a confirmé cette analyse (arrêts du 6 avril 2004 et du 11 janvier 2005) et même estimé dans la seconde affaire, que la gravité de la pratique justifiait une sanction d'un montant double de celui infligé par le Conseil.

4. L'EXISTENCE DE PROCÉDURES EXCEPTIONNELLES

39. Au surplus, les tarifs de détail de Wanadoo pour l'accès à l'ADSL ont été mis sous surveillance par la Commission jusqu'en 2006. En effet, dans une décision du 16 juillet 2003, la Commission a sanctionné Wanadoo pour avoir, de mars 2001 à octobre 2002, enfreint l'article 82 du traité CE en pratiquant pour ses services eXtense et Wanadoo ADSL des prix prédateurs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 et ne lui permettant pas de couvrir ses coûts complets à partir d'août 2001. Elle a considéré que ces tarifs s'inscrivaient dans le cadre d'un plan visant à préempter le marché de l'accès à Internet à haut débit dans une phase importante de son développement. Elle a prononcé une amende de 10,35 millions d'euros. Elle a également enjoint à Wanadoo de

lui transmettre, à l'issue de chaque exercice et jusqu'à l'exercice 2006 compris, le compte d'exploitation de ses différents services ADSL, faisant apparaître les revenus comptables, les coûts d'exploitation et les coûts d'acquisition de la clientèle.

40. Par ailleurs, le nouveau cadre réglementaire applicable aux communications électroniques a doté l'ART, avec l'article L. 37-3 du code des postes et des communications électroniques, inséré par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, du pouvoir de prendre dans des circonstances exceptionnelles et sans définition préalable du marché, des mesures provisoires afin de préserver la concurrence et protéger les intérêts des utilisateurs : « *Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le ministre chargé des télécommunications électroniques ou l'Autorité de régulation des télécommunications considèrent qu'il est urgent d'agir, par dérogation aux procédures prévues aux deux alinéas précédents, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, ils peuvent adopter immédiatement des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée* ». L'article D. 306 du code des postes et des communications électroniques, issu du décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004, a fixé cette durée maximum à 6 mois. Si les conditions énoncées par les textes sont remplies, une telle faculté peut être utilisée par l'ART à titre de sauvegarde. Il y a donc, là aussi, un élément de réponse, certes limité et exceptionnel mais qui ne peut être exclu, aux préoccupations des opérateurs alternatifs.
41. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, le Conseil partage l'analyse de l'ART selon laquelle une régulation ex ante des marchés de détail n'est pas nécessaire pour garantir leur fonctionnement concurrentiel.

II. Analyse des marchés de gros

A. LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS

42. L'ART a distingué, aux fins de l'application des dispositions des articles L. 38-1, L. 38-2 et L. 38-3 du code des postes et télécommunications, trois types de prestations non substituables du point de vue des demandeurs et constituant donc des marchés pertinents : l'accès dégroupé à la boucle locale de cuivre, l'accès large bande DSL livré au niveau régional et l'accès large bande DSL livré en un point national¹. L'ART a donc fait une distinction entre la technologie DSL et les technologies alternatives. En revanche, elle a écarté d'autres segmentations envisagées telles que dégroupage total/dégroupage partiel, clientèle résidentielle/ clientèle professionnelle, zones denses/zones non denses.
43. L'absence de substituabilité du dégroupage de la boucle locale de cuivre avec d'autres offres de gros a été peu discutée par l'ensemble des opérateurs. En particulier, l'ART note que l'accès dégroupé aux réseaux câblés serait une solution peu intéressante pour les opérateurs tiers, quasiment équivalente au déploiement de nouveaux réseaux et que les autres technologies d'accès (satellite, accès hertziens, CPL) sont aujourd'hui trop peu

¹ La Commission précise dans sa recommandation du 11 février 2003 que, pour le moment, la fourniture en gros de l'accès à large bande est limitée aux services « *bitstream* », c'est-à-dire des services qui dépendent en partie du réseau commuté mais peuvent inclure d'autres réseaux, comme le réseau ATM, mais que des infrastructures alternatives pourront y être intégrées si elles offrent des services équivalents.

développées pour qu'il soit possible de se prononcer sur leur substituabilité avec la boucle de cuivre. Elle précise également que le dégroupage et les offres de gros d'accès large bande DSL ne permettent pas aux opérateurs alternatifs une différenciation comparable des offres, le dégroupage permettant de bâtir des offres « *multiple-play* » (Internet, voix sur IP, TV sur ADSL). En revanche, le dégroupage implique des investissements très substantiels pour les opérateurs alternatifs qui doivent se raccorder aux répartiteurs de l'opérateur historique pour couvrir une zone donnée.

44. En revanche, plusieurs opérateurs ont attiré l'attention de l'ART et du Conseil sur la spécificité, d'une part, du dégroupage partiel, par rapport au dégroupage total, et d'autre part, du dégroupage de la sous-boucle locale, par rapport au dégroupage de la boucle locale. L'ART estime que, si ces différents types d'accès n'offrent effectivement pas les mêmes possibilités aux demandeurs, un opérateur proposant l'un des types de dégroupage est en mesure de proposer l'autre.
45. Le Conseil partage cette analyse qui conduit à identifier un marché pertinent de l'accès dégroupé à la boucle locale de cuivre et note qu'elle implique que l'accès à la sous boucle locale soit considéré comme entrant dans le champ de l'application des dispositions des articles L. 38-1, 38-2 et 38-3 du code des postes et communications électroniques.
46. La distinction faite entre offres de gros d'accès large bande au niveau régional et offres de gros large bande livrée à un point de collecte nationale est justifiée par l'ART par la constatation que d'une part, les offres de collecte au niveau régional ne peuvent être utilisées que par les opérateurs ayant déployé un réseau comportant au minimum une vingtaine de points de connexion, et, d'autre part, les fournisseurs d'accès qui ne disposent pas de réseau ne peuvent que collecter le trafic en un point national. Elle note ainsi que les migrations constatées depuis le début de l'année 2004, entre offres nationales et offres régionales sont le fait d'opérateurs qui investissent progressivement dans le déploiement d'un réseau de plus en plus capillaire.
47. A contrario, l'ART estime qu'il n'y a pas lieu de segmenter le marché de l'accès large bande au niveau régional entre les offres concernant un faible nombre de points d'interconnexion (une vingtaine au minimum) et celles en comportant un grand nombre (120 au maximum), considérant que les opérateurs ayant déployé un réseau leur permettant de se connecter à 20 points ont vocation à monter progressivement en capillarité. De même, l'ART estime qu'il n'est pas nécessaire de distinguer, sur les marchés de gros, des offres destinées à la fourniture de services aux professionnels, d'une part, et à la clientèle résidentielle, d'autre part.
48. Enfin, s'agissant de la dimension géographique des marchés d'accès à large bande, l'ART envisage de ne pas segmenter le territoire national, hormis le cas particulier de St Pierre et Miquelon. Elle constate qu'actuellement, il existe, en premier lieu, des zones sur lesquelles sont présents plus d'un offreur sur ces marchés, les opérateurs tiers ayant construit des offres sur la base du dégroupage, en deuxième lieu, des zones non encore dégroupées dans lesquelles seul France Télécom propose des accès de gros ADSL, enfin, en troisième lieu, des zones non couvertes par l'ADSL. Toutefois, elle observe également que les contours de ces zones ont rapidement évolué depuis deux ans. Les opérateurs tiers ont, à la date du 1^{er} juillet 2004, installé leurs équipements sur environ 550 répartiteurs, desservant plus de 50 % de la population, contre 10 % au début de l'année 2003 et préoyaient d'équiper 1 000 répartiteurs à la fin de l'année 2004. France Télécom a annoncé qu'à la fin de l'année 2005, 90 % des lignes pourraient bénéficier de l'ADSL, contre 80 % au début de l'année 2004. De plus, selon l'ART, les principaux fournisseurs d'accès à Internet, et notamment les six principaux, fournissent leurs services sur un plan national ou du moins

métropolitain, et suivent une politique de tarification homogène sur l'ensemble du territoire métropolitain. Elle rappelle que, dans ses lignes directrices, la Commission indique que *« dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux : le territoire couvert par le réseau ; l'existence d'instruments juridiques, législatifs ou réglementaires »*. Compte tenu du caractère prospectif de l'analyse à laquelle il doit être procédé aux fins de la nouvelle régulation, l'ART estime hasardeux de figer la définition des zones sur lesquelles il n'existe pas de concurrence mais précise que le fait de définir un marché global ne préjuge pas de la prise en compte, dans la régulation elle-même, de l'hétérogénéité des conditions de concurrence à court terme.

49. Le Conseil partage globalement cette analyse. S'agissant de la distinction qu'il serait possible de faire entre offres destinées à la fourniture de services aux professionnels, d'une part, et à la clientèle résidentielle, d'autre part, il note qu'il existe des offres essentiellement destinées aux opérateurs souhaitant construire des offres à forte valeur ajoutée pour une clientèle professionnelle. Elles semblent cependant reproductibles par les concurrents de l'opérateur historique puisque l'une d'entre elles, livrée en un point national, émane d'un opérateur tiers. En tout état de cause, la distinction d'un marché d'offres de gros destinées à des produits entreprises ne changerait pas l'analyse qui peut être faite de la puissance de l'opérateur historique sur les marchés de gros au niveau régional.
50. S'agissant de la délimitation géographique du marché, le Conseil constate qu'effectivement, les frontières des zones dégroupées et des zones non dégroupées évoluent rapidement. Les conditions de concurrence sur ces zones sont directement liées à la progression de la capillarité des réseaux des opérateurs et à leur déploiement sur les répartiteurs ouverts par France Télécom au dégroupage. Si ce déploiement doit à terme rencontrer une limite du fait de perspectives de rentabilité insuffisantes sur les zones restant à couvrir, cette limite n'est pas connue aujourd'hui.
51. Cependant, certains fournisseurs d'accès concurrents de France Télécom (Tele 2, Tiscali) ont annoncé que leurs offres ne seraient plus disponibles dans les zones non dégroupées. D'ores et déjà, 9 Telecom et Free y pratiqueraient des prix plus élevés. Ces FAI dénoncent l'existence, dans les zones non dégroupées, d'un ciseau tarifaire entre les tarifs de détail de Wanadoo et les tarifs de gros. Ils exposent que les tarifs de détail de Wanadoo sont identiques sur l'ensemble du territoire national, alors que les tarifs de l'option 5 sont différents en zone A (répartiteurs de plus de 20 000 lignes)² et en zone B (répartiteurs de moins de 20 000 lignes), et que ces tarifs de détail sont inférieurs aux prix de l'option 5 en zone B.
52. S'il ne peut donc être exclu que, sur certaines zones non dégroupées, subsiste un monopole de fait de France Télécom sur les offres de gros d'accès large bande et une position prépondérante des offres de détail de Wanadoo, cette perspective ne préjuge cependant pas des limites du dégroupage lui-même. Une délimitation géographique des zones non dégroupées pourrait donc artificiellement figer le marché et restreindre sa dynamique. L'absence de distinction à priori s'inscrit bien, au cas d'espèce, dans la démarche prospective imposée par le nouveau cadre réglementaire, particulièrement pertinente sur les marchés du haut débit compte tenu des évolutions très rapides qui peuvent y être constatées. Au demeurant, elle a peu d'incidence, dans la mesure où l'ART se propose

² Selon l'ART, 9,4 millions de lignes sont rattachées à des répartiteurs de plus de 20 000 lignes, 18,5 millions de lignes sont rattachées à des répartiteurs de moins de 20 000 lignes.

d'appliquer les dispositions des articles L. 38-1, L. 38-2 et L.38-3 aux marchés ainsi globalisés, au besoin de façon différenciée suivant la densité des zones géographiques.

B. SUR L'INSCRIPTION DES MARCHÉS DE GROS SUR LA LISTE DES MARCHÉS PERTINENTS, EN VUE DE L'APPLICATION DES ARTICLES L. 38, L. 38-1 ET L. 38-2 DU CODE DES POSTES ET COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

53. L'ART examine, pour le marché de l'accès large bande DSL livré en un point national, si les trois critères cumulatifs suivants sont remplis, en justifiant cette analyse par le fait que ce marché ne figure pas au nombre de ceux recensés par la Commission dans sa recommandation du 11 février 2003, conformément à la conclusion du 3.2 de la recommandation dans laquelle *« la Commission invite les ARN à suivre les mêmes critères et principes fondamentaux lorsqu'elles recenseront des marchés qui ne figurent pas dans la présente recommandation. »* :
- l'existence de barrière à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence ;
 - l'absence de dynamisme de la concurrence ;
 - l'absence d'efficacité suffisante du droit de la concurrence.
54. En revanche, se fondant sur la circonstance que les marchés de gros de l'accès dégroupé à la boucle locale de cuivre et de l'accès large bande DSL livré au niveau régional figurent sur la liste établie par la Commission européenne dans la recommandation du 11 février 2003 (marchés 11 et 12), l'ART ne justifie pas dans sa saisine le besoin de régulation ex ante sur ces marchés.
55. Le Conseil souhaiterait attirer l'attention de l'ART sur ce point de méthode. Il ne ressort ni de la directive cadre du 7 mars 2002 ni de sa transposition en droit national que, pour les marchés recensés par la Commission européenne, les ARN peuvent se dispenser de procéder à une analyse concurrentielle de leurs marchés nationaux. Au contraire, le considérant 27 de la directive *« cadre »* du 7 mars 2002 précise : *« Il convient en effet que les autorités réglementaires nationales déterminent, après analyse, si le marché, pour un produit ou service donné, est réellement concurrentiel dans une zone géographique donnée (...) »*.
56. De plus, l'article 16.3 de la directive prévoit que *« lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2 »*. La notion de concurrence effective est explicitée au considérant 27 : *« Il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective, c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème. »*. Cette faculté laissée aux ARN de constater qu'un marché, bien que figurant parmi ceux recensés par la Commission, est suffisamment concurrentiel pour qu'une régulation ex ante ne soit pas nécessaire, impose qu'une analyse concurrentielle soit effectuée, en fonction des circonstances nationale, pour tous les marchés.
57. L'article L. 37-1 issu de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 9 juillet 2004 prévoit d'ailleurs que l'ART détermine, *« au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective »* et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications

électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et communications électroniques. Le Conseil renvoie enfin aux paragraphes 5 et 7 de son avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004.

58. Le marché du dégroupage constitue cependant une exception dans la mesure où comme le souligne la Commission dans la recommandation du 11 février 2003, son inscription sur la liste des marchés pour lesquels une régulation ex ante est justifiée résulte de l'annexe 1 de la directive « *cadre* » et non de l'analyse faite dans la recommandation.
59. En revanche, le marché de la fourniture en gros de l'accès large bande au niveau régional doit faire l'objet, tout autant que celui de l'accès large bande livré en un point national, d'une analyse concurrentielle au regard des trois critères rappelés au §53 ci-dessus. Le Conseil s'attachera donc, comme il l'a fait dans l'avis précédent, à examiner si les obstacles au développement d'une concurrence effective sur les marchés de gros de l'accès large bande DSL sont tels que le droit de la concurrence ne puisse suffire à les résoudre, soit successivement :
- l'existence de barrières à l'entrée sur ces marchés (1),
 - la pénétration des opérateurs alternatifs (2),
 - l'efficacité du droit de la concurrence (3).

1. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE SUR LES MARCHÉS DE GROS DE L'ACCÈS LARGE BANDE DSL

60. Pour être en mesure de faire des offres sur le marché de gros de l'accès large bande au niveau régional, les opérateurs concurrents de France Télécom doivent relier leurs équipements à la boucle locale en cuivre de l'opérateur historique (dégroupage) et déployer un réseau jusqu'aux points de livraison au niveau régional. La rentabilité de ces investissements dépend d'une part, des tarifs des prestations de dégroupage achetées à France Télécom et d'autre part, des prix qu'ils sont en mesure de pratiquer sur ce marché. Ceux-ci sont contraints à la fois par les prix que France Telecom propose lui-même sur le même marché mais également par ceux que l'opérateur historique pratique sur le marché aval de l'accès livré en un point national.
61. En ce qui concerne le marché de l'accès large bande DSL livré en un point national, la capacité des opérateurs alternatifs à faire des offres attractives par rapport à celles de France Télécom dépend également des tarifs du dégroupage qui leur permet de livrer au point de connexion du FAI du trafic acheminé sur leur propre réseau depuis le répartiteur. Les opérateurs tiers peuvent par ailleurs, pour les zones qu'ils n'ont pas dégroupées, compléter leur offre en prenant livraison du trafic au niveau régional. Le dynamisme de la concurrence sur le marché de l'accès national est donc aussi lié à la situation sur le marché amont de l'accès régional.
62. Les prix relatifs des différentes offres de France Télécom jouent un rôle essentiel dans la dynamique de la concurrence sur les marchés de gros de l'accès large bande DSL. Ils déterminent à la fois les conditions d'entrée des concurrents sur le marché en aval et la rentabilité des investissements consentis par les opérateurs dans un réseau propre. Le stade actuel atteint par le déploiement des réseaux des opérateurs tiers et leur capacité à proposer des offres concurrentes de France Télécom s'est inscrit dans un cadre dans lequel des obligations spécifiques ont été imposées à l'opérateur historique depuis l'apparition de la technologie DSL, à la fin de l'année 1999. Il est également le résultat de nombreuses décisions contentieuses. Les interventions conjointes de l'ART et du Conseil de la

concurrence ont ainsi abouti à la mise en place de trois offres de gros, respectivement dénommées « *Option 1* » (dégrouper), « *Option 3* » (ADSL Connect ATM, Turbo DSL) et « *Option 5* » (IP/ADSL), par référence à la présentation de l'ART dans sa consultation publique d'avril 1999. Le régulateur a été notamment attentif au caractère interdépendant des tarifs de ces offres de gros et à leurs effets en termes d'incitation à l'investissement par les opérateurs dans un réseau plus ou moins déployé.

a) L'accès à la boucle locale fait l'objet d'une régulation ex ante spécifique

63. L'accès à la boucle locale en cuivre de France Télécom, qui relie les 30 millions d'abonnés à environ 12 000 répartiteurs, est essentiel pour les opérateurs tiers. D'une part, les autres technologies d'accès à l'abonné (câble, BLR, satellite) ne peuvent être analysées comme substituables à la boucle de cuivre, comme le constat en a été fait ci-dessus. D'autre part, le déploiement d'une boucle de cuivre concurrente de celle de France Télécom, dont le coût est estimé par d'ART à environ 30 Mds d'euros, ne constitue pas une alternative économique raisonnable. Ces caractéristiques ont conduit les autorités de concurrence et de régulation sectorielle à considérer qu'il s'agissait d'une infrastructure essentielle dont il convenait de réguler l'accès en imposant à l'opérateur historique des obligations spécifiques.
64. La mise à disposition des opérateurs tiers, par les opérateurs historiques, de la boucle locale en cuivre a été imposée par le règlement CE n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale et par le décret n° 2000-881 du 12 septembre 2000, modifiant le code des postes et des télécommunications. Dans ce cadre, France Télécom est soumise aux obligations suivantes :
- répondre, dans des « *conditions objectives, transparentes et non discriminatoires* », aux demandes raisonnables d'accès à la boucle locale, pour la partie métallique de son réseau comprise entre le répartiteur principal et le point de terminaison situé dans les locaux de l'abonné ;
 - publier une offre de référence pour l'accès dégroupé à sa boucle locale et aux ressources connexes. Cette offre de référence doit contenir une description des prestations liées au dégroupage ainsi que les modalités, conditions et prix qui y sont associés. L'offre doit être suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du service.
 - orienter les tarifs afférents au dégroupage et aux ressources connexes vers les coûts.
65. Les prix du dégroupage ont été jusqu'à présent établis par l'Autorité de régulation des télécommunications sur la base des coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT), conformément au décret du 13 septembre 2000 relatif à l'accès à la boucle locale. Ces coûts correspondent à ceux de la construction d'une boucle locale en cuivre au moyen de la meilleure technologie actuellement disponible. Cette méthode d'évaluation des prix du dégroupage a été contestée par les opérateurs alternatifs qui ont fait valoir qu'elle n'est pas adaptée à une situation où la boucle locale est depuis longtemps amortie et conduit à des coûts élevés. Le décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004 a supprimé cette référence aux CMILT.
66. Bien que le cadre juridique décrit ci-dessus ait été organisé dès l'année 2000, le dégroupage de la boucle locale n'a connu un véritable essor commercial qu'à partir de la

fin de l'année 2002. Au 31 décembre 2004, 13 opérateurs avaient signé une convention de dégroupage avec France Télécom. Trois d'entre eux visent plus spécifiquement le marché résidentiel (Free, Télécom Italia France et Tiscali). La société Free, qui intègre les activités de fournisseur d'accès à Internet et d'opérateur de réseau a annoncé vouloir adosser 75% de ses offres à un accès dégroupé. Les sociétés Colt, Easynet, et Cambio sont spécialisées dans les offres aux entreprises, essentiellement à Paris et sur sa banlieue proche. Les opérateurs 9 Télécom et Cegetel ont une stratégie globale, visant tant la clientèle professionnelle que résidentielle. Enfin, cinq opérateurs sont actifs sur des marchés régionaux, en métropole ou dans les DOM (Altitude Télécom, Axione, Bretagne Télécom, Dauphin Télécom, Teloise).

67. Le total des accès dégroupés est passé entre le 1^{er} janvier 2004 et le 1^{er} janvier 2005 de 10 % des accès DSL à 25 %. Avec 95 190 lignes, le dégroupage total en représente moins de 2 %. Le nombre de lignes partiellement dégroupées s'élève au 1^{er} janvier 2005 à 1,49 million.

Le dégroupage de la boucle locale.

	1er fév 2003	1 ^{er} oct 2003	1 ^{er} janv 2004	1er juil 2004	1 ^{er} oct 2004	Evolution 1er oct 2004/ 1er oct 2003
Dégroupage partiel	9 027	128 355	269 255	717 654	997 873	677 %
Dégroupage total	1 413	3 374	3 795	13 066	51 421	1 424 %
Total	10 440	131 729	273 255	730 720	1 049 294	696 %

Source : art-telecom.fr observatoire du dégroupage

68. Sur les 12 300 répartiteurs du réseau de France Télécom, 3600, représentant 80 % des lignes, avaient été équipés en technologie ADSL à la fin de l'année 2004. L'objectif annoncé par France Télécom est d'équiper tous les répartiteurs en DSL pour l'année 2006.
69. Fin 2004, des opérateurs tiers avaient connecté leurs équipements dans 843 répartiteurs. Un total de 1 000 répartiteurs, reliant 60 % des lignes, devait être ouvert au dégroupage au 31 décembre 2004. Dans un premier temps, les opérateurs tiers se sont installés dans les plus gros répartiteurs, en zones de population denses. L'équipement des autres répartiteurs nécessite le déploiement de réseaux de plus en plus capillaires dont le coût peut être amorti sur un nombre de clients prospectifs de moins en moins élevé au fur et à mesure ou la taille des répartiteurs équipés diminue.

b) Une régulation interdépendante des offres de gros d'accès large bande DSL

70. Sur le marché de l'accès large bande DSL au niveau régional, l'offre « *ADSL Connect ATM* », dite option 3 (420 000 accès à la fin de l'année 2004), résulte d'une injonction du Conseil de la concurrence (décisions n° [00-MC-01](#) du 18 février 2000). Dans le précédent cadre réglementaire, il s'agissait d'une « *offre d'accès spécial* » dont les tarifs devaient refléter les coûts du service rendu et qui devait être fournie dans des conditions non discriminatoires. L'ART est intervenue à plusieurs reprises pour fixer les modalités techniques et tarifaires de cette offre, notamment dans le cadre de règlements de différends. A l'occasion d'avis tarifaires portant sur les offres IP/ADSL (option 5), l'ART a de plus subordonné les baisses proposées par France Télécom à des baisses correspondantes de l'offre « *ADSL Connect ATM* », afin de préserver un espace économique suffisamment incitatif pour que les opérateurs déploient leur réseau de

collecte des points de livraison au niveau régional jusqu'aux points de connexion des FAI au niveau national.

71. L'offre « *TURBO DSL* » (environ 100 000 accès fin 2004) est une offre d'accès large bande au niveau régional essentiellement utilisé par les opérateurs alternatifs pour proposer des services aux professionnels. Les tarifs de l'offre Turbo DSL font l'objet jusqu'à présent d'une homologation tarifaire en tant que service pour lesquels il n'existe pas de concurrent. Il existe également une offre Turbo DSL nationale.
72. Sur le marché de l'accès large bande DSL livré en un point national, l'offre « *IP/ADSL* » (dite option 5), permet aux fournisseurs d'accès à Internet de proposer, sur le marché de détail, des offres d'accès à Internet haut débit par ADSL concurrentes de celle de France Télécom. Elle se compose de deux prestations complémentaires : une offre dite « accès IP/ADSL » et une offre dite « *collecte IP/ADSL* ». D'abord proposée par France Télécom au niveau national, l'offre « *IP/ADSL* » existe depuis le 16 février 2004 sous une forme régionale. Cette offre est actuellement soumise à homologation en tant qu'offre proposée par France Télécom, en l'absence de concurrence effective.
73. L'ART, dans les nombreux avis rendus, notamment dans le cadre de la procédure d'homologation tarifaire, ou dans ses décisions de règlement de différend, a rappelé l'interdépendance des offres de gros dites d'option 1, 3 et 5. Ainsi, dans un avis n° 04-615 du 20 juillet 2004, elle indique qu'elle « *s'est attachée depuis 2001 au maintien d'un espace économique suffisant entre les coûts des accès produits par les opérateurs dégroupés et les tarifs d'accès des offres de gros « IP/ADSL » et « ADSL Connect ATM » et à ce que « les tarifs de l'ensemble des autres gammes d'accès soient supérieurs aux coûts de production des accès haut débit fondés sur le dégroupage pour un opérateur alternatif* ».
74. De même par sa décision n° 03-1298 du 9 décembre 2003, l'Autorité a autorisé une différenciation des tarifs de l'option 5 selon la taille du répartiteur de rattachement (+ ou – 20 000 lignes), considérant que cette différenciation des tarifs permettait de « *laisser un espace économique potentiellement plus important entre le dégroupage et l'IP/ADSL sur les répartiteurs de moins de 20 000 lignes, qui ne sont pas encore dégroupés. De même, cette différenciation tarifaire est incitative à la poursuite du déploiement de l'ADSL de France Télécom vers les plus petits répartiteurs* ».
75. Dans un avis n° 04-615 du 20 juillet 2004 portant sur une baisse des tarifs de l'offre dite option 5 de France Télécom, l'ART a également relevé que « *Les propositions tarifaires de France Télécom ont pour effet de modifier significativement l'économie relative des différentes offres de gros utilisées par les FAI et opérateurs alternatifs. Elles conduiraient à une déstabilisation des plans d'affaires des opérateurs dégroupés, et limiteraient durablement l'extension géographique du dégroupage. Plus précisément les propositions concernant la collecte sont inacceptables, en ce qu'elles stopperaient la poursuite du déploiement du dégroupage ; les propositions visant à diminuer les tarifs de l'accès à un niveau inférieur à 15,5 euros par mois, frais d'accès au service compris, sont inacceptables si elles ne s'accompagnent pas d'une évolution des tarifs du dégroupage* ».
76. Le Conseil a aussi constaté, dans une décision n° [04-D-18](#) du 13 mai 2004, que le tarif proposé par France Télécom aux opérateurs pour l'offre « *ADSL Connect ATM* », dite option 3, en application de l'injonction qui lui avait été faite dans la décision [01-MC-01](#) du 18 février 2000, n'avait pas permis l'exercice d'une concurrence effective sur le marché en aval de l'offre d'accès livré en un point national aux FAI : « *Le marché de l'option 3 est resté durablement fermé jusqu'à ce que l'ART obtienne, à compter d'octobre 2002, un ensemble de baisses de prix permettant de débloquer la situation. (...) Au total, les*

opérateurs tiers ont été exclus du marché naissant de la fourniture en gros des accès ADSL et les FAI ont dû faire face à un fournisseur se maintenant artificiellement en situation de quasi monopole ».

77. Il résulte de ce qui précède que les opérateurs tiers se sont heurtés dans leurs tentatives d'entrée sur les marchés de gros d'accès large bande DSL, à de fortes barrières constituées par les prix relatifs de France Télécom sur ces marchés et sur celui du dégroupage. L'allègement de ces barrières a nécessité, outre la régulation spécifique du dégroupage prévue par la réglementation européenne et nationale, de multiples interventions du régulateur. Les prix relatifs de France Télécom sur les marchés de gros renforcent les barrières constituées par ailleurs par le coût de déploiement d'un réseau puisqu'ils en déterminent à tout moment la rentabilité.

2. LES OFFRES DES OPÉRATEURS CONCURRENTS SUR LES MARCHÉS D'ACCÈS LARGE BANDE DSL

78. La description de l'état actuel de la concurrence sur les marchés d'accès large bande nécessite que soit au préalable traité le problème soulevé par d'ART dans sa saisine, relatif aux conséquences à tirer de la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom. Selon l'ART, celle-ci ne change rien aux différents équilibres du marché. Le Conseil ne partage pas cette analyse.

a) La réintégration de Wanadoo réduit la taille des marchés de gros de l'accès large bande DSL

79. En tant qu'entité juridique distincte de sa maison mère, Wanadoo était un fournisseur d'accès qui, *a priori* ne disposait pas d'un réseau mais achetait les prestations d'accès et de collecte de son trafic à France Télécom, propriétaire du réseau. Celle-ci déclarait ainsi à l'ART vendre 1 million d'accès IP/ADSL (option 5) à Wanadoo en janvier 2003 et 30 000 accès au niveau régional. En juillet 2004, juste avant la réintégration, France Télécom déclarait que Wanadoo avait 870 000 accès connectés au niveau national et 1 165 000 accès connectés au niveau régional.
80. Aujourd'hui, France Télécom intègre les activités de fournisseur d'accès et d'opérateur. Il achemine donc, pour son propre compte, le trafic de l'abonné au réseau Internet, pour les services vendus sous la marque Wanadoo. De même, les autres opérateurs intégrés acheminent, pour bâtir leurs offres de détail d'accès à Internet, le trafic depuis les répartiteurs dégroupés ou depuis les points de connexion au niveau régional ou national pour les répartiteurs non dégroupés. L'ART se propose cependant de mesurer la taille des marchés de gros et les parts de marché des différents acteurs en intégrant au niveau régional et national les accès désormais « *auto consommés* » par France Télécom, sur la base des chiffres déclarés rappelés ci-dessus. De même, dans les chiffres figurant dans les tableaux ci-dessous, l'ART n'exclut pas que soient comptabilisés des accès que les opérateurs alternatifs se fournissent à eux-mêmes.
81. L'ART fait valoir que l'autoconsommation de France Télécom est en mesure d'exercer une pression concurrentielle sur les prix pratiqués tant des offres « *marchandes* » régionales que sur ceux des offres « *marchandes* » nationales, dans la mesure où France Télécom produit des services à la fois pour ses propres besoins et pour ceux d'une clientèle extérieure, et doit fournir ses services au tiers à des conditions non discriminatoires par rapport à celles qu'elle se consent à elle-même. L'ART estime que l'intégration de

Wanadoo dans France Télécom est un simple changement de nature juridique qui ne modifie pas la puissance de l'entreprise sur le marché et ne doit pas se traduire par une réduction massive et artificielle de la taille du marché.

82. L'ART comptabilise, en conséquence, trois types d'accès : les accès produits par France Télécom, pour son propre compte ; les accès produits par France Télécom et vendus aux opérateurs ou FAI tiers ; les accès produits par les opérateurs dégroupés. Sur cet ensemble, elle indique que France Télécom contrôlait, au 1^{er} octobre 2004, plus de 60 % des accès au niveau national. Toutefois, il ressort des tableaux ci-dessous qu'à cette date, seuls 450 000 accès produits par France Télécom étaient vendus aux FAI et opérateurs concurrents alors que ceux-ci produisaient 570 000 accès (dont certains toutefois pour leur propre compte), soit une proportion d'environ 44 % pour France Télécom d'offres « *marchandes* ».
83. L'ART précise que les régulateurs irlandais, autrichien et britannique ont comptabilisé les cessions internes afin d'évaluer la puissance des opérateurs sur les marchés du dégroupage et de l'accès haut débit sans que la Commission ne remette en cause cette position. Toutefois, il convient d'observer que la Commission, dans une décision du 20 octobre 2004 portant sur les marchés autrichiens, a estimé qu'il n'était pas fourni de preuve suffisante pour justifier l'inclusion de l'autoconsommation dans le marché des services de transit sur le réseau téléphonique public.
84. Selon une jurisprudence constante des autorités de concurrence tant nationales que communautaires, l'autoconsommation n'est pas prise en compte pour mesurer le périmètre du marché dans la mesure où, n'étant pas offerte sur le marché, elle ne vient pas concurrencer les biens ou services fournis sur celui-ci. Le Conseil a ainsi rappelé, dans un avis n° 01-A-10 du 12 juin 2001, que « *l'autoconsommation de services produits par les compagnies aériennes pour leurs propres besoins a été exclue du calcul des parts de marché, conformément à la pratique du Conseil. Celui-ci a par exemple, considéré que « les oxydes de plomb produits par une entreprise pour les intégrer à ses propres fabrications ne sont pas offertes à la vente, et ne peuvent donc être regardés comme présents sur le marché » (avis n° 94-A-18, 17 mai 1994, secteur des oxydes de plomb) »*. La Commission a considéré le 11 juillet 2001 (Aff. COMP/M. 2314, BASF) qu'il « *paraît donc raisonnable de conclure que les produits actuellement destinés à l'autoconsommation ont peu de chance d'être mis en vente sur le marché libre. Par conséquent, cette production n'exerce pas de pression concurrentielle sur les prix (...) sur le marché libre* ».
85. Dans l'ancien cadre réglementaire, le comité ONP mis en place par la directive 97/33 (CE) du 30 juin 1997, aujourd'hui expressément abrogée par la directive « *cadre* » du 7 mars 2002, avait recommandé que le trafic interne des opérateurs intégrés soit pris en compte pour l'interconnexion. Le Conseil, constatant cette convention dans ses avis n° 98-A-19 du 25 novembre 1998 et n° 99-A-13 du 7 septembre 1999, rendus sur le fondement de l'article L. 36-7 (7°) de l'ancien code des postes et télécommunications, avait alors émis des réserves, estimant que « *la prise en compte, recommandée par le comité ONP, de l'interconnexion interne résulte déjà d'une convention puisque cette interconnexion interne ne se produit pas à proprement parler sur un marché* ». Dans le contexte du rapprochement recherché, par le nouveau cadre réglementaire, entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle des télécommunications, il serait inefficace que les marchés pertinents dans l'un et l'autre contexte fassent l'objet de définitions différentes.
86. En l'espèce, il est vrai que lorsqu'il s'agit de tarifs d'accès à une infrastructure essentielle, France Télécom ne peut se consentir à elle-même des conditions plus avantageuses que celles fixées pour ces concurrents. Il ne s'agit toutefois pas d'une relation de concurrence

mais d'une obligation imposée par les autorités de régulation. Si les conditions d'accès que se consent France Télécom à elle-même exercent une pression concurrentielle sur les prix que les opérateurs tiers peuvent pratiquer sur les marchés de gros de l'accès large bande DSL, c'est de façon indirecte, parce qu'elles déterminent les prix de France Télécom sur les marchés en aval et doivent, éventuellement, être comparées avec les tarifs en amont, et non parce que les tiers arbitrent entre ces prix et ceux des concurrents.

87. De plus, il conviendrait de déterminer à quels prix de gros doivent être comparées, pour respecter le principe de non-discrimination, les conditions que France Télécom se consent à elle-même pour l'accès à son propre réseau. L'autoconsommation prise en compte par l'ART correspond aux offres de gros régionales et nationales souscrites par Wanadoo antérieurement à la fusion. Reprendre ces conditions d'accès placerait France Télécom dans une situation différente de celles de ses concurrents qui, pour les zones denses, recourent au dégroupage. En revanche, la réintégration de Wanadoo, permet à France Télécom de comptabiliser en coûts fixes les coûts d'accès variables que supportait Wanadoo en achetant les options 3 ou 5. Cette situation présente un danger pour l'exercice par les opérateurs tiers d'une concurrence effective sur les marchés du haut débit dans la mesure où elle pose avec une acuité nouvelle les problèmes de mesure et d'allocation des coûts fixes de réseau de l'opérateur historique.
88. Ces risques comptent cependant au nombre de ceux qui devront être traités par la régulation des offres de gros et, s'agissant des offres de détail, par les autorités de concurrence, mais non au moyen d'une distorsion de la notion de marché pertinent. En particulier, la vérification de l'absence de discrimination et d'effets de ciseaux tarifaires nécessitera que soient identifiées les conditions des offres de gros et de détail de France Télécom qui permettront l'exercice d'une concurrence effective. Les obligations comptables qui seront imposées à France Télécom apparaissent nécessaires à cette identification.
89. L'analyse qui précède ne préjuge pas de l'appréciation du pouvoir de marché de France Télécom dans la mesure où celui-ci dépend essentiellement de la maîtrise de la boucle locale de cuivre, marché sur lequel France Télécom est quasiment le seul offreur, et où les accès « *disparus* » des marchés de gros subsistent sur le marché de détail. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, citées par l'ART dans sa saisine, mettent l'accent sur le fait que les effets de l'intégration verticale sur le pouvoir de marché d'une entreprise peuvent être pris en compte mais que, pour autant, « *pour définir le marché et calculer la part de marché pour les biens et services intermédiaires, la production interne ne sera pas prise en considération* ».
90. La prise en compte de la nouvelle structure de l'offre et de la demande sur les marchés de gros de l'accès large bande DSL, à compter de fin juillet 2004, fait apparaître les évolutions décrites dans le tableau suivant :

Janvier 2003

Taille du marché ADSL en France : 1,4 M

Offre nationale			Offre régionale		
Taille du marché	1,35 M		Taille du marché	42 000	
Opérateurs alternatifs	1 000	0 %	Opérateurs alternatifs	-	-
Accès produits par France Télécom* :	1,35 M	100 %	Accès produits par France Télécom* :	42 000	100 %
<i>Dont vendus à Wanadoo</i>	<i>1 M</i>		<i>Dont vendus à Wanadoo</i>	<i>30 000</i>	
<i>Dont revendus aux concurrents</i>	<i>350 000</i>		<i>Dont revendus aux concurrents</i>	<i>12 000</i>	

Juillet 2004

Taille du marché ADSL en France : 4,7 M

Offre nationale			Offre régionale		
Taille du marché	1,95M		Taille du marché	2,2 M	
Opérateurs alternatifs	450 000	23 %	Opérateurs alternatifs	50 000	2%
Accès produits par France Télécom* :	1,5 M	77 %	Accès produits par France Télécom* :	2,15 M	98 %
dont vendus à Wanadoo	870 000		dont vendus à Wanadoo	1 165 000	
dont revendus aux concurrents	630 000		dont revendus aux concurrents	850 000	

Octobre 2004

Taille du marché ADSL en France : 5,3 M

Offre nationale (hors cessions internes)			Offre régionale (hors cessions internes)		
Taille du marché	1 M		Taille du marché	1,3 M	
Opérateurs alternatifs	570 000	56 %	Opérateurs alternatifs	70 000	5 %
Accès produits par France Télécom et vendus sur le marché***	450 000	44 %	Accès produits par France Télécom et vendus sur le marché	1,23 M	95 %
Pour mémoire : total des accès produits par France Télécom pour son propre compte : 2,6 M					

* A cette date Wanadoo et Transpac achetaient à France Télécom sur le marché de gros les offres IP ADSL, ADSL Connect ATM et Turbo DSL

*** A compter de fin juillet 2004, Wanadoo est réintégrée au groupe France Télécom et ne recourt plus à l'achat d'offres de gros

b) L'offre des opérateurs alternatifs sur le marché de l'accès large bande DSL livré en un point régional

91. La réintégration de Wanadoo se traduit par une contraction de l'offre et de la demande d'accès large bande DSL au niveau régional de plus d'1 million d'accès entre juillet 2004 et octobre 2004. On peut cependant noter que l'introduction d'une offre de collecte régionale dans la gamme IP/ADSL en février 2004, le développement du dégroupage et de l'offre ADSL Connect ATM ont pour effet inverse d'élargir la taille du marché. Sur ce marché ainsi structuré, l'offre des opérateurs concurrents à France Télécom progresse mais reste inférieure à 5 % du marché.

c) L'offre des opérateurs alternatifs sur le marché de l'accès large bande DSL livré en un point national

92. Sur ce marché, l'offre et la demande se contractent de près d'1 million d'accès entre fin juillet et octobre 2004. Cette différence s'explique par la réintégration de Wanadoo mais aussi, comme l'explique l'ART, par le développement du dégroupage, l'introduction d'une offre de collecte régionale dans la gamme *IP/ADSL* en février 2004 et le développement de l'offre *ADSL Connect ATM*, qui ont entraîné le report d'une partie de la demande sur les offres régionales.
93. Il ressort du tableau ci-dessus que sur le marché de gros de l'accès large bande DSL livré au niveau national, en octobre 2004, 44 % des accès étaient commercialisés par France Télécom, contre 56 % par les opérateurs tiers, alors que ces chiffres étaient de 77 % et 23 % en juillet 2004. Toutefois, les chiffres des opérateurs tiers incluent les accès qu'ils produisent pour leur propre compte lorsqu'ils intègrent l'activité d'opérateur et celle de fournisseur d'accès à Internet comme par exemple, les accès des offres Free. Seuls deux opérateurs tiers importants, Neuf Télécom et Cegetel, sont offreurs sur ce marché.
94. Afin de construire ces offres, ces opérateurs combinent d'une part, les accès qu'ils ont dégroupés en zone dense reliés au point de connexion national du FAI par le réseau de collecte qu'ils ont déployé et d'autre part la souscription d'offres de collecte régionale auprès de France Télécom. L'ART observe que l'espace économique entre les offres de collecte régionale de France Télécom et ses tarifs pour les offres nationales ne permet pas aux opérateurs tiers de bâtir des offres compétitives et qu'en conséquence, les opérateurs ne peuvent s'aligner sur les offres de France Télécom que s'ils peuvent faire une péréquation entre les coûts du dégroupage et ceux des offres régionales. Elle en conclut que l'offre des opérateurs tiers sur le marché national sera contrainte par le rythme du dégroupage et ses perspectives de rentabilité dans les zones peu denses. Elle note également que, s'agissant de l'offre de collecte régionale, le cadre réglementaire en vigueur précédemment n'a pas été favorable à l'émergence d'une offre économiquement et techniquement attractive pour les opérateurs tiers, l'offre ADSL Connect ATM n'ayant connu un essor significatif qu'à compter de fin 2003, après plusieurs décisions contentieuses. Elle rappelle à cet égard que cette offre ne faisait pas l'objet d'une régulation *ex ante*. L'ART constate encore que les niveaux tarifaires des offres des concurrents sont proches de ceux de France Télécom et que leurs caractéristiques techniques ne sont pas diversifiées.

3. LE DROIT DE LA CONCURRENCE NE PEUT ENCORE SUFFIRE À SUPPRIMER LES ENTRAVES À LA CONCURRENCE

95. Le Conseil constate que, sur le marché de l'accès large bande DSL au niveau régional, les barrières à l'entrée sont particulièrement fortes et ont jusqu'à présent restreint le développement de la concurrence. S'agissant du marché de gros de l'accès large bande DSL livré au niveau national, compte tenu des précisions apportées ci-dessus sur le périmètre du marché, le Conseil partage l'analyse faite par l'ART sur la persistance de fortes barrières à l'entrée et sur l'insuffisant dynamisme de la concurrence. Le maintien d'un espace économique suffisant entre les différentes offres de gros de France Télécom, tel qu'il a été recherché jusqu'à présent par le régulateur, est toujours essentiel à l'entrée et au maintien des opérateurs tiers sur ces marchés. Or, les parts de marché encore détenues par France Télécom, tant sur la collecte régionale (95 %) que sur l'accès livré en un point national (44 %), ainsi que sa position quasiment monopolistique sur les marchés avals du dégroupage et de l'accès régional, lui donnent la capacité de réduire ces espaces.
96. Le droit de la concurrence peut résoudre des problèmes tels que les refus d'accès à une infrastructure essentielle ou les effets de ciseau tarifaires liés au niveau des tarifs de gros, comme l'a fait par exemple le Conseil dans les décisions n° [00-MC-01](#) du 18 février 2000 et n° [04-D-18](#) du 13 mai 2004. Ainsi qu'il l'a été rappelé ci-dessus pour les offres de détail, la procédure des mesures conservatoires ainsi que les différents outils à la disposition du Conseil lui permettent de plus d'intervenir dans des délais brefs et de contraindre les entreprises à modifier leurs comportements.
97. Toutefois, le risque de préemption de la valeur ajoutée du secteur par l'opérateur qui détient la maîtrise de l'accès à l'abonné justifie que des obligations, qui relèvent de la régulation ex ante, telles que l'orientation vers les coûts des tarifs, soient imposées aux offres sur les marchés de gros. Le Conseil, dans son rapport d'activité 2002, avait déjà fait ce type de constat s'agissant d'une infrastructure essentielle détenue par une entreprise fortement intégrée : *« dans la plupart des cas, le caractère non discriminatoire de l'accès suffit à garantir l'exercice d'une concurrence par les mérites. Cependant, le critère de non discrimination est parfois inopérant, en particulier dans le cas de forte intégration verticale. Dans ces situations, les tests de ciseaux tarifaire, qui consistent à imposer un écart suffisant entre les tarifs d'accès et les prix de détail, permettent de restaurer l'efficacité à court terme. Toutefois, la volonté d'ouvrir les marchés à la concurrence et de favoriser le développement de marchés émergents, qui s'inscrit dans une perspective de long terme, peut justifier d'agir directement sur les tarifs d'accès »*.
98. De plus, la présence de l'opérateur historique, à la fois sur les marchés de gros en amont et sur les marchés de détail génère, comme cela a été vu plus haut pour les marchés de détail, un risque important d'effet de ciseau tarifaire entre les différentes offres de gros de l'opérateur historique, empêchant les opérateurs tiers de s'aligner sur les offres relatives aux marchés avals compte tenu des tarifs qu'il pratique en amont. La régulation ex ante des différentes offres de gros permettra comme elle l'a fait par le passé de maintenir entre elles les espaces économiques nécessaires au développement d'une concurrence effective. Par ailleurs, si la réintégration de Wanadoo permet à France Télécom de ne plus prendre en compte que les tarifs du dégroupage ou ceux des offres de gros régionales, la pression concurrentielle qui s'exercerait sur les tarifs des offres nationales, du fait de leur prise en compte dans les prix de détail de Wanadoo, disparaîtra, justifiant une régulation ex ante de ces tarifs de gros.

99. Comme cela a été noté à plusieurs reprises ci-dessus, la réintégration de Wanadoo au sein de sa maison mère, qui renforce encore l'intégration verticale du groupe France Télécom et les effets de sa présence sur l'ensemble des marchés des communications électroniques, rend plus que jamais impérative l'élaboration par France Télécom d'une comptabilité permettant d'évaluer séparément les coûts et les recettes propres à chaque marché pertinent.
100. Il convient également de rappeler que la régulation ex ante peut permettre de poursuivre des objectifs plus larges que ceux recherchés par le droit de la concurrence, notamment quant à l'horizon temporel pris en compte. L'analyse des obstacles à la concurrence faite au niveau communautaire conclut ainsi que seule une concurrence suffisante entre les infrastructures peut permettre, à terme, de garantir l'exercice d'une concurrence effective, la réglementation ex ante ayant pour objet à titre transitoire de permettre la concurrence entre les services et la liberté de choix du consommateur mais également de favoriser les investissements de développement des infrastructures concurrents à celles de l'opérateur historique. La régulation des différents tarifs de gros par l'ART, telle qu'elle a été décrite ci-dessus, poursuit également cet objectif concurrentiel. Dans son avis n° 04-615 du 20 juillet 2004, l'ART indique ainsi que *« dans le cadre de l'analyse de moyen et de long terme, la pose ou la location de fibre par les opérateurs alternatifs doit être privilégiée. Le dégroupage permet en effet aux opérateurs alternatifs d'accéder à la ressource cuivre nue, d'installer leurs propres équipements actifs et donc de proposer une offre techniquement différenciée et innovantes à leurs clients. De la même manière, ils doivent disposer de leur propre fibre nue pour installer leurs propres équipements de transmission et s'affranchir des équipements de France Télécom »*.

C. SUR LA PUISSANCE DE FRANCE TÉLÉCOM SUR CES MARCHÉS

101. Les éléments sur lesquels l'ART fonde sa conclusion quant à l'exercice par France Télécom d'une puissance significative sur les marchés de gros du haut débit ont été présentés dans les développements ci-dessus relatifs à l'appréciation de la situation concurrentielle. L'opérateur historique est en quasi-monopole sur la boucle locale de cuivre. La pénétration des concurrents sur le marché de gros de l'accès large bande DSL livré au niveau régional, est limitée à moins de 5%. Sur le marché de gros de l'accès large bande DSL livré en un point national, l'ART estime la part de marché de France Télécom, en prenant en compte l'autoconsommation, à plus de 60% en octobre 2004, contre 80% en juillet 2004. Toutefois, elle précise que cette progression ne devrait pas se poursuivre (cf. 94 ci-dessus) et avance des éléments qualitatifs qui fondent la puissance de France Télécom sur les marchés de gros du haut débit.
102. Le Conseil partage cette position, même en ramenant la part de marché de France Télécom sur le marché de gros régional à moins de 50 % du fait de la non-prise en compte de l'autoconsommation. La taille de France Télécom, son intégration verticale, sa présence sur l'ensemble des marchés des communications électroniques et surtout sa maîtrise de la boucle locale de cuivre, sont autant d'éléments qui la mettent en mesure, sur ces marchés de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs.

D. SUR L'HORIZON ENVISAGÉ POUR LA RÉGULATION EX ANTE

103. Compte tenu des problèmes de concurrence identifiés sur le marché de gros de l'accès large bande DSL livré en un point national dans l'analyse ci-dessus, la fixation d'un délai de douze mois au terme duquel l'ART se propose de procéder à une nouvelle analyse de ce marché, exercice lourd et exigeant, semble de nature à nuire à la cohérence d'ensemble du dispositif de régulation, dont l'horizon prévu est de trois ans
104. L'ART rappelait pourtant, dans son avis du 20 juillet 2004, le besoin « *d'harmoniser les modes de régulation des marchés connexes et d'apporter aux opérateurs, historiques et alternatifs, une meilleure visibilité sur les processus et objectifs de la régulation. L'Autorité propose dans sa consultation d'harmoniser la régulation des offres de gros haut débit, qui relèvent aujourd'hui d'outils différents (offre de référence, règlement de différend, homologation tarifaire) et de renforcer la visibilité du secteur, afin d'encourager les investissements des opérateurs, notamment en renforçant les exigences de transparence, au travers de l'obligation pour France Télécom de publier les offres de référence et d'en annoncer avec un délai préalable de quatre mois, les évolutions* ».
105. La limitation à douze mois de la validité de l'analyse de ce marché s'impose d'autant moins que l'article D. 302 du code des postes et des communications électroniques prévoit que « *l'Autorité peut modifier, dans les conditions prévues par le présent code, les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché pertinent du secteur des communications électroniques, sans effectuer une nouvelle détermination des marchés pertinents* ».

CONCLUSION

106. En conclusion, le Conseil est d'avis :

- que les marchés nationaux de gros du dégroupage, de l'accès large bande DSL au niveau régional et de l'accès large bande DSL livré en un point national sont des marchés pertinents relevant de l'application des articles L. 38-1, L. 38-2 et L. 38-3 du code des postes et communications électroniques ;
- que France Télécom exerce une puissance significative sur ces marchés.

Délibéré, sur le rapport oral de MM. Lavergne et Poulain, par M. Lasserre, président, M. Nasse, vice-président et Mme Aubert, vice-présidente.

La rapporteure générale adjointe
Nadine Mouy

Le président
Bruno Lasserre