



Avis n° 06-A-10 du 12 mai 2006
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
communications électroniques et des Postes en application de
l'article L. 37-1 du code des postes et des communications
électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail
des liaisons louées

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 31 mars 2006 sous le numéro 06/0025 A par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a, en application des dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et des communications électroniques, sollicité l'avis du Conseil de la concurrence ;

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

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

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 ;

Vu la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communications électroniques ;

Vu la recommandation 2003/311/CE 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 un règlement *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 3 mai 2006 ;

Les représentants de l'ARCEP entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

I. Le cadre de la demande d'avis

1. Par lettre enregistrée le 31 mars 2006 sous le numéro 06/0025A, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après ARCEP) a, conformément aux dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE), sollicité l'avis du Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées.
2. Cette demande d'avis s'inscrit dans le cadre de la procédure de consultation prévue à l'article L. 37-1 du CPCE selon laquelle l'ARCEP détermine, après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques sur lesquels elle souhaite imposer des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative. Elle s'inscrit dans le contexte plus vaste de la réforme du cadre réglementaire européen applicable aux communications électroniques dont les principes ont été fixés par la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, dite directive « cadre », et précisés dans les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché du 11 juillet 2002 et la recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation *ex ante* du 11 février 2003.
3. En complément des éléments d'analyse du présent avis, le Conseil renvoie aux avis qu'il a précédemment rendus dans lesquels il a rappelé les enjeux et les modalités de la réforme de la réglementation applicable aux activités de télécommunications.
4. Les dispositions des articles D. 301 et D. 302 du CPCE tel que modifié par le décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004, prévoient que le Conseil de la concurrence dispose d'un délai de 6 semaines pour se prononcer sur l'analyse des marchés dont il est saisi. Ce délai très court ne permettant pas au Conseil de mener des investigations détaillées, le présent document ne constitue pas une analyse exhaustive des marchés considérés par le Conseil, mais un avis du Conseil sur l'analyse des marchés dont il est saisi, et plus particulièrement sur les points qui lui semblent faire débat.

II. Sur la délimitation des marchés

5. Dans sa saisine, l'ARCEP précise que les marchés qu'elle étudie sont les marchés n° 7 (ensemble minimal de liaisons louées), n° 13 (fourniture en gros de segments terminaux de liaisons louées) et n° 14 (fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain) identifiés par la Commission européenne dans sa recommandation précitée en date du 11 février 2003.

6. Une liaison louée se définit comme une liaison *permanente* constituée par un ou plusieurs tronçons d'un réseau ouvert au public et réservée à l'usage exclusif d'un utilisateur. Elle s'oppose ainsi à la liaison commutée, qui est par nature *temporaire* (établie pour la durée d'une communication). Au plan juridique, l'article R. 9 du CPCE dispose : « *On entend par "liaison louée" la mise à disposition par un opérateur d'une capacité de transmission entre des points de terminaison déterminés d'un réseau ouvert au public, au profit d'un utilisateur, à l'exclusion de toute commutation contrôlée par cet utilisateur.* ».
 7. Compte tenu du champ d'application du CPCE sur le plan géographique, les territoires couverts par la présente analyse sont : la France métropolitaine, les 4 départements d'outre mer (Guadeloupe, Martinique, La Réunion et la Guyane) ainsi que les collectivités de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon.
 8. L'ARCEP propose au terme de son analyse de délimiter les marchés suivants :
- deux marchés des services de capacités de détail : sur les territoires de la métropole, des départements d'outre-mer et de Mayotte, d'une part, et de Saint-Pierre-et-Miquelon, d'autre part ;

S'agissant des marchés de gros :

- deux marchés de gros du segment terminal des services de capacité de moins de 10 Mbits/s : sur les territoires de la métropole, des départements d'outre-mer et de Mayotte, d'une part, et de Saint-Pierre-et-Miquelon, d'autre part ;
- deux marchés de gros du segment terminal des services de capacité de plus de 10 Mbits/s : sur les territoires de la métropole, des départements d'outre-mer et de Mayotte, d'une part, et de Saint-Pierre-et-Miquelon, d'autre part ;
- deux marchés de gros du circuit interurbain intra-territorial des services de capacité : sur les territoires de la métropole, des départements d'outre-mer et de Mayotte, d'une part, et de Saint-Pierre-et-Miquelon, d'autre part ;
- plusieurs marchés de gros inter-territoriaux des services de capacité, à savoir : Métropole-Martinique, Métropole-Guadeloupe, Métropole-Guyane, Métropole-Réunion, Martinique-Guyane, Martinique-Guadeloupe, Guadeloupe-Guyane.

A. SUR LA DELIMITATION DES MARCHES DE DETAIL

1. LE MARCHE DE PRODUIT

9. Alors que le périmètre du marché n° 7 initialement délimité par la Commission européenne dans sa recommandation précitée ne contenait que les seuls services de l'ensemble minimal de liaisons louées tel que délimité par la législation communautaire et notamment la directive « service universel », l'ARCEP propose d'élargir le périmètre du marché pertinent de détail à l'ensemble des services de capacités, quels que soient les débits offerts et quelles que soient les interfaces techniques proposées, SDH (*Synchronous*

Digital Hierarchy) ou Ethernet¹ notamment, pourvu qu'il s'agisse de services se limitant au données (c'est-à-dire à l'exclusion des services support et des services de commutation intelligente notamment).

10. Outre qu'il convient de respecter le principe de « neutralité technologique », tel qu'énoncé tant par l'article L 32-1 du code des postes et des communications électroniques que par la directive cadre 2002/21/CE du Parlement européen, il ressort en effet de la jurisprudence constante des autorités de la concurrence communautaires et nationales que des différences dans les caractéristiques propres des biens ou des services ne peuvent justifier à elles seules la délimitation de marchés pertinents distincts si ces différences ne conduisent pas les demandeurs à considérer ces biens ou services comme insuffisamment substituables entre eux.
11. L'ARCEP relève plusieurs éléments attestant d'une substituabilité croissante de l'ensemble des services de capacités entre eux :
 - l'existence d'un « *continuum de demande* » pour les services de capacités offerts à différents débits, et ce malgré une relative rupture de substituabilité du côté de l'offre entre 2 Mbits/s et 10 Mbits/s due au passage d'un réseau d'accès en cuivre à un réseau d'accès en fibre optique ;
 - le développement des services xDSL (*Digital Subscriber Line*²), et singulièrement ceux à débit symétrique (SDSL notamment), offrant un support adapté à la fourniture de services de capacité sur interface Ethernet pour des débits inférieurs à 10 Mbits/s et la disponibilité croissante de ces services d'un point de vue géographique ;
 - une tendance à l'homogénéisation des caractéristiques techniques des services offerts sur les différentes interfaces compte tenu des progrès réalisés en particulier par la technologie Ethernet permettant d'offrir des services transparents et de rejoindre la qualité de service des liaisons louées traditionnelles (transfert en temps réel, confidentialité, fiabilité de la transmission, taux de perte, débit garanti), malgré un mode de fonctionnement différent du point de vue technologique ;
 - un remplacement progressif des liaisons louées à interfaces traditionnelles (type Transfix) par des services de capacités à interfaces alternatives et en particulier Ethernet.
12. D'une manière générale, le Conseil de la concurrence a déjà relevé dans le cadre de ses avis précédents, et notamment son avis n° 05-A-05 du 15 février 2005, que les évolutions technologiques très rapides constatées dans le secteur des communications électroniques et le caractère prospectif de l'analyse des marchés pertinents prévue par le CPCE militaient en faveur d'une définition large des marchés.
13. D'une part, comme l'illustre l'exemple des services de gros de l'accès large bande (marché n° 12) qui sera abordé ci-dessous, une segmentation trop poussée peut manquer de robustesse et être, à très courte échéance, remise en cause par l'apparition de nouveaux services liés aux innovations technologiques. D'autre part, une segmentation trop poussée,

¹ Protocole de transmission de données permettant une utilisation partagée du réseau.

² Famille de technologies permettant la transmissions de données numériques sur la ligne de cuivre de l'abonné.

en masquant les effets de substituabilité d'ores et déjà à l'œuvre, peut conduire à réguler différemment des services substituables et à distordre le libre jeu de la concurrence du fait même de l'intervention du régulateur. De surcroît, le cadre réglementaire permet au régulateur sectoriel d'adopter des mesures de régulation différenciées au sein d'un même marché.

14. Dans le cas d'espèce, comme l'indique l'ARCEP dans son analyse, les évolutions récentes du marché indiquent que, pour un nombre croissant de demandeurs, les services de l'ensemble minimal de liaisons louées peuvent être remplacés par des services de capacités de détail reposant sur des technologies plus récentes et que cette substituabilité devrait s'accroître au cours des prochaines années. Le fait que certaines entreprises présentent des besoins très spécifiques (liés à des exigences de confidentialité particulières, à l'architecture de leur réseau interne ou à leur parc informatique installé) et continuent à privilégier une technologie par rapport à l'autre, ne suffit pas à délimiter des marchés différents : en effet, si la part de ces entreprises dans l'ensemble des demandeurs devient trop marginale, l'offre d'un type de technologie ne pourra s'abstraire de la pression concurrentielle exercée par l'offre de l'autre type.
15. Il convient enfin de rappeler que, comme la Commission le note dans la recommandation du 11 février 2003, la délimitation des marchés issue du présent exercice ne préjuge pas de l'examen que les autorités de concurrence pourraient être amenées à faire dans le cadre de procédures contentieuses sur la base de situations réellement constatées et non prospectives, afin de déterminer le marché pertinent. Il est notamment toujours possible que les évolutions projetées dans le cadre du présent exercice ne se confirment pas ou qu'interviennent des développements technologiques non prévus, de sorte qu'on ne peut exclure qu'une analyse *a posteriori* des marchés pertinents par une autorité de la concurrence conduise à des conclusions différentes.

2. LA DELIMITATION GEOGRAPHIQUE DES MARCHES

16. L'ARCEP retient pour l'essentiel, dans son document, des marchés de dimension nationale. Les seules segmentations géographiques auxquelles elle procède visent à tenir compte des spécificités de certaines collectivités d'outre-mer (délimitation de marchés spécifiques pour la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon et de plusieurs marchés de gros correspondant aux segments inter-territoriaux).
17. La segmentation entre métropole et outre mer proposée correspond à celle déjà effectuée par l'ARCEP pour plusieurs marchés précédemment examinés et n'appelle pas de remarque particulière. Pour ce qui concerne les liaisons louées « traditionnelles » (correspondant aux produits de la gamme Transfix jusqu'à 2 Mbits/s ainsi que les produits de gros associés : LPT/LA³ commercialisés par France Télécom), la dimension nationale des marchés ne fait pas débat compte tenu de la normalisation et de l'ancienneté de la régulation de ces services au titre de « l'ensemble minimal » (cf. § 9) qui ont contribué à en faire des produits standards dont la disponibilité est assurée sur l'ensemble du territoire.
18. La question mérite, en revanche, un examen plus approfondi pour les services de capacités à très haut débit fournis sur fibre optique ou pour les services de capacité sur

³ LPT/LA : liaison partielle terminale/liaison d'aboutement.

interface alternative fournis à partir d'un accès SDSL (*Symmetric Digital Subscriber Line*). Ces services ne sont, en effet, pas également disponibles sur l'ensemble du territoire à l'heure actuelle. La fourniture de bout en bout de services de capacités à très haut débit requiert, par exemple, l'existence d'un réseau capillaire en fibre optique. La fourniture de liens SDSL est, pour sa part, conditionnée par certaines caractéristiques de la ligne de cuivre de raccordement (longueur de ligne principalement) et sa mise en œuvre par un opérateur concurrent de France Télécom nécessite le dégroupage total de la ligne. Pour ces services, les conditions de concurrence sur le territoire sont, par conséquent, directement liées tant à la progression de la capillarité des réseaux des opérateurs qu'au développement du dégroupage.

19. Dans son avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 sur les marchés du haut débit, le Conseil de la concurrence a, toutefois, relevé que les frontières des zones dégroupées et des zones non dégroupées évoluaient rapidement et que la limite du déploiement des infrastructures des opérateurs alternatifs n'était pas connue a priori. Il a conclu qu'une délimitation *a priori* des zones non dégroupables pourrait artificiellement figer le marché et restreindre sa dynamique. Il en est de même pour les technologies mentionnées ci-dessus : la rapidité des évolutions technologiques dans ce secteur permet d'envisager que le périmètre des zones sur lesquelles le dégroupage et le déploiement des infrastructures concurrentes de celles de France Télécom n'est pas actuellement possible ou est non rentable devrait se rétrécir à court terme.

B. SUR LA DELIMITATION DES MARCHES DE GROS

20. La délimitation que propose l'ARCEP au niveau des marchés de gros s'articule autour de trois principales options :
 - l'exclusion des offres d'accès large bande, notamment basées sur des accès SDSL, du périmètre de ces marchés ;
 - la distinction entre segment terminal et segment interurbain ;
 - au sein du segment terminal, la distinction entre les services de plus et de moins de 10 Mbits/s.

1. SUR L'EXCLUSION DES OFFRES D'ACCES LARGE BANDE DU PERIMETRE DES MARCHES.

21. Pour la société France Télécom, les services inclus dans les marchés de gros des liaisons louées et des services de capacités paraissent « *pour partie substituables avec des services pris en compte dans d'autres marchés précédemment identifiés (marchés de l'accès haut débit, dégroupage etc.), d'où une baisse importante à très importante du marché en volume (cf. chiffres fournis en audition)* ». Elle mentionne, en particulier, le problème des accès SDSL. Lors de ses précédentes analyses de marché, l'ARCEP a en effet été amenée à délimiter un marché pertinent de gros des offres d'accès dégroupés à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre, et un marché pertinent de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau régional, aussi dénommées offres de *bitstream* (avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 ; décisions de l'ARCEP n° 05-275 et n° 05-278 du 19 mai 2005). Ces offres sont essentiellement liées aux technologies xDSL.

22. L'offre de dégroupage (marché n° 11 de la recommandation de 2003) est définie comme la mise à disposition d'un opérateur d'un accès direct à la boucle locale au niveau du répartiteur et peut donc être assimilée à un service « support » de même nature que la mise à disposition d'une fibre optique nue par exemple. Ce service ne comportant pas de service de transport au sens strict peut être écarté du périmètre des présents marchés pour les raisons mentionnées *supra* (cf. §9).
23. La question se pose, en revanche, pour les offres d'accès large bande livrées au niveau régional (ou offres de *bitstream*), qui prévoient la livraison de flux, soit en mode ATM (*Asynchronous Transfer Mode*), soit en mode IP (*Internet Protocole*), à un niveau infra-national (par exemple : régional, départemental ou infra départemental), correspondant au marché n° 12 de la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003. En effet, dans le cadre de la régulation de ce marché, il a été demandé à France Télécom de publier une offre de référence incluant une offre de gros de collecte régionale dénommée DSL-Entreprise (dite DSLE), dérivée de son offre de détail TDSL (*Turbo DSL*). Or, l'ARCEP remarque, dans le document transmis au Conseil et qui fait l'objet du présent avis, que les opérateurs alternatifs l'utilisent pour la production de leurs offres de liaisons louées sur interface alternative. L'ARCEP énonce également, en page 21 de ce document, que l'usage de cette offre a dépassé le marché du *bitstream* « pour devenir une des briques de base utilisées par les opérateurs sur le marché de gros du segment terminal ». En page 62 du document, l'ARCEP estime aussi que « avec l'extension de la couverture du DSL et les progrès de la convergence voix-données, la substituabilité des liaisons louées par les services de capacités avec interfaces alternatives par les opérateurs adressant les marchés de détail est forte sur le marché de gros du segment terminal ». Elle souligne en particulier la possibilité de mutualiser des « feuilles » (accès) TDSL et CE2O (collecte Ethernet Optique Opérateur) sur un même « tronc » (lien concentrant plusieurs accès). Enfin, en page 77 de son document, l'ARCEP cite les offres TDSL/DSLE de France Télécom aux côtés des offres CE2O et LPT parmi les offres achetées par les opérateurs alternatifs pour compléter leur offre de détail de services de capacités.
24. L'opérateur Colt a, pour sa part, confirmé qu'il utilisait au niveau du segment terminal l'offre DSL Entreprises de préférence aux liens Transfix ou LPT/LA pour construire son offre de détail de services de capacités. L'opérateur a par ailleurs reconnu que « la nécessité de définir un marché des services de capacités sur les liens interurbains spécifique (marché 14) distinct du marché 12 peut être discutée en raison de la convergence des technologies », ce qui le conduit à conclure que « La question se pose d'une fusion des marchés 12, 13 et 14. »
25. L'ARCEP considère toutefois qu'il convient d'exclure les offres de *bitstream* du périmètre des services de gros des liaisons louées et des services de capacité, d'une part, parce qu'au sens des lignes directrices de la Commission, un produit de communications électroniques ne peut appartenir qu'à un seul marché, et d'autre part, parce que la substituabilité entre les deux types de services ne serait qu'imparfaite. Elle note, en particulier, que :
- si certains produits du marché n° 12 peuvent en effet être utilisés par les opérateurs alternatifs pour construire des produits du marché de détail des liaisons louées, ce n'est pas leur principal usage qui est de construire des accès à Internet ;

- les services du marché n° 12 ne sont pas disponibles sur tout le territoire avec un débit suffisant pour fournir des accès SDSL : 15 % du parc de liaisons louées des opérateurs alternatifs à 2 Mbits/s ne seraient pas éligibles au SDSL ;
- il existe des freins très importants à la migration du parc de liaisons construites sur des technologies anciennes, par exemple le HDSL (*High bit rate Digital Subscriber Line*) vers des liaisons SDSL ;
- les accès en SDSL ne sont pas substituables aux liaisons louées traditionnelles pour certains clients, notamment ceux qui exigent une bande passante en « clear channel ».

26. Toutefois, des produits conçus *a priori* pour des usages différents peuvent se révéler concurrents si, du fait de leurs caractéristiques, ils sont considérés par les demandeurs comme suffisamment substituables, ce qui semble être le cas des offres DSLE de France Télécom utilisées par les opérateurs tiers pour produire des services de capacités à destination des entreprises. De plus, comme le Conseil l'a rappelé ci-dessus s'agissant des marchés de détail, le fait que certaines entreprises présentent des besoins très spécifiques et continuent à privilégier une technologie par rapport à l'autre, ne suffit pas à délimiter des marchés différents. De même, les freins à la migration des liaisons louées traditionnelles vers les nouvelles technologies ou l'indisponibilité de certains services sur une partie du territoire n'ont pas été considérés comme suffisants pour segmenter le marché de détail, compte tenu du caractère prospectif de l'analyse et de l'évolution extrêmement rapide des évolutions technologiques constatées dans le secteur, ce qui milite en faveur d'une définition large des marchés. La substituabilité constatée des offres de *bitstream* avec les services de gros des liaisons louées et des services de capacités suggère donc que l'analyse du pouvoir de marché des offreurs pourrait s'effectuer sur un marché englobant l'ensemble de ces services.
27. De fait, l'utilisation des offres TDSL/DSLE comme prestations de gros pour la fourniture de services de capacités apparaît comme l'une des manifestations de l'évolution considérable des technologies disponibles intervenues depuis l'analyse des marchés du haut débit, fondée sur l'observation des marchés à l'automne 2004, et *a fortiori* depuis la publication en 2003 de la recommandation de la Commission à laquelle l'ARCEP se réfère. Il est d'ailleurs vraisemblable que les mesures de régulation imposées par l'ARCEP en réponse aux précédentes analyses, notamment en ce qu'elles ont conduit France Télécom à publier une offre de référence DSLE, ont contribué à l'évolution de l'environnement concurrentiel dans lequel sont fournis les services de capacités.
28. Cet exemple illustre les limites d'une délimitation fine des marchés, dans le cadre prospectif défini par le CPCE, compte tenu de la rapidité des évolutions technologiques et concurrentielles du secteur. Les délimitations adoptées peuvent être remises en cause avant le terme fixé pour une nouvelle analyse des marchés, mais également à l'occasion de l'analyse de marchés connexes du fait du caractère nécessairement séquentiel de l'analyse et du délai nécessaire à l'examen de l'ensemble des marchés. A ce jour, plusieurs marchés ont déjà été délimités par l'ARCEP et la présente analyse ne peut en faire totalement abstraction, ne serait-ce que par souci de cohérence d'ensemble. Cette contrainte peut conférer un caractère quelque peu artificiel au périmètre des marchés délimités dans le cadre du présent exercice, notamment lorsqu'elle conduit à répartir dans des marchés distincts des services devenus substituables du fait à l'évolution des conditions de l'offre ou de la demande, mais qui ne l'étaient pas au moment où les marchés ont été délimités.

29. Plus que sur un besoin de remise en cause des précédentes délimitations de marchés avant même que l'ensemble des marchés ait été analysé une première fois, le problème soulevé attire l'attention sur le besoin de cohérence des décisions prises en matière de régulation, qui sont l'enjeu final de l'exercice d'analyse des marchés prévu par le CPCE. D'une manière générale, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion, notamment dans son avis 05-A-05 du 16 février 2005, d'attirer l'attention de l'ARCEP sur la nécessité de mettre en oeuvre une régulation *ex ante* cohérente et coordonnée afin d'éviter que la mise en oeuvre de la régulation sectorielle n'engendre des distorsions de concurrence à la frontière entre deux marchés, en traitant de façon trop différenciée des services dont il ne peut être exclu qu'ils se retrouvent à courte échéance dans une relation de concurrence.
30. Au cas d'espèce, le Conseil est d'avis que l'ARCEP doit se montrer particulièrement vigilante en ce qui concerne la régulation applicable aux offres de *bitstream* d'une part, et aux offres entrant dans le périmètre des marchés de gros des liaisons louées d'autre part, même si ces offres sont réparties dans des marchés distincts au terme du présent exercice. L'analyse qui précède montre en effet que les offres de *bitstream* sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle significative sur les services fournis dans le cadre du marché n° 13, voire du marché n° 14, et réciproquement.

2. SUR LA FRONTIERE ENTRE SEGMENT TERMINAL ET SEGMENT INTERURBAIN

31. L'ARCEP propose de considérer séparément, en ce qui concerne les services de gros, deux segments complémentaires :
- le segment « *terminal* », défini comme l'ensemble des services de capacités de transmission quel que soit leur débit et leurs interfaces servant à raccorder un nœud de réseau d'opérateur (POP (*point of presence*), brasseur ATM etc.) soit au site de ses clients finals pour leur fournir un service de détail, soit à ses propres sites capillaires de réseau pour compléter son propre réseau dorsal ;
 - le segment « *interurbain* » défini comme l'ensemble des services de capacités de transmission quel que soit leur débit et leurs interfaces entre les nœuds de réseau des opérateurs.
32. Pour établir la frontière entre le segment terminal et le segment interurbain sur les marchés de gros, l'ARCEP se fonde pour l'essentiel sur l'architecture technique de référence de France Télécom pour la constitution de services de capacités de détail. Ceci a conduit à définir les points de séparation (nœuds de réseau) suivants :
- le premier brasseur de liaisons louées pour les liaisons louées « traditionnelles » normalisées par l'ETSI (*European Telecommunications Standard Institute*) ;
 - le premier brasseur ATM (ou équivalent) pour les services de capacités avec interfaces alternatives.
33. Pour ce qui concerne les réseaux des opérateurs alternatifs dont l'architecture technique peut être différente de celle de France Télécom, l'ARCEP propose de retenir comme point de séparation les points de présence de ces derniers à l'intérieur des agglomérations, ainsi que les nœuds d'échange de trafic (*carrier hotels*, nœuds d'échange de trafic Internet) où plusieurs opérateurs s'interconnectent facilement par simple aboutement de leurs équipements.

34. Cette distinction fait directement écho à la recommandation de la Commission européenne qui avait explicitement placé dans deux marchés distincts la fourniture en gros de segments terminaux de liaisons louées (marché n° 13) et la fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain (marché n° 14).
35. Des raisons objectives permettent en effet de justifier une telle distinction, notamment la nature des infrastructures mises en jeu aux deux niveaux : alors que le circuit interurbain est marqué par une relative homogénéité de technologies (fibre optique), une plus grande variété existe au niveau du segment terminal. La fourniture de services sur le segment terminal met notamment très largement en jeu la boucle locale en paire de cuivre de France Télécom dont la spécificité en regard du droit de la concurrence compte tenu de sa qualification « d'infrastructure essentielle » a été maintes fois examinée par le Conseil. Sont ainsi regroupés dans un même marché des services offerts dans des conditions techniques similaires, même s'ils ne se situent pas, d'un point de vue topologique, à un niveau identique dans l'architecture de réseau des opérateurs.

3. SUR LA SEGMENTATION DU MARCHÉ DU SEGMENT TERMINAL

36. Alors que la recommandation de la Commission précitée prescrivait explicitement la distinction des marchés n° 13 et n° 14, elle se contente de laisser la faculté aux autorités nationales de différencier les « *lignes louées à grande et faible capacité* ». L'ARCEP met cette faculté à profit dans son document pour distinguer les services de plus et de moins de 10 Mbits/s parmi les services fournis en gros au niveau du segment terminal.
37. L'ARCEP fonde essentiellement son raisonnement sur une rupture de substituabilité du côté de l'offre, la fourniture d'un accès à plus de 10 Mbits/s nécessitant l'existence d'une infrastructure en fibre optique. Du côté de la demande, l'ARCEP note en revanche, malgré une substituabilité théoriquement très forte, une « *petite discontinuité dans la substituabilité en débits* » liée à une polarisation des opérateurs en fonction de leur choix d'entrer sur le marché en déployant localement des boucles optiques ou en privilégiant le déploiement d'un réseau national. Cette distinction paraît toutefois ténue et son intérêt est peu clair, étant entendu qu'il est loisible pour l'ARCEP de définir une régulation asymétrique pour les offres basées sur une infrastructure en fibre optique et les offres basées sur un accès sur paire de cuivre.
38. Au surplus, l'ARCEP souligne elle-même que les services de gros concernés ont des caractéristiques similaires aux services achetés par les opérateurs sur le marché de détail, marché dans lequel elle inclut sans distinction les services de plus et de moins de 10 Mbits/s. Elle note par exemple page 36 de son document « *Dans une vision prospective, la substituabilité de la demande sur le segment des liaisons louées se prolonge entre 2 Mbits/s et les débits supérieurs grâce à l'arrivée des liaisons n*2Mbits/s sur fibre optique, et ce malgré la relative rupture de substituabilité du côté de l'offre entre 2 Mbits/s et 10 Mbits/s dû au passage d'un réseau d'accès en cuivre à un réseau d'accès en optique, atténuée par l'existence de liaisons louées de moins de 10 Mbits/s en raccordement fibre sur les sites sur lesquels aboutissent plusieurs liaisons* ».
39. Dans la pratique décisionnelle du Conseil, la fonction aux yeux des demandeurs et l'utilisation effective d'un produit constituent les principaux critères à prendre en compte pour apprécier la substituabilité entre plusieurs produits ou services. Des produits, différenciés mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent ainsi être considérés comme substituables du point de vue de la demande. La substituabilité du

côté de l'offre n'est examinée que dans un second temps, si elle est nécessaire. Le Conseil rappelait en effet dans son rapport annuel pour 2001 que « *se référer aux contraintes du côté de l'offre pour différencier des biens ou services que les demandeurs considèrent comme substituables ne répond pas à la finalité de la délimitation du marché pertinent par une autorité de la concurrence : la demande sur l'un des marchés ainsi contrainte par l'offre peut facilement se reporter sur l'autre marché et donc limiter le pouvoir de marché de l'offreur* ».

40. De plus, comme le Conseil l'a souligné à plusieurs reprises ci-dessus, le caractère prospectif de l'analyse des marchés telle que définie par le CPCE et les évolutions technologiques rapides constatées dans le secteur des communications électroniques risquent de rendre rapidement obsolète une délimitation des marchés fondée sur une segmentation trop détaillée et de créer inutilement des effets de seuils aux frontières de ces marchés. Le Conseil recommande donc à l'ARCEP de ne pas distinguer les services du segment terminal de plus de 10 Mbits/s par rapport à ceux de moins de 10 Mbits/s.

III. Sur l'influence significative de l'opérateur historique

A. UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE INCONTESTABLE SUR LES SERVICES PRIS DANS LEUR ENSEMBLE

41. L'ARCEP fonde principalement son analyse sur un examen des parts de marché détenues par France Télécom. Elle rappelle à ce propos que les lignes directrices de la Commission précisent au point 75 qu'une présence supérieure à 50 % « *suffit, sauf circonstances exceptionnelles, à établir l'existence d'une position dominante.* ». De fait, les chiffres fournis par l'ARCEP portant sur la période 2001-2004 font apparaître des parts de marché de France Télécom largement supérieures à 60 %, allant même jusqu'à plus de 85 % pour ce qui concerne les services de détail, et plus de 90 % sur le marché de gros du segment terminal pour les services de moins de 10 Mbits/s.
42. Même si l'on peut regretter la relative ancienneté des données fournies à l'ARCEP pour fonder son estimation des parts de marché, alors même que les conditions technologiques de fourniture des services de capacités évoluent rapidement, l'impact de ces réserves n'est pas de taille à modifier l'évaluation de l'influence actuelle de France Télécom. Il est en effet constant dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence que les parts de marché, si elles constituent une information utile pour juger de l'influence d'un opérateur, ne sont pas le seul élément à prendre en compte. Au cas d'espèce, il ressort du document fourni par l'ARCEP que plusieurs facteurs tendent à asseoir l'influence de l'opérateur historique (économies d'échelles, avantage du précurseur etc.).
43. L'avantage concurrentiel que confèrent à France Télécom les infrastructures de réseau dont il dispose, particulièrement au niveau de l'accès, est essentiel. Le déploiement d'infrastructures filaires alternatives représente, en effet, une barrière à l'entrée considérable compte tenu de son coût (le seul coût du génie civil représente de l'ordre de 100 € du mètre linéaire). Cette barrière est d'autant plus importante que les conditions de marché qui prévalent actuellement contraignent les opérateurs de télécommunications à rentabiliser leurs investissements à court/moyen terme. Colt a notamment déclaré lors de

son audition par le rapporteur : « *La règle de base pour le choix de construire notre propre infrastructure est le délai de retour sur investissement marginal. Aujourd'hui, une durée d'un an reste la règle (contre 3 ans au temps de l'euphorie Internet de la fin des années 1990-début 2000).* »

44. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises, notamment dans son avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004, que la boucle locale de télécommunications en paires de cuivre doit être considérée comme une facilité essentielle, telle que définie dans son avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002. Ce point de vue a été validé par la cour d'appel de Paris, notamment dans l'arrêt n° 04/08236 du 29 juin 2004 qui énonce que "*la paire de cuivre sur laquelle France Télécom détient un quasi-monopole constitue une ressource essentielle car elle n'est pas duplicable à un coût raisonnable par les opérateurs. Elle doit être mise à disposition de ces derniers dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires par l'opérateur historique*".
45. Or, cette infrastructure est largement utilisée pour la fourniture des services de capacités de moins de 10 Mbits/s au niveau du segment terminal, qu'il s'agisse de liaisons louées traditionnelles ou de service Ethernet sur accès SDSL. Les technologies « alternatives », telles que la FTTH (*Fiber To The Home*) ou les faisceaux hertziens, restent pour l'heure cantonnées à l'établissement de liens à très haut débit ou à certains usages spécifiques (liens BTS-BSC⁴ par exemple). Le contrôle par France Télécom de la boucle locale en paire de cuivre lui confère donc en aval une influence significative sur le marché de détail et sur le marché de gros du segment terminal.
46. Au vu de ce qui précède, le Conseil partage l'appréciation de l'ARCEP selon laquelle la société France Télécom exerce une influence significative sur les marchés considérés.

B. L'ANALYSE « EN FLUX » FAIT TOUTEFOIS APPARAÎTRE UNE DYNAMIQUE CONCURRENTIELLE SIGNIFICATIVE SUR CERTAINS SEGMENTS DE MARCHÉS

47. Sans remettre en cause l'analyse qui précède, le Conseil de la concurrence relève qu'un faisceau d'éléments au dossier suggère que l'influence significative qu'est en mesure d'exercer France Télécom sur les marchés considérés pourrait présenter des intensités différentes selon que l'on raisonne en « stock » ou en « flux ».
48. Le « stock » reste pour l'essentiel constitué de liaisons louées « traditionnelles » à bas et moyen débit (de type Transfix). L'ARCEP souligne, en effet, dans son document que les liaisons louées traditionnelles représentaient en 2004 plus de 81 % du chiffre d'affaires provenant du marché de détail. Ces liaisons restent essentiellement fournies par France Télécom. Elles correspondent, en effet, à une technologie ancienne sur laquelle ses concurrents ne sont pas incités à se positionner. De plus, il existe des obstacles, notamment de nature technologique, susceptibles de freiner la migration vers d'autres interfaces. Ce pouvoir de marché de France Télécom vis-à-vis de la fourniture de ces liaisons est suffisamment attesté par la remarquable stabilité des tarifs des liaisons Transfix, y compris celles qui ne font pas partie de l'ensemble minimal et qui n'étaient donc pas, à ce titre, couvertes par l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts.

⁴ BTS-BSC : *Base Transceiver Station-Base Station Controller*.

49. S'agissant du « flux », les éléments au dossier suggèrent que la concurrence tend à se développer au travers des offres de services de capacités sur interfaces alternatives et des offres de raccordement à très haut débit.
50. De fait, les estimations de l'ARCEP mettent en évidence une décroissance plus rapide des parts de marché de France Télécom pour les services offerts sur interface alternative et pour les services de forte capacité mettant en jeu un raccordement en fibre optique. Au niveau du marché de détail, la part de marché de France Télécom, de 85 % au niveau global, diminue respectivement à 68,8 % et 74,9 % si l'on se limite aux services de plus de 10 Mbits/s ou aux services mettant en jeu des interfaces alternatives. De même, l'ARCEP note au niveau des marchés de gros du segment terminal une part de marché notablement plus faible pour les services de plus de 10 Mbits/s (64,5 %) que pour les services de moins de 10 Mbits/s (90 %). Enfin, la part de marché la plus faible de France Télécom (60 %), est observée sur le marché libre de gros du circuit interurbain, sur lequel l'usage des infrastructures en fibre optique s'est généralisé. Ce dernier marché est également celui sur lequel la décroissance de la part de marché de France Télécom est la plus marquée.
51. L'ARCEP reconnaît dans son document que la tendance est au développement d'infrastructures en fibre optiques concurrentes de l'opérateur historique. Elle note en particulier le développement de boucles métropolitaines par des opérateurs alternatifs mais aussi dans le cadre de délégation de service public par des collectivités territoriales. Elle remarque également, en page 103 de son document, que l'infrastructure de France Télécom sur le circuit interurbain « a été dupliquée entre les principales agglomérations notamment par 9 Cegetel ».
52. Dès lors, le Conseil souhaite attirer l'attention de l'ARCEP sur la nécessité de suivre avec attention la dynamique de développement d'offres de capacités alternatives par le biais d'accès SDSL dégroupés ainsi que le développement d'offres d'accès sur fibre optique dans les zones urbaines denses. Ces évolutions pourraient, à court terme, être prises en compte par l'ARCEP dans le cadre des obligations qu'elle imposera à France Télécom sur ces différents marchés (cf. infra), voire, à plus long terme, contribuer à modifier l'appréciation de l'influence relative des différents opérateurs sur les marchés considérés. Cette dynamique doit être étudiée avec d'autant plus d'attention qu'elle est entretenue tant par le développement exponentiel du dégroupage total que par les efforts importants réalisés dans le déploiement de boucles d'accès en fibre optique, soit par les opérateurs eux-mêmes, soit dans le cadre de projets faisant l'objet de co-financements publics.

1. SUR L'INTERVENTION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

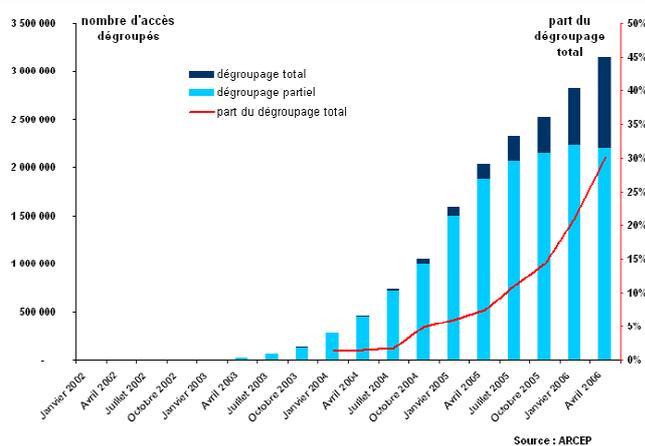
53. L'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales inséré par loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 (art. 50 II) et modifié par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 donne compétence aux collectivités territoriales et à leurs groupements pour exercer, sous certaines conditions, une activité d'opérateur de communications électroniques au sens du code des postes et des communications électroniques. Cette activité peut inclure la fourniture de services de télécommunications à des clients finals en cas d'insuffisance d'initiatives privées. L'article L. 1425-1 encadre toutefois ces compétences, afin notamment de préserver la libre concurrence.
54. Dans ces conditions, les collectivités territoriales ou leurs groupements sont juridiquement en mesure de fournir, soit directement soit par le biais d'un délégataire de service public

des offres de capacités concurrentes de celles proposées par France Télécom. Ces offres devraient principalement se situer au niveau des marchés de gros, l'article L. 1425-1 encadrant très étroitement la capacité d'intervention des collectivités territoriales sur le marché de détail.

55. Un débat oppose France Télécom et l'ARCEP sur l'étendue et le nombre de ces projets. France Télécom souligne en particulier, dans sa contribution, l'existence de 24 délégations de service public (DSP), auxquelles s'ajouteraient 51 autres en cours de déploiement ou en préparation.
56. A ce stade, l'ARCEP indique qu'il n'est pas établi que ces projets correspondent aux besoins des opérateurs, ce qui rend difficile l'évaluation de leur impact réel sur le développement de la concurrence. De plus, l'ARCEP se fait l'écho des difficultés à la fois techniques et économiques rencontrées par les opérateurs pour utiliser les réseaux mis en place par les collectivités locales, ce qui lui permet de conclure, en page 79 de son document, que le fonctionnement du marché au niveau national n'est pas sensiblement modifié par les DSP. Ce point de vue a été confirmé par Neuf Cegetel et Colt entendus en audition par le rapporteur.
57. En tout état de cause, même s'il est délicat de juger de l'impact futur, sur le jeu concurrentiel, de projets non encore réalisés, le Conseil est d'avis que l'on ne peut totalement ignorer le fait que la mise en oeuvre de l'article L. 1425-1 peut contribuer au développement d'offres concurrentes à celles de France Télécom. Cette concurrence potentielle est d'autant plus à prendre au sérieux que l'investissement des collectivités publiques est a priori moins contraint par des perspectives de rentabilité à court terme que l'investissement des opérateurs privés.

2. SUR LE DEVELOPPEMENT D'ACCES SDSL DANS LE CADRE DU DEGROUPEGE

58. A l'occasion de la publication de son tableau de bord du dégroupage, l'ARCEP a eu l'occasion de relever le développement accéléré du dégroupage et notamment du dégroupage total qui permet aux opérateurs alternatifs de proposer des offres d'accès en SDSL. Au 31 mars 2006, l'ARCEP estime ainsi qu'il y avait environ 3 150 000 accès dégroupés répartis en 2 200 000 accès en dégroupage partiel et 950 000 accès en dégroupage total. (cf. tableau ci-dessous).



59. Cette évolution est de nature à exercer une pression concurrentielle forte sur le marché de gros du segment terminal compte tenu de la montée en puissance progressive des services

de capacités sur interfaces Ethernet. L'opérateur Colt a, par exemple, cité le recours au SDSL sur ligne dégroupée comme un des moyens principaux utilisé sur le segment terminal pour fournir des services de capacités à ses clients, après le recours à ses propres infrastructures en fibre optique mais avant le recours aux offres de gros de France Télécom, qu'il s'agisse de l'offre DSL-Entreprises (interface alternative) ou de l'offre de liaison d'aboutement (LA : liaison louée classique). Colt, spécialisé dans les offres aux entreprises a déclaré avoir dégroupé à cette fin 52 répartiteurs depuis 2001 à Paris et dans le département des Hauts-de-Seine et 130 sur la France entière.

60. Si cette progression doit être relativisée, en regard notamment des freins entravant la migration d'une offre de liaison louée traditionnelle vers une offre de service de capacité sur interface alternative, détaillés par l'ARCEP dans son document, ce mouvement doit être surveillé attentivement car il pourrait à terme modifier l'analyse de la situation concurrentielle du marché de gros du segment terminal, voire du marché de détail des liaisons louées et des services de capacités.

IV. Sur l'inscription des marchés concernés sur la liste des marchés régulables

61. Le Conseil a rappelé, dans ses avis précédents, que l'inscription de marchés pertinents sur la liste des marchés régulables au titre de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du CPCE ne se justifie que si trois critères cumulatifs sont remplis : l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence, l'absence de dynamisme de la concurrence, enfin l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier à ces obstacles.
62. Dans son document, l'ARCEP examine successivement ces trois critères et conclut qu'ils sont vérifiés non seulement pour les marchés de gros, mais également pour les marchés de détail, ce qui justifie, selon elle, l'inscription de ces derniers sur la liste des marchés régulables. L'ARCEP justifie cette décision non seulement par l'existence d'un cadre réglementaire spécifique applicable aux services de détail de « l'ensemble minimal », mais principalement par certaines spécificités des marchés de détail des services de capacités.
63. Cette proposition mérite examen, le Conseil de la concurrence ayant eu l'occasion de rappeler dans ses avis précédemment rendus relatifs à l'analyse des marchés de communications électroniques que le contrôle des tarifs sur les marchés de détail est une option de régulation qui ne peut se justifier que dans des cas exceptionnels, notamment lorsque les obligations imposées par ailleurs sur les marchés de gros se révèlent insuffisantes pour assurer le développement d'une concurrence effective sur les marchés de détail.
64. Enfin, l'ARCEP propose, à l'intérieur du marché de gros du segment terminal, de réguler de manière différenciée les services de moins et de plus de 10 Mbits /s, qui correspondent approximativement aux services fournis respectivement sur infrastructure en paire de cuivre et sur fibre optique. Sans se prononcer au fond sur les remèdes applicables, le

Conseil de la concurrence souhaite rappeler certains principes du droit de la concurrence qui pourraient trouver à s'appliquer au cas d'espèce.

A. SUR LA REGULATION DES SERVICES DE « L'ENSEMBLE MINIMAL »

65. La fourniture d'un « *ensemble minimal de liaisons louées* » fait l'objet d'une réglementation spécifique dans le cadre des dispositions de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communication électroniques (ci-après directive « service universel »), tant pour ce qui concerne le périmètre des services concernés que pour les obligations à imposer aux entreprises puissantes pour ce qui concerne la fourniture de ces services.
66. Les liaisons louées incluses dans l'ensemble minimal sont normalisées par l'ETSI. Conformément aux dispositions de l'article 18 de la directive précitée, « *l'ensemble minimal de lignes louées, ainsi que les caractéristiques et les normes qui y sont associées, est publié au Journal officiel des Communautés européennes* ». Cet ensemble comprend actuellement les liaisons louées analogiques 2 et 4 fils et des liaisons louées numériques à 64 kbits/s et 2 Mbits/s structurées et non structurées.
67. Conformément à la procédure visée aux articles 16 et 18 de la directive « service universel » précitée, la fourniture de l'ensemble minimal de lignes louées dans les conditions fixées par la directive 92/44/CE se poursuit jusqu'à ce que l'autorité réglementaire nationale constate que la concurrence sur le marché concerné des lignes louées est réelle. Tant que cette situation n'est pas atteinte, l'annexe VII de la même directive détaille les obligations qu'il convient d'imposer aux entreprises puissantes vis-à-vis de la fourniture de ces services, à savoir des obligations de non-discrimination, de tarification en fonction des coûts et de transparence.
68. En droit national, la fourniture de l'ensemble minimal de liaisons louées est une composante du service public en tant que service obligatoire. Sa fourniture est imposée à France Télécom, désigné opérateur en charge du service universel. Le droit national impose également à France Télécom la fourniture d'une offre de commutation « X 25 »⁵.
69. Comme il l'a, par exemple, souligné dans le cadre de son avis n° 05-A-05 relatif aux marchés de la téléphonie fixe, le Conseil de la concurrence rappelle toutefois que le seul fait que certains services de détail concernés par le présent avis s'inscrivent dans le périmètre de l'ensemble minimal de liaisons louées tel que défini par la législation communautaire et nationale ne légitime pas en soi la mise en œuvre d'une régulation concurrentielle *ex ante* des marchés auxquels ils appartiennent sans analyse préalable de la situation concurrentielle qui prévaut sur ces derniers.
70. Le Conseil observe d'ailleurs que ce point est explicitement prévu par la directive « service universel », qui dispose que les obligations fixées à son annexe VII ne sont applicables qu'en l'absence de concurrence réelle sur les marchés concernés. L'article 18 paragraphe 2 de la directive « service universel » précise ainsi : « *Lorsque, à la suite de l'analyse du marché effectuée conformément à l'article 16, paragraphe 3, une autorité réglementaire nationale constate qu'un marché important du point de vue de la fourniture*

⁵ protocole de communication normalisée par commutation de paquets

de lignes louées dans le cadre de l'ensemble minimal est effectivement concurrentiel, elle retire les obligations visées au paragraphe 1 en ce qui concerne ce marché particulier de lignes louées ».

71. En tout état de cause, le Conseil de la concurrence attire l'attention de l'ARCEP sur la nécessité d'éviter, autant que faire se pourra, que l'existence d'une régulation spécifique pour les services entrant dans le périmètre de l'ensemble minimal ne cause des distorsions de concurrence vis-à-vis des autres services du marché de détail.

B. SUR LA SPECIFICITE DES MARCHES DE DETAIL DE SERVICES DE CAPACITES

72. Comme on l'a vu précédemment, le secteur des services de capacités, et plus particulièrement celui des services de capacité à très haut débit, est un de ceux qui ont connu les plus grands bouleversements technologiques au cours des dernières années même si on le compare aux autres marchés de communications électroniques. Les offres de services sur interface Ethernet à grande échelle sont par exemple très récentes, l'offre de gros de France Télécom n'étant, pour ce qui la concerne, effective que depuis quelques mois. Il en va de même du développement des offres de raccordement terminal sur fibre optique. L'extrapolation de cette évolution montre que des offres nouvelles utilisant des technologies alternatives sont susceptibles de voir le jour à un horizon rapproché et à une cadence soutenue.
73. Cette évolution n'est pas sans soulever certaines difficultés au regard du développement de la concurrence. En effet, la position particulière que conserve l'opérateur historique ne permet pas d'exclure, *a priori*, la mise en oeuvre de pratiques d'éviction ou de préemption vis-à-vis de services émergents, notamment si les concurrents se trouvent dans l'impossibilité de proposer des offres équivalentes. Se pose dès lors la question de la capacité effective de l'autorité de concurrence à intervenir à temps pour empêcher que la mise en oeuvre de pratiques d'éviction ne débouche sur une préemption durable du marché. Selon l'ARCEP, la structure particulière des services offerts sur les marchés de détail, marqué par de nombreuses offres sur mesure, rendent possible la mise en oeuvre par l'opérateur historique de pratiques d'éviction élaborées au cas par cas compte tenu de la structure des appels d'offres, en jouant sur « *les zones où il demeure le seul opérateur capable de répondre et celles où il peut potentiellement avoir des concurrents* ».
74. La question de la nécessité d'avoir recours à une régulation *ex ante* au niveau du marché de détail pour empêcher le développement de pratiques anticoncurrentielles reste toutefois posée. Cette question peut être examinée à la fois sous l'angle des instruments à la disposition du Conseil de la concurrence et de la capacité pour l'autorité sectorielle à mettre en oeuvre une régulation efficace au niveau des seuls marchés de gros.
75. D'une manière générale, le Conseil de la concurrence a rappelé dans ses précédents avis les instruments dont il dispose pour contrôler *ex post* les conditions concurrentielles sur les marchés de détail. Il peut notamment mettre fin, dans les délais d'urgence permis par la procédure de mesures conservatoires et après avoir sollicité l'avis de l'ARCEP, à des pratiques de prix prédateurs, de ciseau tarifaire ou de couplage. Dans le secteur de la téléphonie fixe, le Conseil a, par exemple, dans sa décision n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001, enjoint à la société France Télécom de suspendre certaines offres qui avaient été homologuées dans le cadre du dispositif de régulation *ex ante* alors en place. Le Conseil a également souligné que les moyens mis à sa disposition pour faire cesser ou

modifier des pratiques ont été renforcés par les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce qui permettent d'ordonner le paiement d'astreintes pouvant s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier des entreprises mises en cause.

76. Toutefois, à l'instar du raisonnement qu'il avait été amené à suivre dans son avis n° 05-A-05 relatif aux marchés de détail de la téléphonie fixe, le Conseil remarque que la multiplicité d'offres au niveau des marchés de détail des services de liaisons louées et de services de capacités, dont chacune peut être, au moment de sa mise en place, d'un poids relativement limité dans l'ensemble, peut faire obstacle à l'octroi de mesures conservatoires. Celui-ci nécessite en effet que puissent être démontrées une atteinte grave et immédiate au secteur ou à une entreprise, et l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre cette atteinte et la pratique. Ces conditions peuvent se révéler difficiles à satisfaire dès lors qu'il s'agit de se prononcer sur la tarification de services très spécifiques mais présentant des risques de distorsion de concurrence dont les effets pourraient s'avérer non négligeables à moyen terme.
77. S'agissant de la mise en oeuvre d'une régulation au niveau des seuls marchés de gros, il ressort du dossier :
- que la définition des caractéristiques des offres de gros permettant de répliquer effectivement les offres de détail nécessite à une expertise poussée prenant en compte à la fois les spécifications techniques des interfaces et les contraintes pratiques résultant de la topologie des réseaux de France Télécom et des opérateurs alternatifs ;
 - que la mise en oeuvre effective des offres de gros ainsi définies est loin d'être immédiate, ainsi qu'en témoignent les difficultés rencontrées par exemple dans la mise en oeuvre effective des offres LPT/LA en lieu et place des liens Transfix.
78. Le Conseil relève, par exemple, que malgré la disponibilité « technique » de l'offre LPT depuis 2002, les opérateurs continuent à acheter des liaisons louées au catalogue de détail de l'opérateur (notamment des liaisons Transfix) pour construire leurs propres offres.
79. Au surplus, il est vraisemblable que les difficultés rencontrées pour assurer la répliquabilité des offres de liaisons louées ne feront que s'accroître avec le développement des services offerts sur interfaces alternatives. Ces derniers, en plein essor, font en effet appel à des technologies de plus en plus diverses qui rendent plus aigus encore les problèmes d'interconnexion entre opérateurs. L'opérateur Colt relève notamment dans sa réponse à la consultation publique de l'ARCEP que *« les liaisons Ethernet sur fibres optiques peuvent (...) être implémentées selon quatre technologies différentes »*. Le même opérateur a par ailleurs souligné que *« Si, tant que l'on reste sur une infrastructure SDH, le choix de recourir à France Télécom ou pas dépend presque exclusivement d'une question financière. La situation est plus complexe dans le monde Ethernet puisque se posent des problèmes de compatibilité d'architecture de réseau (...) compte tenu de la grande variété d'ingénierie de réseau possible pour transporter cette technologie »*. Pour la même raison, Colt a souligné n'offrir pour sa part de prestations de gros que sur interface SDH traditionnelle *« compte tenu des problèmes de compatibilité technologique posés par les interfaces alternatives notamment Ethernet »*.
80. Dès lors, le Conseil de la concurrence partage l'avis de l'ARCEP selon lequel il serait illusoire d'imaginer délimiter des offres de gros permettant de répliquer de manière exhaustive les offres de détail de l'opérateur historique qui sont le plus souvent des offres « sur mesure ». L'absence d'offres « standard » et la possibilité pour les opérateurs

alternatifs d'utiliser d'autres infrastructures que celles de l'opérateur historique limitent, par ailleurs, la pertinence d'une régulation du marché sous le seul angle de la répliquabilité des offres de ce dernier. Le Conseil de la concurrence approuve donc la proposition de l'ARCEP de maintenir les marchés de détail sur la liste des marchés régulables.

C. SUR LA REGULATION SPECIFIQUE DES SERVICES FOURNIS SUR FIBRE OPTIQUE

81. Comme le Conseil l'a souligné précédemment, la délimitation de marchés pertinents larges n'interdit pas au régulateur sectoriel d'adopter des mesures de régulation différenciées au sein de ces marchés. Afin de favoriser le développement de réseaux en fibre optique, l'ARCEP propose notamment d'imposer des obligations allégées aux services de capacités de plus de 10 Mbits/s au niveau du marché de gros du segment terminal.
82. Selon l'ARCEP, le développement d'une concurrence durable et au bénéfice du consommateur nécessite que, au-delà de la question de la répliquabilité, par ses concurrents, des offres de l'opérateur dominant, soient encouragées des initiatives visant à proposer des services innovants, notamment par le biais d'investissements dans des infrastructures alternatives. Le développement de services d'accès à très haut débit nécessite, en particulier, le déploiement de réseaux capillaires en fibre optique, encore limité.
83. Par un raisonnement analogue à celui mené vis-à-vis des services haut débit, l'analyse des obstacles à la concurrence sur les marchés des services de capacités suggère, en effet, 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 de l'acheteur mais également de favoriser les investissements de développement des infrastructures concurrentes de celles de l'opérateur historique.
84. La prise en compte de cet objectif peut effectivement justifier la mise en œuvre, par les pouvoirs publics, d'une action de nature pro-concurrentielle allant au-delà de la seule sanction ou même de la prévention de comportements anticoncurrentiels. Le Conseil de la concurrence a, dans cet esprit, rappelé dans son avis n° 05-A-03 que la régulation *ex ante* peut permettre de poursuivre des objectifs plus spécifiques que ceux recherchés par le droit de la concurrence, notamment quant à l'horizon temporel pris en compte.
85. Sans entrer dans la définition des mesures de régulation *ex ante* qu'il conviendrait d'appliquer, activité qui dépasse la compétence qui lui a été attribuée par le législateur, le Conseil de la concurrence estime utile de rappeler à cette occasion un certain nombre de principes de concurrence susceptibles d'éclairer l'ARCEP.
86. Comme il a été vu dans précédemment, le fait de disposer en amont d'infrastructures de réseau développées constitue un avantage concurrentiel décisif pour les opérateurs désireux de fournir, en aval, des services de capacités. Pour que se développe une concurrence par les mérites au bénéfice du consommateur, il convient de concilier deux principes :
 - d'une part, empêcher qu'un opérateur ne fausse le jeu de la concurrence en se réservant l'usage de moyens auxquels il aurait accès non pas en raison de ses mérites propres mais compte tenu de sa situation historique ou de sa position sur des marchés connexes ;

- d'autre part, qu'il soit permis aux sociétés qui améliorent la qualité de leur service en investissant, par exemple, dans des infrastructures de réseau, de rentabiliser cet investissement.

87. En l'espèce, le Conseil de la concurrence, à de nombreuses reprises, notamment dans ses avis n° 04-A-23 et n° 05-A-03 et dans sa décision n° 05-D-59, a souligné le caractère d'infrastructure essentielle que revêt la boucle locale en paire de cuivre compte tenu de l'impossibilité pour un nouvel opérateur de répliquer intégralement à des conditions économiquement viables cette infrastructure déployée par France Télécom à l'époque où il avait le statut d'administration détenant un monopole légal.
88. En l'état actuel des technologies, cette boucle locale se révèle toutefois insuffisante pour le développement de services de nouvelle génération, et notamment de services de capacités à très haut débit. Les opérateurs sont donc amenés à investir dans des infrastructures en fibre optique, notamment au niveau du segment terminal, pour fournir ces services. Au vu de l'analyse qui précède, il n'est pas exclu que France Télécom dispose d'une certaine avance par rapport à ses concurrents compte tenu de l'étendue du réseau en fibre optique déjà déployé.
89. Les infrastructures en fibre optique déployées par France Télécom, notamment celles se situant au niveau du segment terminal, l'ont été pour l'essentiel à un moment où l'entreprise opérait sur des marchés ouverts à la concurrence, contrairement à la situation qui prévalait au moment du déploiement de la boucle locale en paire de cuivre. Dans ces conditions, une obligation de fourniture d'un accès à cette infrastructure à des tarifs reflétant les coûts pourrait être débattue au regard des exigences d'une concurrence par les mérites qui doit conduire les opérateurs à accepter la part de risque inhérente au développement de toute activité économique.
90. Toutefois, le Conseil de la concurrence s'interroge sur le rôle que sont susceptibles de jouer dans le développement de la concurrence les fourreaux télécom dont pourrait disposer l'opérateur historique. Il est en effet constant que le fait de disposer de tels fourreaux réduit considérablement le coût de pose d'une fibre optique. Dès lors, s'il était établi que France Télécom dispose d'un grand nombre de fourreaux vides déposés à l'époque du monopole des télécommunications et qu'il en connaît l'emplacement, il ne serait pas exclu que ces derniers puissent revêtir du point de vue des règles de la concurrence une qualification de même nature que celle de la boucle locale en paire de cuivre. Il ne serait pas non plus exclu que, sous les hypothèses mentionnées *supra*, le fait pour France Télécom de réserver ces fourreaux à son seul usage puisse revêtir un caractère anticoncurrentiel.

V. Conclusion

91. La fourniture de services de capacités a été marquée par des évolutions technologiques majeures au cours des dernières années. Les services de liaisons louées traditionnelles paraissent en déclin, au profit de services de capacités fournis sur interface alternative. Cette décroissance est toutefois relativement lente compte tenu d'une certaine inertie de la demande, explicable par des facteurs économiques ou « culturels ».

92. Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence approuve le choix fait par l'ARCEP d'étendre la délimitation des marchés pertinents à l'ensemble des liaisons louées et aux services de capacités fournis sur interfaces alternatives, quels que soient les débits offerts. L'ARCEP est toutefois invitée à aller au bout de sa logique en renonçant notamment à la distinction, au niveau des marchés de gros du segment terminal, entre les services de plus et de moins de 10 Mbits/s.
93. Concernant les offres de *bitstream* analysées dans le cadre du marché n° 12, le Conseil relève que leur exclusion par principe du périmètre des marchés de gros étudiés semble quelque peu artificielle dès lors que les services en cause sont effectivement utilisés par les opérateurs alternativement à des services de gros de capacités inclus dans le périmètre des marchés n° 13 ou n° 14. Cette exclusion peut toutefois être justifiée par le souci d'assurer une cohérence d'ensemble à l'exercice de délimitation des marchés de communications électroniques tel qu'il a été mis en oeuvre suite à la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003. En tout état de cause, le Conseil de la concurrence appelle l'attention de l'ARCEP sur la nécessité de mettre en oeuvre de manière coordonnée la régulation des différents marchés concernés afin d'éviter le développement de distorsions de concurrence, notamment sur les zones frontières présentant des substituabilités de fait.
94. Ces marchés sont de dimension nationale, les spécificités de St Pierre et Miquelon justifiant toutefois d'appréhender les conditions de fonctionnement de la concurrence sur ce marché de façon distincte.
95. Le Conseil partage également l'avis de l'ARCEP selon lequel France Télécom exerce à ce jour une influence significative sur l'ensemble des marchés délimités, position que l'opérateur historique ne conteste d'ailleurs pas. Le Conseil recommande toutefois à l'ARCEP de suivre avec attention la double dynamique concurrentielle résultant du déploiement d'infrastructures capillaires alternatives par les collectivités territoriales d'une part et de la montée en puissance prévisible de la fourniture de services de capacités sur accès dégroupés d'autre part. Si elle devait se confirmer, cette dynamique pourrait en effet conduire à réviser l'analyse avant le terme des trois ans prévu par les textes.
96. Moyennant ces remarques, le Conseil de la concurrence partage le point de vue de l'ARCEP selon lequel tant les marchés de détail que les marchés de gros doivent faire l'objet d'une régulation. Le Conseil rappelle à ce propos la faculté dont dispose l'Autorité sectorielle d'imposer, à l'intérieur d'un même marché, des obligations différentes à certains types d'offres. Une telle régulation différenciée pourrait notamment tenir compte de la situation différente dans laquelle se trouve France Télécom vis-à-vis de sa boucle locale en paire de cuivre construite et rentabilisée à l'époque du monopole d'une part et de ses infrastructures capillaires en fibre optiques déployées dans un environnement concurrentiel d'autre part, afin de ne pas décourager l'investissement des opérateurs dans des infrastructures et des technologies innovantes mais d'encourager au contraire le développement d'une concurrence par les services.

97. Le Conseil appelle toutefois l'attention de l'ARCEP sur la situation que pourrait créer, si elle était établie, la détention par France Télécom d'un parc important de fourreaux vides lui permettant le cas échéant de déployer à moindre coût un réseau capillaire en fibre optique.

Délibéré sur le rapport oral de M. Saussol, par M. Nasse, vice-président présidant la séance, Mmes Aubert et Perrot, vice-présidentes.

La rapporteure générale adjointe,

Le vice-président

Nadine Mouy

Philippe Nasse