

**UNIVERSITE PARIS 1 PANTHÉON – SORBONNE
U.F.R. 01 - DROIT, ADMINISTRATION & SECTEUR PUBLIC
MASTER 2 PROFESSIONNEL - DROIT DE L'INTERNET PUBLIC**

Année universitaire 2006-2007

Mémoire en vue de l'obtention du Master

**COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET CONCURRENCE :
L'ANALYSE DES MARCHÉS PERTINENTS**

Présenté et soutenu par Antoine VÉRON

Sous la direction de Monsieur Grégoire WEIGEL, Juriste au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel

Jury présidé par Monsieur Georges CHATILLON, Directeur du Master 2 Professionnel – Droit de l'Internet Public.

Membres du jury :
Monsieur Georges CHATILLON
Madame Marianne MAZAS
Monsieur Grégoire WEIGEL

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur Georges CHATILLON, Directeur du Master, et l'équipe d'enseignants de très grande qualité qu'il a su rassembler. Partager leurs connaissances, leurs questions et leurs expériences a contribué à ce que cette année consacrée au monde de l'internet et des nouvelles technologies soit épanouissante, enrichissante et passionnante.

Parmi les enseignants, je tiens tout particulièrement à exprimer ma gratitude et mes remerciements à Monsieur Grégoire WEIGEL, directeur de ce mémoire. Son aide, ses conseils et sa bonne humeur m'ont été très précieuses, tout comme la liberté qu'il m'a accordée dans la réalisation de ce travail.

Mes remerciements vont également à Frédéric PÉRON et Mathilde SAINT-JULIEN, qui ont réussi à sauver ce mémoire de la débâcle, me faisant ainsi paraître bien meilleur que je ne suis en droit de l'espérer.

Enfin, je n'oublie pas de saluer Benoît LOUIS, Emmanuel TRICAUD, François VÉRON, Frédéric CHARPENTIER et Jean-Baptiste BALLEYGUIER pour leur disponibilité ainsi que leurs suggestions, modifications, corrections et critiques, souvent nombreuses et toujours pertinentes.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
PREMIÈRE PARTIE : La détermination des marchés pertinents	11
Chapitre 1^{er} : Le rôle des marchés pertinents dans l'introduction de la concurrence	12
Section 1 : La régulation des marchés pertinents, entre droit et économie	12
Section 2 : La place de la régulation sectorielle par rapport au droit commun de la concurrence	17
Chapitre 2 : Le processus d'analyse des marchés pertinents, expression de la régulation sectorielle	23
Section 1 : Les principes fondamentaux de l'analyse des marchés de communications électroniques	23
Section 2 : La mise en pratique de l'analyse des marchés pertinents par l'Autorité	30
DEUXIEME PARTIE : La remise en question progressive de la pertinence des marchés	41
Chapitre 1 : Les enjeux de la Review pour l'analyse des marchés	42
Section 1 : La simplification de l'analyse des marchés	42
Section 2 : Les autres objectifs de la <i>review</i>	44
Section 3 : Eléments de prospective sur la <i>review</i>	46
Chapitre 2 : Les nouvelles problématiques de la régulation sectorielle	48
Section 1 : Régulation(s) et innovations technologiques	48
Section 2 : La disparition de l'ARCEP en question : <i>Regulatory holidays</i> ?	53
BIBLIOGRAPHIE	57
ANNEXES	67
TABLE DES MATIÈRES	71

INTRODUCTION

52 541 700 ! Ce chiffre représente le nombre d'abonnés mobiles en France, au 30 juin 2007, « soit un taux de pénétration de 83,2 % »¹. Le succès des communications électroniques par voie de téléphone portable n'est aujourd'hui plus à démontrer. Et ce chiffre ne constitue pas non plus « l'arbre qui cache la forêt ». En effet, et comme le souligne Paul Champsaur, Président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP ou l'Autorité), « les offres de haut débit sont parmi les plus performantes et les moins chères d'Europe (...), l'introduction des « boxes » faisant de la France le premier pays de l'Union Européenne en terme de prix payé par le consommateur, en terme de débits et en terme d'usage, les Français consommant télévision sur internet et téléphonie sur IP plus qu'ailleurs dans le monde »².

442 millions d'euros ! C'est le montant de l'amende que doivent payer trois opérateurs (SFR, Orange et Bouygues Télécom) pour s'être entendus afin de se répartir le marché de la téléphonie mobile de 2000 à 2002. La Chambre commerciale de la Cour de cassation³ a confirmé la décision de la Cour d'Appel de Paris⁴, reconnaissant l'existence d'une entente illicite, mise en évidence dans un premier temps par le Conseil de la concurrence⁵. Cette décision tant attendue, notamment par les associations de consommateurs, montre que le marché de la téléphonie mobile est aujourd'hui strictement encadré au regard du droit de la concurrence et de la protection du consommateur.

¹ Ces chiffres ont été publiés sur le site internet de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) le 6 août 2007, au sein de la rubrique Observatoires / Suivi des indicateurs mobiles (<http://www.art-telecom.fr/index.php?id=35>).

² Rapport public d'activité 2006, ARCEP, Editorial de M. Paul Champsaur, Président de l'Autorité.

³ 07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, Arrêt n°1020 du 29 juin 2007, Cour de cassation – Chambre commerciale.

⁴ Cour d'Appel de Paris, 1^o Chambre, Section H, RG n°2006/00048 du 12 décembre 2006.

⁵ Décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, Conseil de la Concurrence.

Les communications électroniques ne se résument cependant pas à la téléphonie mobile ou à l'internet haut débit. Cette notion plus large, destinée à remplacer le vocable « télécommunications » jugé inapproprié, est issue du rapprochement entre signaux de télécommunications et signaux audiovisuels, consacré par la loi CESCO du 9 juillet 2004⁶. L'article L.32 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) définit ainsi les communications électroniques comme l'ensemble des « *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ».

Techniquement, les informations sont transmises à l'aide de signaux générés par des équipements électroniques. Le support physique de transmission peut être aussi bien un support métallique (signaux électriques), une fibre optique (transmission optique), ou le vide (ondes électromagnétiques). Les échanges de communications électroniques évoluent aussi en fonction des avancées technologiques.

Le secteur des communications électroniques est en perpétuel mouvement et son dynamisme représente un potentiel économique primordial pour la France. Il a « *un effet d'entraînement considérable sur le développement des entreprises, et, plus largement, de l'économie* »⁷. Son importance est telle que 60% des gains de productivité enregistrés par l'économie française sur ces dix dernières années en résulteraient. Ce domaine d'activité se caractérise ainsi par un potentiel remarquable dont l'optimisation demeure souhaitable et nécessaire, alors même que son cadre légal et réglementaire évolue de manière régulière, rapide et significative.

Ce cadre ne constitue néanmoins que la finalité du mouvement de libéralisation du secteur des télécommunications, insufflé par la Commission et le Conseil européens à la fin des années 1980⁸. Avant cette libéralisation, le secteur des télécommunications est monopolisé par un opérateur historique, et ce, dans la plupart des Etats européens. En France, le monopole détenu par France Télécom est renforcé par l'Etat qui agit en tant que propriétaire de l'opérateur et régulateur du marché. Or, les instances communautaires prônent « *la disparition des droits exclusifs d'exploitation, la suppression des barrières légales à l'entrée, le désengagement partiel ou total de l'Etat du capital de certains opérateurs historiques, ainsi qu'un interventionnisme moins direct sur le fonctionnement des marchés* »⁹. L'objectif clairement affiché consiste à transformer une situation de monopole pour développer une organisation industrielle concurrentielle au sein de laquelle la concurrence est effective et où chaque opérateur peut accéder et participer au développement du

⁶ Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux Communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles, J.O n° 159 du 10 juillet 2004, page 12483, texte n° 1.

⁷ Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires économiques du Sénat sur le bilan et les perspectives d'évolution de l'ARCEP, par B. Retailleau, Sénateur : N°350, Sénat, Session ordinaire de 2006-2007, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 juin 2007.

⁸ Commission européenne : *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications* (1987) ; *Livre Vert 'The Liberalisation of Telecommunications Infrastructure and Cable Television Networks*, Partie I, COM (94) 440, 25 octobre 1994 et Partie II, COM (94) 682, 25 janvier 1995.

Résolution du Conseil de l'Union Européenne relative aux principes et au calendrier de la libéralisation des infrastructures de télécommunications (94/C-379/03), 22 décembre 1994, JOCE C 379 du 31 décembre 1994.

⁹ *Economie des réseaux*, N. Curien ; Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2005, p.71.

marché dans les mêmes conditions que ses concurrents. L'échéance de l'ouverture à la concurrence du marché de télécommunications est fixée au 1^{er} janvier 1998.

Cependant, les instances communautaires mettent en évidence une autre difficulté dans la mesure où chaque marché national possède ses normes et ses spécifications propres. Le marché européen des télécommunications apparaît donc segmenté, tant économiquement, du fait de l'existence de monopoles, que technologiquement, avec les spécificités nationales. La libéralisation doit en conséquence trouver un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'harmonisation entre les régimes des différents marchés nationaux.

En 1996, la Commission européenne valide définitivement l'ouverture totale à la concurrence des services et des infrastructures de télécommunications à l'échelle de l'Union Européenne¹⁰. Peu de temps après, le Parlement français adopte la loi de réglementation des télécommunications (LRT)¹¹ qui ouvre le secteur à la concurrence, en posant notamment les bases de la régulation des télécommunications avec la création de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), autorité administrative indépendante. L'opérateur historique, France Télécom, devient une société anonyme et son capital est ouvert au public à hauteur de 49 %. Au 1^{er} janvier 1998, la concurrence dans le secteur des télécommunications devient effective en France. Le dernier monopole de fait de France Télécom sur le réseau local et l'accès à l'abonné s'achève à la fin 2000.

L'adoption par le Parlement et le Conseil européens des six directives du « Paquet Télécoms »¹² suscite un profond remaniement en 2002. Ces textes lient les Etats membres quant au résultat à atteindre dans un délai donné tout en laissant aux instances nationales le choix de la forme et des moyens. Ils doivent être transposés en droit national, dans un délai imparti, pour être appliqués. A ces directives s'ajoutent des lignes directrices¹³ et une recommandation¹⁴ qui expliquent la position de la Commission européenne sur certaines dispositions du « Paquet Télécoms ». En principe, ces deux derniers documents juridiques ne sont pas contraignants. Mais une sorte d'exception prévaut dans le secteur des communications électronique. La recommandation a ici un statut juridique particulier puisque « *les autorités*

¹⁰ Directive 96/19/CE du 13 mars 1996, modifiant la Directive 90/388/CE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, JOCE, n° L 074 du 22/03/1996 p. 0013 – 0024.

¹¹ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, J.O n° 174 du 27 juillet 1996, page 11384.

¹² Directive « Cadre » 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, JOCE du 24 avril 2002 ; Directive « Accès » 2002/19/CE, du 7 mars 2002, JOCE du 24 avril 2002 ; Directive « Autorisation » 2002/20/CE, du 7 mars 2002, JOCE du 24 avril 2002 ; Directive « Service universel » 2002/22/CE, du 7 mars 2002, JOCE du 24 avril 2002 ; Directive « Vie privée et communications électroniques » 2002/58/CE, du 12 juillet 2002, JOCE du 12 juillet 2002 ; Directive « Concurrence » 2002/77/CE, du 16 septembre 2002, JOCE du 17 septembre 2002.

¹³ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C 165/03, JOCE du 11 juillet 2002

¹⁴ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation *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, C(2003)497, 2003/311/CE, JOCE du 11 février 2003.

réglementaires nationales doivent en tenir le plus grand compte et, en cas de non respect d'une recommandation, ces dernières doivent motiver leur position à la Commission »¹⁵.

Ces textes prônent explicitement comme objectif la pleine concurrence à long terme sur l'ensemble des marchés du secteur. Toutefois, la réalisation de celui-ci demeure soumise à la prise en compte de nombreux éléments tels que l'évolution de la concurrence sur les marchés considérés et la convergence des réseaux. Ce nouveau cadre réglementaire impose à l'autorité réglementaire nationale de procéder à un certain nombre d'aménagements dans l'exercice de ses attributions. Ainsi, tous les opérateurs doivent pouvoir accéder aux marchés sans discrimination grâce au régime déclaratif d'autorisation générale, remplaçant l'ancien régime des licences. La réglementation du secteur s'en trouve allégée puisque les conditions d'intervention de l'Autorité sont restreintes aux cas où le degré de concurrence sur certains marchés définis est considéré comme insuffisant. Enfin, l'exercice par l'autorité réglementaire de ses compétences doit s'effectuer dans la plus grande transparence, qui plus est au moyen de consultations publiques.

Ces dispositions sont transposées en France par la promulgation de plusieurs lois : la loi relative à France Télécom et aux obligations de service public des télécommunications en 2003¹⁶, la loi dite de confiance dans l'économie numérique¹⁷ et, surtout, la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle en 2004. L'ART devient l'ARCEP, en considération de la convergence des réseaux¹⁸.

Comme son nom l'indique, la principale mission de l'Autorité est la régulation du secteur. Ce terme ne va pas sans poser de problèmes aux juristes dans la mesure où il n'est pas clairement défini, si bien que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier la régulation d'« *anarchie sémantique* »¹⁹. Toutefois, appliquée au secteur des communications électroniques, la régulation est conçue comme la recherche d'un équilibre entre l'encadrement de l'ouverture à la concurrence et la protection d'objectifs d'intérêt général. Pour mieux comprendre cette délicate synthèse, un retour à la genèse de l'Autorité s'impose.

Sa création en 1997 est ainsi justifiée par la poursuite de trois objectifs : remédier aux défaillances du marché, résoudre le conflit d'intérêt de l'Etat actionnaire et combiner les exigences de la concurrence et de l'intérêt public. Dès lors, le sénateur M. Bruno Retailleau identifie aisément sa finalité. Selon lui, « *la fonction première de la régulation est de permettre l'accès aux réseaux et aux infrastructures essentielles, alors monopolisées par l'opérateur historique, tout en assurant la mise en œuvre et le financement des obligations de service public, sans nuire à la loyauté de la concurrence* »²⁰. Si le deuxième objectif est aujourd'hui nuancé par la fin des

¹⁵ Article 19 de la Directive « Cadre » 2002/21/CE.

¹⁶ Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, J.O n° 1 du 1^{er} janvier 2004, page 9, texte n° 1.

¹⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004, page 11168, texte n° 2.

¹⁸ Article 14 de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, J.O n° 117 du 21 mai 2005, page 8825, texte n° 1 : «

¹⁹ *Régulation et droit économique*, C. Champaud, RID éco, 2002,27.

²⁰ Cf. note 7.

monopoles de fait de France Télécom, les deux autres sont toujours au cœur de l'action de l'Autorité.

Une question se pose pourtant depuis longtemps. Dans cette perspective d'ouverture progressive à la concurrence, pourquoi faire appel à l'Autorité alors qu'il existe un organisme dont l'essence même est de régler les problèmes de concurrence et de sanctionner les comportements déloyaux ou abusifs sur les marchés ? La réponse est simple : il semble préférable de se tourner vers une autorité spécialisée, capable d'intervenir en amont, le Conseil de la concurrence agissant en aval, pour sanctionner. Il s'agit là d'une des spécificités de l'ARCEP : sa mission de régulation s'attache à un secteur particulier et son action, outre le règlement de différends, est la prévention. C'est pourquoi on parle de régulation sectorielle *ex ante*, conformément aux dispositions des directives du « Paquet Télécoms » et de la recommandation du 11 février 2003. De plus, cette régulation est dite asymétrique car l'opérateur historique ou les opérateurs considérés comme puissants sont soumis à des obligations qui ne s'imposent pas nécessairement à leurs concurrents. Il s'agit ici d'atteindre une « concurrence non faussée »²¹ en injectant la « dose de concurrence nécessaire »²².

Toutefois, cette notion de régulation semble évolutive car les dispositions communautaires introduisent un nouveau système. En effet, le nouveau cadre juridique prévoit un assouplissement de la réglementation, de la régulation et du contrôle tarifaire puisque l'action de l'Autorité dépend essentiellement du niveau de concurrence sur les marchés. Plus généralement, ce cadre doit rendre l'autorité de régulation plus proche de la réalité du secteur des télécommunications en général et sensibilisée encore plus finement à la diversité concurrentielle de ses composantes. Grâce à ce cadre, ses moyens d'intervention s'en trouvent mieux adaptés et s'appuient sur les principes fondamentaux, concepts et raisonnements du droit de la concurrence.

Comprendre la diversité concurrentielle des composantes du secteur des communications électroniques implique pour l'Autorité de déterminer quels sont ces marchés. Il s'agit même de la première étape de la régulation sectorielle, telle qu'elle apparaît dans la recommandation de 2003. Celle-ci repose en effet sur une analyse préalable des marchés dits pertinents, effectuée au moyen des instruments du droit de la concurrence, dans le but d'identifier des opérateurs puissants détenant un véritable pouvoir de marché. La notion de pertinence résulte d'un concept d'économie industrielle selon lequel « un marché est dit pertinent si les produits ou les services qui le composent sont suffisamment interchangeables ou substituables les uns aux autres, au double regard de leurs caractéristiques objectives (offre) et du comportement des consommateurs (demande) »²³. En résumé, le marché pertinent se définit comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits et de services considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux. « La substituabilité est établie lorsque l'on peut raisonnablement penser que les demandeurs ou les utilisateurs considèrent les biens ou les services comme des

²¹ Visée à l'article 3g du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE).

²² « Dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité, et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant les conditions analogues à celles d'un marché intérieur » : CJCE, 25 octobre 1977, *Métro-Saba*, aff. 26/76, att. n° 20 ; Rec. CJCE, p. 1875.

²³ *Economie des réseaux*, N. Curien ; Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2005 ; p.82.

moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande »²⁴.

Jusqu'en 2003, seulement quatre marchés pertinents sont soumis à la régulation de l'ART : il s'agit de la téléphonie fixe, de la téléphonie mobile, des liaisons louées et de l'interconnexion. Dans ce cadre, un opérateur est considéré comme puissant s'il possède 25% des parts de l'un de ces marchés et est donc soumis à certaines obligations. Avec la révision du cadre réglementaire en 2003, la Commission prédéfinit 18 marchés pertinents que les autorités réglementaires sont chargées d'identifier à l'échelon national. Cette méthode analytique soumet l'ARCEP à de nombreuses contraintes qui orientent son action.

Désormais, le processus d'analyse des marchés est ainsi strictement encadré. Les autorités réglementaires nationales doivent en effet se conformer au droit communautaire²⁵ lorsqu'elles définissent les marchés pertinents et qu'elles déterminent si des opérateurs disposent d'une puissance significative sur ces marchés. La recommandation du 11 février 2003 définit notamment les critères permettant d'identifier les marchés pertinents :

- la présence de barrières élevées et non provisoire à l'entrée sur le marché considéré ;
- l'absence de perspective concurrentielle ;
- l'incapacité du droit de la concurrence à trouver des remèdes aux défaillances remarquées.

Le rôle de la Commission est également renforcé puisqu'elle dispose d'un droit de veto sur les projets de mesures envisagées par les autorités de régulation, susceptibles d'avoir « *des incidences sur les échanges entre les Etats membres* », de faire « *obstacle au marché unique ou si elle a de graves doutes quant à (leur) compatibilité avec le droit communautaire* »²⁶. L'objectif poursuivi par la Commission est d'harmoniser les analyses de marché des différentes autorités réglementaires et de remédier à leurs faiblesses. D'une manière générale, la Commission donne son agrément aux analyses de marché conduites par les autorités de régulation dans le respect des prescriptions du droit communautaire. Entre 2004 et 2006, elle n'a par exemple prononcé des sanctions qu'à l'encontre de quatre projets de mesures, dont aucun n'émanait de l'ARCEP, sur les 229 présentés²⁷. Elle se contente de sanctionner les insuffisances dans la définition du marché ou dans l'analyse de la puissance d'un opérateur²⁸ « *afin d'assurer une mise en œuvre cohérente des principes du droit de la concurrence au sein de l'Union Européenne* »²⁹.

L'Autorité doit ainsi identifier les 18 marchés pertinents, « *en tenant le plus grand compte* » des dispositions du droit communautaire, et en prenant en

²⁴ Décision 99-D-41 du 22 juin 1999, Conseil de la Concurrence ; BOCCRF du 14 octobre 1999, p.566.

²⁵ Cf. notamment les articles 14 et 16 de la directive « Cadre » 2002/21/CE.

²⁶ Article 7.4 de la directive « Cadre » 2002/21/CE.

²⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire, Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques, SEC (2006)86, 6 février 2006.

²⁸ Décision du 20 février 2004, FI/2003/0024 et FI/2003/0027 ; Décision du 5 octobre 2004, FI/2004/0082.

²⁹ Cf. note 25.

considération les spécificités du marché français. A partir de 2003, elle lance donc une importante campagne de consultations publiques des différents acteurs du secteur français des communications électroniques, afin de procéder à la première phase de l'analyse des marchés³⁰. Mais entre les contraintes européennes et les doléances des opérateurs, elle ne doit pas oublier l'essence même de sa mission : analyser les marchés de communications électroniques au regard du droit de la concurrence.

Cette analyse suppose donc que soient définis les différents marchés de communications, ainsi que l'ensemble des acteurs – puissants ou non - de communications électroniques. D'autre part, elle doit tenir compte de l'évolution, notamment technologique, du secteur, ce qui limite logiquement sa durée. De par son caractère temporaire et progressif, l'analyse doit donc en elle-même être la plus pertinente et efficace possible.

L'Autorité se trouve ainsi confrontée à un dilemme, entre la recherche de la stabilité concurrentielle sur les marchés et leur nécessaire, sinon inéluctable, adaptation aux innovations technologiques d'une part, et aux mouvements du droit communautaire, d'autre part. Aussi la définition des marchés pertinents, exigée par ce dernier, pousse ses acteurs à se demander pourquoi et comment analyser ces marchés (1^{ère} Partie). Malgré la spécificité de son domaine d'action et un processus d'analyse strictement encadré, le régulateur n'en reste pas moins dépendant de l'évolution du cadre réglementaire. Cela le conduit à s'interroger sur la pérennité de l'analyse des marchés pertinents et, à plus long terme, sur sa propre existence (2^{ème} Partie).

³⁰ Cf. notamment sur le site de l'ARCEP la Synthèse des commentaires du secteur sur le document de définition des marchés pertinents adapté au cas français, 9 mai 2003 (<http://www.arcep.fr/index.php?id=8165&type=98>).

PREMIÈRE PARTIE : LA DÉTERMINATION DES MARCHÉS PERTINENTS

Le secteur des communications électroniques fait aujourd'hui l'objet d'une réglementation strictement encadrée par le droit communautaire. Dans ce système, les autorités de régulation sont chargées de veiller à l'ouverture du secteur à la concurrence. La recommandation du 11 février 2003 indique notamment qu'il « *appartient aux autorités réglementaires nationales de définir les marchés géographiques pertinents sur leur territoire (...) en conformité avec les principes du droit de la concurrence* »³¹. C'est pourquoi l'article L.37-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE), introduit par la loi du 9 juillet 2004, dispose que l'Autorité « *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* ».

L'exécution de cette mission suppose la collaboration entre l'Autorité et le Conseil de la concurrence. Pour de nombreux auteurs, ces deux organismes ont la particularité d'être des autorités de régulation. « *La ligne de partage des compétences entre ces deux types d'organismes est très fluctuante. Elle dépend, dans chaque pays, surtout de l'histoire institutionnelle. Les compétences peuvent être parallèles, ou partagées, ou exclusives. Mais l'essentiel est d'éviter que ne surviennent des conflits de normes, de compétences ou d'interprétation* »³². L'analyse des marchés pertinents apparaît alors comme la clé de voûte de ce qui est établi comme une distinction, mais qui ressemble de plus en plus à un rapprochement entre ces deux autorités. Il est donc nécessaire de définir le rôle de ces marchés pertinents dans l'introduction de la concurrence, à travers le phénomène plus large de la régulation sectorielle (Chapitre 1^{er}).

Il ne faut pas pour autant perdre de vue que l'analyse des marchés pertinents est, avant tout, une notion éminemment technique, dont le raisonnement est également encadré par la recommandation de 2003. L'ARCEP doit donc identifier les différents segments de marchés à l'aide d'un processus d'analyse adapté aux spécificités du secteur des communications électroniques. L'utilisation et le respect de ce processus apportent, en théorie du moins, la garantie d'une « concurrence effective » (Chapitre 2^{ème}).

³¹ Cf. également l'article 15 de la directive « Cadre ».

³² *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : Entre ex ante et ex post*, P. Choné, Les engagements dans les systèmes de régulation, dirigé par M.-A. Frison-Roche, Ed. Dalloz et Presses de Sciences Po, Coll. Thèmes et Commentaires, mars 2006, pp. 43-66.

Chapitre 1^{er} : Le rôle des marchés pertinents dans l'introduction de la concurrence

L'évolution du secteur des communications électroniques au cours de ces quinze dernières années fait apparaître deux types d'opérateurs : l'opérateur historique, c'est-à-dire France Télécom, détenteur de monopoles sur les différents segments de marchés, tant en ce qui concerne les infrastructures que les services, et les nouveaux opérateurs. Aussi la libéralisation justifie l'existence d'une autorité spécialisée afin de résoudre les différents problèmes rencontrés sur les marchés par leurs acteurs. Cette autorité se distingue par son expertise et ses connaissances techniques, juridiques et économiques, nécessaires à la compréhension du secteur, et qu'elle est seule à posséder. L'une de ses principales missions est ainsi d'établir un équilibre entre tous les intérêts présents sur les marchés libéralisés.

L'analyse des marchés pertinents par l'Autorité s'inscrit dans cette quête d'un équilibre économique et juridique entre les concurrents. Par conséquent, cette régulation est spécifique au secteur. Elle se caractérise par une approche préventive des comportements ainsi que par l'existence d'obligations imposées à certains opérateurs et non aux autres (Section 1). Elle se distingue cependant de la régulation opérant traditionnellement en droit de la concurrence, sans toutefois l'ignorer totalement. En effet, la régulation spécifique au secteur des communications électroniques a vocation à appliquer les principes du droit de la concurrence (Section 2).

Section 1 : La régulation des marchés pertinents, entre droit et économie

Les particularités du secteur des télécommunications rendent plus aisée la définition de la notion de régulation, par ailleurs largement discutée (Paragraphe 1). Les interrogations suscitées par ces spécificités justifient le recours à une expertise et consacrent la régulation sectorielle (Paragraphe 2). Mise en œuvre par l'ARCEP, celle-ci se distingue par son intervention en amont des marchés et son appréciation du comportement des concurrents (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 : La régulation : une notion difficile à saisir

La régulation est une notion à double visage dans la mesure où elle fait aussi bien appel à des concepts juridiques qu'à des postulats économiques. Si elle demeure difficile à définir, son contexte est incontestable dans la mesure où il met aux prises l'Etat et le marché (A). Les objectifs de la régulation n'en paraissent alors que plus évidents (B).

A. Déréglementation, puissance publique et économie de marché

Tous les auteurs qui s'interrogent sur la place de la régulation dans le droit, reconnaissent qu'elle repose sur l'économie de marché. Le marché est défini comme « un système d'échanges qui renvoie aux principes libéraux de libre accès pour les

offreurs, de compétition possible entre eux, de liberté des demandeurs d'acquérir, l'ensemble supposant la liberté contractuelle et la propriété privée »³³.

Il est question de déréglementation (en anglais, « *deregulation* ») lorsqu'un secteur n'est plus régi par une réglementation étatique « *se suffisant à elle-même* » et ne peut « *engendrer son équilibre par lui-même* »³⁴. La libéralisation ne constitue rien d'autre que le passage d'un système réglementé à un système régulé, la régulation prenant en considération d'autres éléments non étatiques. « *Il y a régulation parce que l'Etat n'a plus les moyens de conserver dans sa sphère le secteur en question ; il est dépassé par la tâche* »³⁵. En matière de télécommunications, l'Etat doit ainsi renoncer à sa double position de régulateur et d'acteur du marché, mais pas aux missions de fourniture et de financement du service public incombant à l'opérateur historique.

Dans les secteurs régulés, il faut donc considérer l'ensemble des intérêts présents et instaurer un équilibre entre leurs implications économiques et les exigences non économiques présidant au fonctionnement de l'ancien monopole et persistant après la libéralisation. Aussi la régulation peut être considérée comme « *une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »³⁶. C'est pourquoi la mise en place de la régulation revient à une autorité administrative, dont l'indépendance constitue une sorte de garde fou pour l'Etat actionnaire.

En définitive, l'Autorité définit la régulation comme « *l'application, par l'autorité compétente, de l'ensemble des dispositions juridiques, économiques et techniques qui permettent aux activités de télécommunications de s'exercer librement, ainsi que le prévoit la loi. Ainsi, la régulation des télécommunications est essentiellement une régulation économique qui consiste, pour l'autorité de régulation, à veiller à l'exercice d'une concurrence effective, loyale et durable* »³⁷.

B. Les finalités de la régulation

Dans le secteur des télécommunications, la régulation permet tout d'abord de créer et de maintenir une concurrence effective sur les marchés qu'elle vise. Ensuite, et plus particulièrement en fonction de la politique technologique et industrielle menée, elle contrôle l'activité, la production et l'évolution de la concurrence. Enfin, elle veille à ce que l'ouverture du secteur à la concurrence ne conduise pas à l'exclusion de certains consommateurs, ce qu'elle permet de garantir par la mise en place d'un service universel. Ce dernier étant un avatar de l'ancien service public assuré par l'opérateur historique.

³³ *Définition du droit de la régulation économique*, M.-A. Frison-Roche, Les engagements dans les systèmes de régulation, dirigé par M.-A. Frison-Roche, Ed. Dalloz et Presses de Sciences Po, Coll. Thèmes et Commentaires, mars 2006, pp. 7-15.

³⁴ Cf. note précédente.

³⁵ *Le droit de la régulation*, M.-A. Frison-Roche, Recueil Dalloz 2001, p. 610.

³⁶ *La notion juridique de régulation*, G. Marcou, AJDA 2006, p. 347.

³⁷ Définition donnée dans le glossaire, sur le site internet de l'Autorité.

« *Le but ultime de la régulation est de favoriser un développement du marché permettant aux consommateurs d'atteindre un bien être maximum. Il s'agit notamment de fournir les services de télécommunications aux prix les plus avantageux possibles pour les clients mais également d'aboutir à un accroissement global de la qualité de ces mêmes services* »³⁸. Pour l'accomplissement de cette mission, l'autorité en charge de la régulation doit supprimer les barrières à l'entrée sur le marché ainsi que l'accès privilégié d'une entreprise à des moyens de production rares, attribuer les ressources aux entreprises capables d'en faire l'usage le plus efficace, et traiter efficacement des obligations de service universel³⁹.

Aussi l'autorité de régulation joue un rôle central dans la promotion de la concurrence, en tant que « *maillon central et indispensable* », organisant la transition d'une situation monopolistique à une situation concurrentielle. A ce titre, elle fait valoir son expertise et s'inscrit comme le principal interlocuteur des différents acteurs présents sur le marché des communications électroniques.

Paragraphe 2 : La consécration d'une régulation spécifique au secteur des communications électroniques

« *La fonction de régulation du secteur des communications électroniques est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services de communications électroniques. Elle est exercée au nom de l'Etat par le ministre chargé des communications électroniques et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* »⁴⁰.

La loi française ne se montre pas plus originale que celle des autres Etats de l'Union. La loi allemande sur les télécommunications du 22 juin 2004 définit la régulation comme une « *mission de puissance publique* » de la Fédération se rapportant à des objectifs déterminés par la loi et que la régulation doit concilier : établir une concurrence loyale et efficace et promouvoir des objectifs d'intérêt général, assurant une offre de services suffisante sur l'ensemble du territoire. Ce texte attribue ainsi à l'Etat un rôle de garant dont la mission est exercée sous la responsabilité du gouvernement. De même qu'en France, l'autorité instituée par la loi se trouve dans le ressort de compétence du ministre, qui peut lui adresser des instructions.

Au-delà, la loi attribue à l'ARCEP de nombreuses compétences pour exercer ses missions de régulation. L'Autorité dispose notamment des pleins pouvoirs en matière d'interconnexion et de service universel puisqu'elle détermine les coûts, calcule les contributions et suit le financement. Les enjeux sont de taille pour l'Autorité dont action doit naturellement permettre d'augmenter le bien-être du consommateur. Elle doit surtout contribuer à « *construire une régulation permettant à l'ensemble de l'économie de bénéficier des innovations du secteur et des multiples*

³⁸ Réguler le secteur des télécommunications ? : Enjeux et perspectives, D. Fletcher, H. Jennequin et J.-H. Lorenzi, Ed. Economica, Coll. Economie, 318 p., 1^{ère} éd., 2007.

³⁹ Source: *Les relations entre autorités de la concurrence et autorités responsables de la réglementation sectorielle*, OCDE, DAF/COMP/GF (2005)2, 23 février 2005.

⁴⁰ Article L.32-1-I-3° du Code des postes et des communications électroniques.

externalités qu'il génère (...) et qui influent positivement sur la croissance, la productivité et la compétitivité »⁴¹.

En outre, la régulation, appliquée au secteur, est chargée d'examiner des problèmes économiques importants tels que la tarification et le rationnement sous optimal des services de communications électroniques. D'une part, la tarification au coût marginal (nul) ne permet pas de couvrir les coûts fixes, le coût marginal étant le coût induit par la fabrication d'une unité supplémentaire d'un bien. D'autre part, se pose la question de l'accès de tous à des services dont le coût marginal est nul. En situation de monopole, ces questions relatives à des activités à rendement croissant sont réglementées par un contrôle des prix ou par des nationalisations afin d'éviter que le monopole n'abuse de rentes de situation qui se répercutent de manière négative sur les consommateurs. Alors même que ces derniers doivent pouvoir profiter des baisses des prix, de la qualité et de la variété des produits. Dans le contexte de la libéralisation, ces monopoles sont démantelés, à plus forte raison quand les consommateurs peuvent bénéficier des innovations technologiques et par conséquent des nouveaux services de communications électroniques.

L'examen de ces éléments pratiques et économiques s'avère très exigeant et fait nécessairement appel à une expertise. La détermination des coûts pertinents est par exemple très compliquée. « *Estimer les coûts supplémentaires supportés par France Télécom pour fournir les données de la base annuelle aux opérateurs de renseignements téléphoniques (c'est-à-dire les coûts que France Télécom éviterait si elle ne fournissait pas ces données) demande des analyses très poussées des modèles comptables de l'opérateur historique* »⁴². Le Conseil de la concurrence ne dispose pas du savoir faire et de l'ensemble des moyens nécessaires à un traitement rapide de ces questions, d'autant que certaines mesures, notamment l'analyse de l'orientation des coûts, demandent « *des procédures longues et complexes* ».

Enfin, l'Autorité calcule des coûts incrémentaux ou conduit des tests de ciseau tarifaire. L'effet de ciseau tarifaire figure parmi les obstacles à l'instauration d'une concurrence saine et effective. Il consiste pour un opérateur alternatif à concurrencer un tarif de détail de France Télécom tout en s'approvisionnant auprès de l'opérateur historique en un service intermédiaire⁴³. Ces questions, entre autres, exigent donc une expertise que seul un régulateur spécialisé peut apporter.

Ainsi, la régulation économique s'appuie sur une connaissance précise des évolutions économiques du marché, sur des outils juridiques propres à établir une

⁴¹ Cf. note précédente.

⁴² *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : Entre ex ante et ex post*, P. Choné, Les engagements dans les systèmes de régulation, dirigé par M.-A. Frison-Roche, Ed. Dalloz et Presses de Sciences Po, Coll. Thèmes et Commentaires, mars 2006, pp. 43-66.

⁴³ Dans le glossaire figurant sur le site internet de l'Autorité, l'effet de ciseau tarifaire est défini comme suit : « *Il existe un risque d'effet de ciseau quand deux entreprises A et B sont telles que A et B sont concurrentes sur un marché de détail et que B dépend de A sur un marché intermédiaire. Il y a effet de ciseau tarifaire quand le tarif de détail de l'opérateur A (lame supérieure des ciseaux) est inférieur à la somme du tarif de gros pour la ressource intermédiaire (lame inférieure des ciseaux) et des coûts propres de l'opérateur B (cisailés). Dans le cas des tests effectués dans les avis de l'ART, un tarif de détail de France Télécom génère un effet de ciseau s'il conduit à une recette moyenne inférieure au coût moyen de fourniture d'une offre de détail équivalente par un autre opérateur jugé efficace ; celui-ci étant contraint de recourir au service d'interconnexion de France Télécom* ».

concurrence loyale (par exemple le règlement des différends, l'approbation des conditions techniques et financières d'interconnexion ou les sanctions) ainsi que sur une analyse approfondie des coûts des opérateurs.

Paragraphe 3 : Les caractéristiques de la régulation sectorielle

Dans le secteur des télécommunications, la régulation peut prendre deux formes distinctes : la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*. En effet, le régulateur peut intervenir en amont, en agissant sur les décisions des opérateurs ou sur les conditions de fonctionnement du marché. Il peut aussi intervenir en aval afin de sanctionner un comportement néfaste pour le marché. L'Autorité a la particularité de se situer dans la première catégorie.

Cette notion est fondamentale lorsque l'Autorité mène son analyse des marchés pertinents. En effet, celle-ci ne peut porter que sur des marchés « *de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante* ». L'intérêt principal est de favoriser l'accès aux marchés à des opérateurs victimes du jeu de l'opérateur historique ou dominant. La régulation s'effectue dans un mouvement de prévention.

Elle se situe également dans une dynamique économique, car le régulateur assure la protection des nouveaux entrants sur les marchés afin de favoriser leur développement. Celui-ci s'exprime à travers les investissements réalisés par ces opérateurs en vue du déploiement d'infrastructures. L'un des objectifs de la régulation est « *d'inciter à l'investissement dans les réseaux, tant pour susciter l'innovation technologique que pour introduire une concurrence effective sur ce marché* »⁴⁴.

Enfin, cette intervention en amont du marché facilite la croissance de la productivité. « *Les réformes qui favorisent la gouvernance privée, c'est-à-dire la privatisation et la concurrence stimulent généralement la productivité* »⁴⁵. Les gains résultant de la réduction des obstacles à l'entrée sont d'autant plus grands que l'opérateur considéré dépend de l'opérateur historique.

La régulation est également asymétrique lorsqu'elle met en œuvre les obligations spécifiques qui s'appliquent à l'opérateur historique, en raison de sa position dominante sur le marché. Il s'agit par exemple d'obligations spécifiques en matière d'interconnexion, du contrôle a priori de ses tarifs de détail ou de ses obligations au regard du service universel.

Il s'agit avant tout d'un outil économique. L'asymétrie résulte effectivement de la différence entre la régulation tarifaire de l'opérateur historique et celle des opérateurs alternatifs sur le marché. En conséquence, des contraintes relatives au prix d'accès ou au prix de détail sont imposées à l'opérateur historique en matière tarifaire et non aux autres opérateurs. Ces derniers peuvent ainsi « *utiliser les réseaux de*

⁴⁴ *La régulation des opérateurs de télécommunications en Europe depuis l'ouverture à la concurrence : Fondements et évolution*, E.-S. Matisse, Forum de la Régulation, Université Paris 1, 12 octobre 2001.

⁴⁵ *Regulation, Productivity, and growth : OECD Evidence*, G. Nicoletti et S. Scarpetta, Document de travail consacré à la recherche sur les politiques, n°2944, Banque mondiale, janvier 2003.

l'opérateur historique national à des tarifs de gros les moins discriminatoires possibles » ou de « *contraindre les prix de détail* » de telle sorte que leurs offres soient plus compétitives. Par ailleurs, l'opérateur historique est seul soumis à des obligations de transparence et de séparation comptable. Par cette asymétrie, le droit de la régulation est l'inverse du droit de la concurrence, en ce qu'il combat principalement les barrières à l'entrée alors que le second « *ne prend aucune mesure pour faire entrer des concurrents dans les marchés considérés, marchés que les autorités de la concurrence prennent en quelque sorte en l'état* »⁴⁶.

Cette constatation relative à la distinction entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence doit néanmoins être précisée, en raison notamment de l'existence d'une autorité nationale de concurrence qui exerce elle aussi une activité de régulation.

Section 2 : La place de la régulation sectorielle par rapport au droit de la concurrence

Régulation sectorielle et droit de la concurrence sont inextricablement liés et non seulement parce que la première utilise le second afin d'instaurer des marchés attractifs. Au même titre qu'il existe deux autorités de régulation, l'une sectorielle, l'autre plus générale, deux visions de la régulation sont concevables. Si elles s'opposent tant au niveau des moyens dont elles disposent qu'en ce qui concerne leur appréciation du marché (Paragraphe 1), elles se complètent nécessairement dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'opposition entre deux conceptions de la régulation

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et le Conseil de la concurrence sont deux organismes chargés de veiller au respect de la concurrence sur les marchés. Toutefois, ils se distinguent en premier lieu par l'étendue de leurs pouvoirs mais également, et surtout, par leur appréciation du comportement des opérateurs (A). En comparaison, le droit américain impose une stricte séparation entre les deux régulations (B).

A. Régulations *Ex ante* et *ex post*

Si l'ARCEP agit en amont afin de conditionner le fonctionnement du marché, le Conseil de la concurrence opère en aval afin de sanctionner des comportements nuisibles à l'activité. « *Le droit de la régulation se distingue du droit de la concurrence car, s'il est vrai qu'on y trouve l'importance de la concurrence, il s'agit d'un droit qui la construit et la maintient, et non pas d'un droit qui la garde simplement en l'état* ».⁴⁷ L'Autorité a pour objectif de construire un marché concurrentiel, en favorisant les nouveaux entrants sur ce marché, alors que le Conseil de la concurrence sanctionne de manière neutre des comportements dommageables

⁴⁶ *Le droit de la régulation*, M.-A. Frison-Roche, Recueil Dalloz 2001, p. 610.

⁴⁷ Cf. note précédente.

pour le marché, sans contribuer directement à la maturation de ce dernier. La combinaison de l'intervention *ex ante* de l'Autorité et de l'intervention *ex post* du Conseil laisse penser que le marché est donc parfaitement encadré. En effet, la sélection par l'Autorité des opérateurs à l'entrée sur le marché est censée garantir une saine concurrence. Le Conseil intervient si l'un de ces opérateurs adopte un comportement néfaste afin de le sanctionner. En théorie, les sphères d'influence sont donc distinctes. Et si elles ne se complètent pas, elles s'ajoutent.

La Commission européenne estime que la régulation sectorielle, dans le cas de l'interconnexion notamment, ne poursuit pas les mêmes buts que le droit de la concurrence. Plus largement, l'existence d'une autorité sectorielle nationale n'interdit pas l'application du droit de la concurrence communautaire. Dès lors que la régulation laisse une marge de manœuvre pour un comportement autonome de la part de l'entreprise, ce comportement peut être jugé au regard du droit de la concurrence⁴⁸.

Le Conseil de la concurrence se présente lui-même comme un régulateur, parce qu'il ne distingue pas nécessairement droit sectoriel et droit de la concurrence. Il ne s'estime ainsi pas lié par les analyses concurrentielles menées par l'Autorité. Il n'hésite pas non plus à reprendre à son compte le raisonnement de la Commission pour conclure à l'absence de pratiques anticoncurrentielles⁴⁹, tout comme il ne recule pas au moment de réguler et d'organiser un marché. *« L'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation du secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application du Code de commerce. (...) En dépit du contrôle des équilibres concurrentiels sur le marché de gros de l'accès haut débit ADSL, exercé par l'autorité de régulation sectorielle, les instruments réglementaires mis à disposition de cette autorité ne lui ont pas permis de mettre fin aux conditions restrictives injustifiées imposées par France Télécom »*⁵⁰.

La régulation sectorielle peut imposer des obligations à un opérateur puissant, si bien que la concurrence peut se développer malgré les barrières. Les obligations ou remèdes sont imposés à un opérateur pour compenser sa dominance, c'est-à-dire *« sa capacité à s'abstraire de la concurrence et des règles de fonctionnement normal du*

⁴⁸ Décision de la Commission 2003/707/CE du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE, *Deutsche Telekom AG*, C(2003) 1536, JOCE L 263 du 14 octobre 2003 : *« Contrairement à ce que pense Deutsche Telekom, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence »*.

⁴⁹ Cf. par exemple la décision 04-D-22 du 21 juin 2004 relative aux tarifs de France Télécom homologués par le ministre de l'Economie et des Finances, Conseil de la Concurrence. En l'espèce, le Conseil a retenu sa compétence pour examiner les pratiques tarifaires découlant d'une offre « longue distance » de France Télécom, soumise, en application de la réglementation sectorielle des communications électroniques, à une procédure d'homologation tarifaire. Bien que l'offre ait été préalablement homologuée, le Conseil a examiné et contrôlé la pratique tarifaire de l'opérateur qui consistait à offrir une remise sur un abonnement au téléphone fixe (position dominante) lors de la souscription d'un abonnement de téléphonie mobile (marché concurrentiel). Au terme de l'examen de cette pratique tarifaire, il conclut en l'occurrence à l'absence de pratiques anticoncurrentielles.

⁵⁰ En l'espèce : Décision 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'internet haut débit, Conseil de la Concurrence.

marché »⁵¹. Un opérateur visé par de telles obligations peut-il encore s'abstraire de la concurrence alors qu'il est censé se situer au même niveau que ses concurrents ? Cela n'empêche pas le Conseil de passer outre la régulation sectorielle. « *Dès lors que le Conseil ne s'estime pas tenu par l'action du régulateur, il devient alors nécessairement un second régulateur* »⁵².

Dans une autre décision, il impose à France Télécom la mise en place d'une nouvelle offre de gros sur le marché ADSL « *aux fins de stimuler la concurrence sur les marchés de détail de l'internet haut débit* »⁵³. Fondée sur des prévisions de l'évolution ultérieure des marchés, sa position relève d'une question de politique économique du ressort de la régulation sectorielle. Il va jusqu'à imposer des prix d'accès et des tarifs intermédiaires « *orientés vers les coûts* » ou « *permettant l'exercice d'une concurrence effective* ».

Enfin, si le Conseil de la Concurrence peut prescrire des mesures conservatoires, c'est-à-dire *ex ante*, son action doit se justifier par une présomption forte que l'entreprise visée enfreint le droit de la concurrence. Ainsi, « *des préoccupations de régulation sectorielle, relatives au processus d'ouverture d'un marché à la concurrence, ne sauraient, à elles seules, fonder l'intervention du Conseil de la Concurrence sur un marché. L'existence d'un scénario prospectif d'évolution négative du marché, fût-il présenté par le régulateur sectoriel, ne suffit pas à justifier l'intervention ex ante* »⁵⁴⁵⁵.

La séparation entre les deux sphères de régulation paraît donc ténue, ce qui n'est pas le cas dans le modèle américain.

B. Le modèle américain

Pour la Cour suprême des Etats-Unis, le droit sectoriel des télécommunications et le droit de la concurrence poursuivent des objectifs différents, ce qui en fait deux branches autonomes du droit, « *l'une n'ayant pas vocation à suppléer les carences de l'autre* »⁵⁶. Le droit de la concurrence est régi par le

⁵¹ *L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle*, S. Naugès, AJDA 2007, p. 672.

⁵² Cf. note précédente.

⁵³ En l'espèce : Décision 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Neuf Télécom Réseau, Conseil de la Concurrence.

⁵⁴ Décision 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM, et Neuf Télécom, Conseil de la Concurrence.

⁵⁵ Cour d'Appel de Paris, 1^o Chambre, Section H, RG n°2004/08236 du 29 juin 2004. : « *Considérant, en l'espèce, qu'en se bornant à relever qu'il ne peut être exclu, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que l'ensemble des pratiques dénoncées dans les saisines et précédemment relevées entrent dans le champ d'application des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et des articles 81 et 82 du Traité de Rome, dès lors qu'elles affecteraient une partie substantielle du marché national, le Conseil n'a pas caractérisé l'existence d'une présomption d'infraction suffisamment forte pour l'autoriser à prendre la mesure conservatoire sollicitée. (...)* Arrêt cassé partiellement par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt n°1487 (04-16.857) du 8 novembre 2005.

⁵⁶ *L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle*, S. Naugès, AJDA 2007, p. 672.

*Sherman Act*⁵⁷ et sanctionne les tentatives illicites de monopoliser un marché. Le secteur des télécommunications est soumis au *Telecom Act*⁵⁸ qui cherche à éliminer les monopoles.

C'est en effet à la Cour suprême qu'incombe la distinction entre ces deux branches du droit. Dès 1973, elle décide qu'une industrie régulée ne peut soulever la régulation sectorielle dont elle fait l'objet afin d'éviter des poursuites pour violation du droit de la concurrence. Le contrôle des comportements anticoncurrentiels doit cependant être proportionné aux mesures de régulation déjà imposées à l'industrie en question⁵⁹. La Cour décide notamment qu'un prix fixé par un opérateur, ayant fait l'objet d'une régulation avant son introduction sur le marché ne peut être considéré comme un tarif « *squeezant* » susceptible d'être contraire au droit de la concurrence.

En 2004, la Cour admet que la violation d'une disposition du *Telecom Act* ne constitue pas pour autant une violation du *Sherman Act*. « *The 1996 Act is in an important respect much more ambitious than the antitrust laws. It attempts to eliminate the monopolies enjoyed by the inheritors of AT&T's local franchises. The Sherman Act, by contrast, seeks merely to prevent unlawful monopolization. It would be a serious mistake to conflate the two goals. The Sherman Act is indeed the "Magna Carta of free enterprise" but it does not give judges carte blanche to insist that a monopolist alter its way of doing business whenever some other approach might yield greater competition.* »⁶⁰

Par conséquent, le refus d'entretenir des relations commerciales ne relève pas naturellement de comportements anticoncurrentiels alors qu'ils violent précisément les obligations imposées par la régulation. Le droit de la concurrence n'intervient que si ces comportements visent exclusivement à écarter un concurrent. L'existence d'une régulation sectorielle ne s'oppose donc pas à l'application du droit de la concurrence.

Lorsqu'elle étudie les comportements des entreprises, l'autorité américaine de concurrence constate ou non l'application de mesure régulatrices afin de déterminer le degré de dominance d'une entreprise. La violation par une entreprise de ces mesures ne constitue pas nécessairement un abus répréhensible, à moins de contribuer à l'abus d'une position dominante. Un contrôle de proportionnalité est donc appliqué lorsqu'un concurrent soutient avoir été écarté d'un marché faisant par ailleurs l'objet d'une régulation sectorielle. Il tient compte de la technicité du problème rencontré, de l'existence de mesures régulatrices et des pouvoirs de l'autorité de régulation. L'utilisation de ce contrôle par les juges permet en outre « *d'éviter des conflits ou des contradictions avec les pratiques autorisées ou contrôlées par les autorités sectorielles* ».

La Haute Cour américaine prône donc une stricte distinction entre régulation sectorielle et droit commun de la concurrence, qui évoluent dans deux sphères

⁵⁷ *The Sherman Anti-Trust Act*, 2 juillet 1890 ; Article 15 (§1-§7), United States Code.

⁵⁸ *The Telecommunication Act*, 8 février 1996. (<http://www.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf>).

⁵⁹ *Otter Tail v/ United States*, 410 US 366 (1973), Cour suprême des Etats-Unis, à propos des tarifs pratiqués par l'entreprise Otter Tail.

⁶⁰ *Verizon Communications Inc. v/ Trinko, LLP*, 540 US 398 (2004), Cour suprême des Etats-Unis : en l'espèce, il était question du refus par un opérateur d'aider un de ses concurrents.

différentes. Ces deux sphères existent aussi en France et sont amenées à se consulter, notamment dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents.

Paragraphe 2 : Une coopération nécessaire dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents

La loi prévoit un certain nombre de cas nécessitant la collaboration du Conseil de la Concurrence avec l'Autorité. Ainsi « *le président de (l'Autorité) saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance. Il peut également le saisir pour avis de toute autre question relevant de sa compétence* »⁶¹. Cette attribution paraît bien naturelle dans la mesure où elle fait appel directement à l'essence même de la mission du Conseil de la Concurrence. Depuis 2001, ce dernier rend pas moins de 83 décisions, mesures conservatoires ou avis relatifs à des pratiques constatées ou à des demandes de consultation dans le secteur des communications électroniques et des postes. Cette coopération est d'autant plus significative que « *le Conseil de la concurrence communique à (l'Autorité) toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et recueille son avis sur les pratiques dont il est saisi dans le secteur des communications électroniques* ». Par conséquent, la concertation entre les deux autorités est bilatérale, dans un souci d'efficacité.

En matière d'analyse des marchés, « *(l'Autorité) 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. Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés* »⁶². L'Autorité de la concurrence doit ainsi se prononcer sur la détermination des marchés pertinents et sur les opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché visé.

Cette consultation entre l'autorité de régulation et l'autorité de concurrence est jugée essentielle et encouragée par la Commission européenne, notamment avant la notification d'un projet de mesure. En effet, « *la mise en œuvre de la réglementation sectorielle et de celle du droit de la concurrence sont des instruments complémentaires pour la promotion du développement de marchés de communications effectivement concurrentiels au bénéfice des utilisateurs* »⁶³.

Dans le cadre de l'analyse des marchés, le Conseil de la Concurrence abonde en général dans le sens désigné par l'ARCEP, que ce soit sur la délimitation des marchés pertinents, sur l'identification des opérateurs puissants ou sur la nécessité d'imposer à ces derniers des obligations spécifiques⁶⁴. Mais il peut aussi demander à

⁶¹ Article L.36-10 du Code des postes et des communications électroniques.

⁶² Article L.37-1 du Code des postes et des communications électroniques.

⁶³ Article 3.3 de la Communication du 6 février 2006.

⁶⁴ Cf. par exemple : Avis 05-A-10 du 11 mai 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications, en application de L.37-1 du Code des postes et des communications électroniques portant sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes, Conseil de la Concurrence.

l'Autorité de revoir sa position, notamment à propos de la méthode utilisée pour déterminer le caractère régulable des marchés. Sur ce point, il s'oppose à ce que l'Autorité se contente de reprendre l'argument relatif à l'inscription d'un marché sur la liste établie par la recommandation pour valider la nature régulable de ce marché. *« Il ne ressort ni de la directive cadre, ni de sa transposition que (l'Autorité) peut se dispenser de procéder à une analyse concurrentielle des marchés recensés »*⁶⁵. L'appréciation du caractère régulable doit toujours être conduite au regard des critères fixés par la recommandation, c'est-à-dire l'existence de barrières élevées à l'entrée sur le marché, *« le fait que la structure de marché ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective »* et *« l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances constatées »*.

Les divergences surgissent lorsque le Conseil de la Concurrence ne s'estime pas lié par les analyses concurrentielles, conduites dans le cadre d'avis. Ainsi, *« la délimitation des marchés 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 ne peut d'ailleurs être exclu qu'une analyse de la substituabilité des services et de la situation de la concurrence conduise le Conseil de la Concurrence à délimiter des marchés plus étroits que ceux sur lesquels il s'interroge dans le présent avis »*⁶⁶.

En l'occurrence, l'Autorité de régulation choisit de s'éloigner de l'analyse du Conseil en considérant notamment que *« conformément aux lignes directrices, s'agissant d'un marché recensé par la Commission, il ne lui est pas nécessaire de démontrer à nouveau les éléments qui ont déjà été pris en compte par la Commission dans sa recommandation et sur lesquels elle porte la même appréciation »*. L'Autorité de régulation n'est tenue d'examiner à nouveau les critères permettant de caractériser les marchés pertinents que lorsqu'elle *« recense des marchés qui ne figurent pas dans la recommandation »*⁶⁷. En conséquence, elle peut exposer les obstacles à une concurrence loyale et effective.

Enfin, le Conseil de la Concurrence peut suggérer à l'Autorité la conduite à tenir dans le cadre de l'analyse des marchés. Ainsi, il lui conseille de retenir une définition des marchés plus large car *« le caractère prospectif de l'analyse des marchés et les évolutions technologiques rapides constatées dans le secteur 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 »*⁶⁸.

⁶⁵ Avis 05-A-05 du 16 février 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de L.37-1 portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de téléphonie fixe, Conseil de la Concurrence.

⁶⁶ Voir note précédente.

⁶⁷ Décision n° 05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

⁶⁸ Avis 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.37-1 portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros des liaisons louées, Conseil de la Concurrence.

Après avoir exposé le contexte de régulation sectorielle dans lequel s'inscrit l'analyse des marchés pertinents menée par l'Autorité de régulation des communications électroniques, il faut à présent en « décortiquer » le processus et comprendre le fonctionnement pratique de la régulation.

Chapitre 2 : Le processus d'analyse des marchés pertinents, expression de la régulation sectorielle

Les marchés désignés comme étant pertinents sont « *les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, dont les caractéristiques justifient l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives* ». Objectivement, il s'agit des marchés susceptibles de faire l'objet de la régulation sectorielle. Pour l'Autorité, procéder à l'analyse des marchés pertinents de communications électroniques lui permet d'être au plus près de leur diversité concurrentielle. Cette analyse et sa procédure, strictement encadrées et détaillées, conduisent le régulateur du secteur à une approche plus précise de la réalité des marchés, afin d'exercer une régulation plus adaptée.

L'analyse des marchés constitue donc l'une des tâches majeures confiées à l'Autorité, en application du cadre juridique issu de la transposition des directives européennes de 2002 – dites « Paquet Télécoms » – et de l'application de la recommandation de 2003. Les grands principes issus de ces textes sont essentiels car ils encadrent l'exercice de la régulation sectorielle (Section 1). En application de ces principes, l'Autorité identifie au plan national des marchés pertinents particulièrement structurants (Section 2).

Section 1 : Les principes fondamentaux de l'analyse des marchés de communications électroniques

Ne serait-ce que parce qu'il donne l'ensemble des définitions et des règles de conduite d'analyse, le droit communautaire, et plus particulièrement les lignes directrices du 11 juillet 2002 et la recommandation du 11 février 2003, revêt une importance fondamentale dans la conduite du processus d'analyse des marchés ; il en détermine les enjeux (Paragraphe 1). Au surplus, la recommandation recense les différents marchés pertinents dont l'analyse s'impose (Paragraphe 2). Enfin, le processus d'analyse est largement détaillé afin d'orienter l'action du régulateur (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Les enjeux de l'analyse des marchés pertinents

Les lignes directrices et la recommandation insufflent un nouvel élan à la régulation du secteur des communications électroniques. Elles dictent ainsi la direction à suivre dans le cadre de l'analyse des marchés (A). De manière plus concrète, ces textes définissent *stricto sensu* la notion de marché pertinent qui doit guider l'action du régulateur national (B) et insistent sur l'assimilation par la régulation sectorielle des principes du droit de la concurrence (C).

A. L'esprit de l'analyse des marchés pertinents

Pour rappel, les objectifs visés par les autorités réglementaires nationales sont de « *promouvoir l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel pour les réseaux et les services de communications électroniques et les ressources associées* »⁶⁹, de « *développer le marché intérieur* »⁷⁰ et de « *soutenir les intérêts des citoyens de l'Union européenne* »⁷¹.

Les objectifs assignés au cadre réglementaire de 2002 sont la prise en compte de la progression de la concurrence, constatée grâce au bilan conduit par la Commission sur les 5 premières années d'ouverture, et la prise en considération de la convergence technologique. La logique d'ensemble consiste à appliquer une réglementation « modulaire » par segment de marché, l'idée étant que des dispositions spécifiques sont d'autant plus fondées à s'appliquer que le segment n'a pas atteint un stade concurrentiel suffisant. Dès lors qu'il l'a atteint, les dispositions générales du droit de la concurrence doivent trouver à s'appliquer. Pour l'exercice de la régulation, l'analyse économique devient primordiale, contrairement au cadre antérieur qui ne définit pas les segments de marché du secteur « *en tant que marchés conformément aux principes du droit de la concurrence* »⁷².

En vertu du nouveau cadre, il appartient au régulateur de déterminer quels sont les marchés auxquels une régulation *ex ante* doit s'appliquer, à l'intérieur d'une liste de 18 marchés préalablement établie au niveau européen. Une analyse du degré de maturité concurrentielle des différents marchés est alors conduite. En France, l'Autorité détermine lesquels de ces marchés sont pertinents après avis du Conseil de la Concurrence. Elle dispose à cette fin d'un pouvoir d'enquêtes administratives renforcé pour conduire avec le maximum d'efficacité ses analyses de marché. Elle désigne ensuite le cas échéant les opérateurs puissants sur ces marchés (ou opérateurs dominants, au sens du droit de la concurrence), auxquels des obligations spécifiques seront imposées, en matière notamment d'interconnexion et d'accès à leurs réseaux ou de contrôle de leurs tarifs.

Le dispositif ainsi élaboré est notifié à la Commission Européenne, qui doit l'avaliser avant son entrée en vigueur. Le souci d'harmonisation communautaire se traduit à la fois par les obligations faites aux régulateurs nationaux de soumettre un certain nombre de leurs décisions à la Commission Européenne, et par la création

⁶⁹ Article 8 §2 de la directive « Cadre ».

⁷⁰ Article 8 §3 de la directive « Cadre ».

⁷¹ Article 8 §4 de la directive « Cadre ».

⁷² Article 1.1, point 2 des lignes directrices du 11 juillet 2002.

d'instances nouvelles de coordination comme le Groupe des régulateurs européens (GRE), placé sous l'égide de la Commission. Plus généralement, il s'agit de « garantir la cohérence des approches suivies par les autorités réglementaires nationales dans l'application du nouveau cadre réglementaire »⁷³.

A plus long terme, le droit sectoriel applicable aux communications électroniques doit se rapprocher du droit commun de la concurrence, ce qui réduit progressivement le périmètre de la régulation *ex ante*. Les différentes entités en charge du respect de la concurrence voient d'ailleurs leurs possibilités de coopération renforcées.

B. La définition du marché pertinent

L'intérêt d'une telle définition réside dans le fait que le régulateur ne peut apprécier la concurrence effective que sur un marché strictement défini pour une durée déterminée. Au préalable, la recommandation rappelle qu'il existe deux types de marchés pertinents : « les marchés de services et produits fournis aux utilisateurs (marchés de détail) et les marchés de l'accès pour les opérateurs aux installations nécessaires à la fourniture de ces services et produits aux utilisateurs finals (marchés de gros) »⁷⁴.

Aussi le régulateur examine « les produits et les services qui constituent le marché » et apprécie « (sa) dimension géographique »⁷⁵. Si plusieurs opérateurs se trouvent sur un marché et afin de déterminer quels produits et/ou services sont échangés, le régulateur s'interroge sur la substituabilité de ces derniers, qui est démontrée « lorsque l'on peut raisonnablement penser que les demandeurs ou les utilisateurs considèrent les biens ou les services comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande »⁷⁶.

La substituabilité s'analyse aussi bien du côté de l'offre que du côté de la demande. Dans le premier cas, un fournisseur, autre que celui qui présente son produit ou son service, se met en situation de proposer au consommateur le même type de produit ou de service, sans que cela engendre pour lui des coûts supplémentaires considérables. Dans le second, le consommateur doit pouvoir remplacer un produit ou service d'un certain type par un autre du même type. Par conséquent, l'autorité réglementaire nationale est amenée à contrôler si la substituabilité est suffisante⁷⁷.

Le régulateur doit donc identifier les produits ou services proposés et en déterminer les points communs, notamment en ce qui concerne l'utilisation qui va en être faite. Aussi « le marché pertinent de produits ou de services comprend tous les produits ou les services qui sont suffisamment interchangeables ou substituables l'un à l'autre, en fonction non seulement de leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des

⁷³ Article 1.1, point 11 des lignes directrices.

⁷⁴ Considérant n°6 de la recommandation du 11 février 2003.

⁷⁵ Article 2.1, point 34 des lignes directrices.

⁷⁶ Cf. note 23.

⁷⁷ Test de substituabilité suffisante, décrit notamment dans CJCE, 13 février 1979, *Hoffman La-Roche c. Commission*, Aff 85/76, Recueil 1979, p.461.

consommateurs, de leur prix ou leur usage prévu, mais également en fonction des concurrence et/ou de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en question »⁷⁸. Cette question de substituabilité des produits et des services a toujours plus d'importance en raison des innovations technologiques et de la convergence des nouvelles technologies.

L'autre aspect à prendre en considération lors de la définition d'un marché est son importance géographique. Le marché pertinent géographique est ici entendu comme « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans la fourniture des produits ou services pertinents, où elles sont exposées à des conditions de concurrence similaire ou suffisamment homogènes et qui se distingue des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont sensiblement différentes* »⁷⁹. Le marché peut donc être déterminé géographiquement d'une part, en observant l'étendue du territoire sur lequel opère le fournisseur ou, d'autre part, en constatant l'existence d'un cadre légal et réglementaire soumettant l'exercice de son activité par le fournisseur à l'obtention d'une licence.

La pertinence s'apprécie quant à elle en fonction de trois critères :

- La présence à l'entrée de barrières : Ces barrières peuvent être structurelles et sont fonction de la structure des coûts des entreprises. Il y a barrière structurelle en cas d'économie d'échelle ou de coûts fixes de production élevés. Ces barrières peuvent également être légales ou réglementaires en ce que les mesures considérées ont un effet direct sur les conditions d'entrée sur le marché et sur le positionnement des entreprises en place sur ce dernier. C'est le cas par exemple de la structure de monopole légal qui interdit la concurrence potentielle.
- L'absence de perspective concurrentielle
- L'insuffisance du droit de la concurrence à trouver des remèdes aux deux premières conditions.

Avant que l'étude du niveau de concurrence sur un marché considéré ne soit achevée, la pertinence est estimée « *potentielle* »⁸⁰. Si au terme de l'identification des marchés, les trois conditions sont remplies cumulativement, la pertinence du marché devient alors effective et nécessite des mesures de régulation.

C. L'intégration des principes du droit de la concurrence

Les lignes directrices décident que l'analyse des marchés pertinents se conforme aux principes du droit européen de la concurrence. C'est pourquoi elles adaptent des notions qui sont normalement l'apanage des autorités nationales de concurrence. C'est ainsi qu'est reprise la notion de position dominante⁸¹, définie par

⁷⁸ CJCE, 14 novembre 1994, *Tetra Pak c. Commission*, C 333/94 P, Recueil 1996, p.I-5951.

⁷⁹ CJCE, 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, Aff 27/76, Recueil 1978, p.207.

⁸⁰ *Economie des réseaux*, N. Curien ; Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2005.

⁸¹ Cf. article 82 du Traité instituant la Communauté Européenne :

« *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:*

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;

la jurisprudence comme la « *position de force économique permettant à une entreprise de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs* ».

L'analyse des marchés conduit le régulateur national à évaluer la puissance des opérateurs sur les marchés, en même temps qu'il examine le niveau de concurrence. Celle-ci est effective à partir du moment où aucun opérateur n'occupe une position dominante. Dans le cas contraire, les opérateurs considérés comme étant puissants se voient imposer des obligations. Or, cet opérateur en position dominante n'abuse pas nécessairement de celle-ci, au sens où l'entend l'article 82 du Traité.

Une nuance syntaxique s'impose dans le cadre de la régulation sectorielle des communications électroniques, dans la mesure où les textes du « Paquet Télécoms » parlent de « *puissance significative sur le marché* »⁸². Si cette notion est proche de celle relative à la position dominante, elle nécessite des adaptations. En effet, l'abus de position dominante est sanctionné *ex post* par l'autorité de concurrence alors que la désignation de l'opérateur exerçant une influence significative sur le marché intervient dans le cadre de la régulation *ex ante*, exercée par le régulateur. Si l'idée est la même, la méthode diffère.

Dans le cadre de l'analyse de marchés, la détermination du niveau de puissance fait appel à de nombreux facteurs même si « *cette puissance se mesure essentiellement à la possibilité que l'entreprise concernée a d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes* »⁸³. L'existence d'une position dominante peut être caractérisée après une étude des parts de marché détenues par l'entreprise, sans que cela en fasse une condition nécessaire et suffisante. De même, le régulateur s'intéresse à la taille de l'entreprise, au niveau de maîtrise technologique ou, plus simplement, à l'absence de concurrence potentielle.

Une fois la position dominante déterminée, l'opérateur en usant, à défaut d'en abuser, se voit imposer des obligations qui diffèrent selon qu'il opère sur un marché de fourniture d'infrastructures à d'autres opérateurs ou aux utilisateurs finals. Ces obligations, qualifiées de remèdes, sont l'objet de développements ultérieurs.

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

⁸² Cf. article 14.2 de la directive « Cadre » : « Une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. En particulier, lorsque les autorités réglementaires nationales procèdent à une évaluation visant à déterminer si deux entreprises, ou plus, occupent conjointement une position dominante sur un marché, elles se conforment aux dispositions du droit communautaire et tiennent le plus grand compte des Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché publiées par la Commission conformément à l'article 15. Les critères à respecter pour procéder à une telle évaluation sont définis à l'annexe II. »

⁸³ Article 3.1, point 73 des lignes directrices.

Paragraphe 2 : Les différents marchés pertinents

Lorsque le secteur des télécommunications est ouvert à la concurrence le 1^{er} janvier 1998, quatre marchés sont expressément visés par la régulation : il s'agit de la téléphonie fixe, de la téléphonie mobile, des liaisons louées et de l'interconnexion. Aux termes de la recommandation du 11 février 2003, une liste des 18 marchés « *potentiellement pertinents* » du secteur des communications électroniques est établie. Ces marchés sont soumis à la régulation asymétrique et doivent faire l'objet d'analyse de la part des autorités de régulation nationales.

La liste se décompose ainsi :

- Téléphonie fixe : six marchés de détail et trois marchés de gros.
- Liaisons louées : un marché de détail et deux marchés de gros.
- Téléphonie mobile : trois marchés de gros
- Haut débit : deux marchés de gros.
- Diffusion audiovisuelle : un marché de gros.

L'article 1^{er} de la recommandation confie à l'Autorité la mission d'analyser « *les marchés de produits et de services énumérés (en annexe) avant de définir des marchés pertinents* ». De surcroît, cette disposition renvoie à la directive « cadre » au regard de laquelle l'ARCEP « *tient le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence* »⁸⁴.

Paragraphe 3 : Le processus type d'analyse des marchés pertinents

Au préalable, les marchés susceptibles d'être régulés sont les marchés pour lesquels les barrières à l'entrée sont trop importantes et les perspectives concurrentielles obscures, sans que le droit de la concurrence puisse remédier de manière satisfaisante à ces deux problèmes. Si le marché visé par l'analyse est effectivement concurrentiel, l'autorité réglementaire nationale n'impose ni ne maintient aucune obligation réglementaire spécifique et supprime ces obligations au cas où elles auraient été imposées lors d'une analyse antérieure.

De nature prospective et conduite par l'autorité réglementaire nationale « *en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence* »⁸⁵, l'analyse des marchés potentiellement pertinents se déroule en quatre étapes :

- Définition du marché
- Etablissement d'un état des lieux concurrentiel sur le marché visé
- Désignation des opérateurs puissants (individuels ou conjoints) sur ce marché
- Prescription des remèdes

⁸⁴ Article 15 §3 de la directive « cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002.

⁸⁵ Article 16.1 de la directive « Cadre ».

Dans un premier temps, le régulateur national doit identifier et délimiter les 18 marchés énumérés par la Commission dans sa recommandation du 11 février 2003. A cette fin, il discerne les produits et services présents sur le segment et le type de marché « *Le point de départ est la caractérisation des marchés de détail sur une durée déterminée, (...) c'est-à-dire les marchés de l'offre et de la demande pour les utilisateurs finals. (Il) peut (ensuite) aborder le recensement des marchés de gros pertinents, c'est-à-dire les marchés de l'offre et de la demande de produits pour les tiers qui désirent fournir eux-mêmes des utilisateurs finals* ». Il s'attache également à visualiser l'étendue géographique de ces différents marchés.

La liste des 18 marchés n'est cependant pas limitative puisque les autorités réglementaires nationales peuvent définir d'autres marchés internes, eu égard aux « *circonstances nationales* », ou de nouveaux marchés. Dans ces deux dernières hypothèses, elle notifie son projet de mesure à la Commission. Cette dernière dispose d'un droit de veto ou peut tout simplement retarder le projet de mesure notifié si « *elle estime qu'(il) fera obstacle au marché unique ou si elle a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire et en particulier avec les objectifs visés à l'article 8* »⁸⁶.

La seconde étape consiste pour l'autorité réglementaire nationale à établir un « *diagnostic concurrentiel* »⁸⁷. Sur chaque marché, elle vérifie l'état de la concurrence. Dans ce contexte, elle identifie les acteurs présents sur le marché considéré et s'intéresse à leurs parts de marché respectives. Elle porte également un regard sur les offres qu'ils formulent, notamment en ce qui concerne leur qualité, leurs prix et tarifs ainsi que l'état de leur déploiement. De même, elle constate l'existence d'obstacles. Elle appréhende enfin l'évolution prévisible de la concurrence dans la mesure où son analyse est prospective.

En fonction de ce diagnostic, l'autorité réglementaire nationale constitue la liste des opérateurs puissants, ou réputés exerçant une « *influence significative* » sur les différents marchés listés. Ces opérateurs sont ceux qui exercent, individuellement ou conjointement, une position dominante sur un marché donné, en raison de leur comportement indépendant par rapport à leurs concurrents et à leurs clients. On parle de dominance conjointe en présence d'effets coordonnés entre entreprises en dehors de tout lien structurel, c'est-à-dire « *juridiquement et économiquement indépendantes les unes des autres* »⁸⁸. Ces opérateurs sont identifiables grâce à un certain nombre de critères, tels que les parts de marché, la taille de l'entreprise, l'extension de leur réseau de distribution, le contrôle d'une infrastructure essentielle difficile à reproduire ou l'existence d'effet de levier. Dans ce dernier cas, un opérateur puissant sur un premier marché l'est également sur un second « *lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché* »⁸⁹.

La dernière étape correspond à la prescription de « *remèdes* ». Il s'agit d'obligations imposées aux opérateurs puissants, « *fondées* » sur le diagnostic

⁸⁶ Article 7.4.b de la directive « Cadre ».

⁸⁷ *Economie des réseaux*, N. Curien ; Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2005, p.83.

⁸⁸ Article 3.1.2.1, point 89 des lignes directrices.

⁸⁹ Article 14 §3 de la directive « Cadre ».

concurrentiel, « proportionnées » aux problèmes rencontrés et « justifiées » au regard d'objectifs généraux tels que le bien être des consommateurs, la concurrence non faussée, l'égalité de traitement entre opérateurs, la levée des obstacles à la fourniture de services et de réseaux, ou l'incitation aux investissements efficaces.

Sur les marchés de gros, ces remèdes consistent pour l'opérateur puissant à donner accès à une ressource spécifique, à faire preuve de transparence, notamment par la publication d'une offre de référence, de non discrimination, en traitant également les acheteurs, à exercer une séparation comptable entre ses différentes activités ou contrôler les prix de gros au moyen d'une méthode de comptabilité des coûts et de l'exigence d'orientation des tarifs vers ces coûts.

En revanche, les remèdes sur les marchés de détail ne peuvent être imposés qu'en cas d'insuffisance(s) de la régulation sur les marchés de gros correspondant. L'autorité de régulation nationale peut ainsi exercer un contrôle tarifaire, en proscrivant les prix excessifs, les tarifs d'éviction ou les offres couplées concurrentielles.

Section 2 : La mise en pratique de l'analyse des marchés pertinents par l'Autorité

En 2003, lorsque le nouveau cadre réglementaire impose aux autorités réglementaires nationales de procéder à l'analyse des marchés pertinents, plusieurs enjeux de taille sont décelés en France. Si l'ARCEP distingue effectivement l'ensemble des marchés visés par la recommandation, plusieurs questions restent en suspens. Par exemple, la notion de « *bitstream* » reste à définir dans le secteur du haut débit. La régulation des marchés de gros de la téléphonie mobile, que ce soit pour l'accès, le départ ou la terminaison d'appel, dépend grandement des analyses menées sur les marchés de détail. Pour les marchés de la téléphonie fixe, la définition des différents utilisateurs finals peut également présenter des difficultés.

Afin de trouver les réponses à ces questions, et conformément aux principes issus du « Paquet Télécoms », l'Autorité entame ses travaux préparatoires et lance une grande campagne de consultations publiques dès 2003. Entre 2004 et 2006, elle mène à bien ses analyses des 18 marchés et le nouveau dispositif réglementaire, mis en place avec la loi du 9 juillet 2004, s'avère satisfaisant. En effet, les analyses de marchés « *permettent d'ajuster les obligations des acteurs à l'évolution des conditions de fonctionnement du marché* »⁹⁰.

En procédant à l'analyse des marchés, l'Autorité met en évidence leur agencement et leurs spécificités, en distinguant plusieurs ensembles de marchés pertinents (Paragraphe 1). L'identification des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés lui permet d'adopter et d'ajuster des remèdes performants et spécifiques afin d'assurer une concurrence effective (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La définition de marchés particulièrement structurants

⁹⁰ Rapport public d'activité 2006, ARCEP.

A la suite de ses analyses, l'Autorité a établi la liste des marchés pertinents. Ces marchés peuvent être classés en plusieurs grands secteurs comme le haut débit (marchés 11 et 12), la téléphonie mobile (marché 15 à 17), les marchés de la téléphonie fixe (marchés 1 à 6 et 8 à 10), les liaisons louées (marchés 7, 13 et 14) et la radiodiffusion (marché 18). Il paraît donc opportun d'analyser le raisonnement tenu par l'Autorité dans la définition de ces marchés pertinents, plus particulièrement en ce qui concerne les marchés du haut débit (A) et de la téléphonie mobile (B).

A. Les marchés du haut débit

Le haut débit (ou large bande) correspond aux capacités d'accès à internet supérieures à celle de l'accès analogique par modem et à l'accès numérique RNIS⁹¹. Lancés en 1999, les services d'accès à internet par ADSL⁹² reposent exclusivement sur la boucle locale⁹³ développée et possédée par l'opérateur historique. Or, le cadre réglementaire en vigueur jusqu'en 2003 ne prévoit aucune ouverture à la concurrence. Contraint par le Conseil de la concurrence, France Télécom doit pourtant développer différentes offres à destination des opérateurs tiers et des fournisseurs d'accès à internet :

- **Option 1**: l'accès à la paire de cuivre. France Télécom fournit, contre rémunération, les fils de cuivre sur lesquels les opérateurs tiers installent leurs équipements de transmission. Ces derniers peuvent ainsi définir les services proposés aux clients.
- **Option 3** : l'accès à un circuit permanent virtuel. France Télécom installe et exploite les équipements de transmission et concentre le trafic jusqu'en des points

⁹¹ Un réseau numérique à intégration de services (RNIS) est une liaison autorisant une meilleure qualité et des vitesses pouvant atteindre 2 Mbit/s (accès S2) contre 56 kbit/s pour un modem classique. L'architecture RNIS peut être considérée comme une évolution entièrement numérique des réseaux téléphoniques existants, conçue pour associer la voix, les données, la vidéo et toute autre application ou service. RNIS s'oppose donc au réseau téléphonique commuté traditionnel. Dans un réseau téléphonique analogique, une boucle sur une paire torsadée de fils de cuivre entre le commutateur central de la compagnie de télécommunications et l'abonné supporte un canal de transmission unique. Ce canal ne traite qu'un seul service simultanément : la voix ou les données. Avec un Réseau Numérique à Intégration de Services, la même paire torsadée est divisée en plusieurs canaux logiques.

⁹² Rapport public d'activités 2006, ARCEP : « *ADSL (Asymmetrical digital subscriber line) : l'ADSL fait partie des technologies xDSL qui permettent d'améliorer les performances des réseaux d'accès et en particulier de la ligne d'abonné du réseau téléphonique classique, constituée de fils de cuivre. Grâce à l'utilisation de deux modems, l'un placé chez l'abonné, l'autre sur la ligne d'abonné, devant le répartiteur principal, il permet d'améliorer considérablement le débit du réseau et d'obtenir des transmissions 70 fois plus rapides qu'avec un modem analogique classique. Le principe de l'ADSL consiste à réserver une partie de la bande passante au transport de la voix, une autre au transport des données circulant en direction du cœur de réseau (données montantes) et une troisième, plus importante au transport des données circulant vers l'abonné (données descendantes). Pour la restitution correcte de la voix, des filtres situés à chaque extrémité de la ligne éliminent les parties du signal inutiles. La technologie ADSL est particulièrement bien adaptée aux liaisons de boucle locale puisque le débit qu'elle permet diminue avec la longueur de la ligne. En raison de son faible coût, elle constitue une solution intéressante pour bénéficier d'un accès rapide à Internet* ».

⁹³ Article L.32-3-ter du Code des postes et des communications électroniques : « *Installation qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente d'un réseau de communications électroniques fixe ouvert au public* ».

de livraison où les opérateurs tiers le collectent. Toutefois, l'accès internet n'est accessible que dans les zones dans lesquelles France Télécom œuvre déjà.

- Option 5 : la revente de l'abonnement. Cette option permet aux opérateurs autres que France Télécom de commercialiser leurs propres offres intégrées de services de haut débit et d'abonnement téléphonique. S'ils peuvent établir librement leurs tarifs, ils ne peuvent définir les services car ils revendent également la prestation de France Télécom.

Ces offres constituent la base du dégroupage de la boucle locale, qui permet aux opérateurs alternatifs de bénéficier d'un accès direct à l'utilisateur final afin de leur proposer des services. Le dégroupage est total lorsque l'intégralité des bandes de fréquence de la paire de cuivre est mise à la disposition de l'opérateur alternatif. Dans le cas contraire, le dégroupage est seulement partiel. La France a connu d'abord cette dernière situation avant que le dégroupage total connaisse un véritable essor.

Dans sa définition du marché pertinent de l'accès dégroupé à la boucle locale⁹⁴, l'Autorité reprend le processus d'analyse établi par la recommandation et les lignes directrices. Il examine donc dans un premier temps la substituabilité du dégroupage de la boucle locale avec d'autres technologies d'accès. Le câble est ainsi écarté en raison des inconvénients techniques et financiers que son déploiement entraînerait. Techniquement, le dégroupage du réseau local câblé ne peut s'effectuer « *qu'en pied d'immeuble* » et oblige l'opérateur à « *investir dans un réseau desservant chaque immeuble (...). Cela implique de forts coûts fixes* ». Au contraire, le dégroupage facilite le partage des coûts et la boucle locale « *couvre l'intégralité de la population* ». Les autres technologies d'accès, n'offrant pas les mêmes garanties que la paire de cuivre, sont également écartées, tout comme les offres de gros d'accès large bande. Elles ne permettent pas de gérer l'intégralité des services offerts aux utilisateurs finals car leur mise en œuvre dépend d'opérateurs tiers, ce qui n'est pas le cas du dégroupage. Comparant ensuite les différents types de dégroupage, le régulateur estime que tous « *constituent en pratique des déclinaisons d'une seule et même opération physique* ». Les services proposés sont les mêmes que le dégroupage soit total ou partiel, qu'il s'effectue directement sur la boucle locale ou sur la sous-boucle locale, ce qui a pour avantage, dans ce dernier cas, de pouvoir mieux appréhender techniquement les disparités physiques du réseau. Sur le point de la substituabilité, l'Autorité conclue que « *le marché pertinent à délimiter est celui des offres d'accès dégroupé, total ou partagé, à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre* ».

Elle s'interroge ensuite sur l'importance géographique de ce marché et constate que, du fait du monopole détenu par France Télécom sur la paire de cuivres, la France métropolitaine ainsi que les DOM sont couverts par le réseau de boucle locale. La délimitation géographique répond ainsi à l'un des deux critères définis par les lignes directrices. Le marché est donc pertinent sur l'ensemble du territoire couvert par le réseau des paires de cuivre.

⁹⁴ Décision n° 05-0275 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès dégroupés à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché.

Enfin, l'Autorité détermine que ce marché est pertinent dans la mesure où il doit nécessairement faire l'objet de mesure de régulation *ex ante*. Les barrières concurrentielles à l'entrée sur ce marché sont « *extrêmement élevées* » et « *les perspectives de développement de la concurrence (...) quasi nulles* » en raison de l'impossibilité pour les opérateurs alternatifs de reproduire la boucle locale, qui constitue à cet égard une infrastructure essentielle. L'Autorité justifie son intervention par le fait que le droit de la concurrence semble insuffisant pour résoudre ces problèmes. Les critères posés par les textes communautaires sont donc remplis.

Le raisonnement suivi est identique en ce qui concerne le marché du « *bitstream* » (ou marché de l'offre d'accès large bande livrée au niveau régional) même si l'étude la substituabilité des offres présente un caractère asymétrique. De très nombreux transferts sont effectivement opérés d'une offre nationale vers une offre régionale pour des services similaires mais aucun en sens inverse. Ce marché se distingue de celui du dégroupage en raison des coûts d'adaptation engendrés par le passage d'une offre « *bitstream* » à une offre de dégroupage. La conclusion est cependant la même que pour le dégroupage dans la mesure où l'ensemble des conditions justifiant l'exercice d'une régulation *ex ante* sont remplies, le régulateur s'appuyant une nouvelle fois sur l'infrastructure essentielle de la boucle locale.

B. La téléphonie mobile

Sur ces dernières années, la croissance du marché français de la téléphonie mobile ne s'est pas démentie non plus puisque le rythme de croissance du nombre d'abonnés à la téléphonie mobile suit une progression relativement constante d'environ 7,5 %. A tel point que, aujourd'hui, les revenus des marchés de la téléphonie mobile sont plus importants que ceux de la téléphonie fixe.

Après une première consultation publique lancée le 16 avril 2004, l'Autorité se prononce sur la définition du marché pertinent⁹⁵. En examinant la substituabilité du côté de l'offre, elle détermine que les terminaisons d'appel sur le réseau mobile depuis un réseau fixe et depuis un réseau fixe constituent un même service de gros, bien que les acheteurs soient différents.

Du côté de la demande, la terminaison d'appel sur un autre réseau mobile n'est pas substituable. En revanche, par le biais de l'interconnexion, un opérateur fixe ou mobile peut terminer le trafic sur le réseau de l'opérateur mobile de l'appelé. Dans ce cas-là, le premier opérateur est soumis à une tarification variant selon que le trafic est livré au plus près de l'appelant ou non. Cela a pour avantage de ne pas distinguer la partie transit de la communication et pour conséquence d'inclure ces offres dans le même marché que la terminaison d'appel mobile. La substituabilité est également caractérisée pour les appels passés grâce aux hérissons⁹⁶, sous réserve que ceux-ci

⁹⁵ Décision n° 04-936 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole.

⁹⁶ Batteries de téléphone mobiles, utilisés principalement pour les appels fixe vers mobile, permettant de contourner la terminaison d'appel en utilisant des communications mobile-mobile. Leur utilisation est ainsi moins coûteuse que celle d'une prestation d'interconnexion et ils peuvent être utilisés par des

doivent utiliser une carte SIM d'un opérateur pour intégrer le marché pertinent. Elle déduit également la substituabilité des terminaisons d'appel depuis un réseau national ou international. En revanche, elle conclue à la non substituabilité en cas de hausse des prix de toutes les autres hypothèses.

Du côté de l'offre, elle montre que « *l'opérateur de terminaison est l'opérateur qui offre l'accès au réseau mobile et qui maîtrise le terminal du client* » et que « *le seul substitut à la terminaison d'appel vocal sur ce réseau mobile est l'utilisation du hérisson* ». Pour la délimitation géographique du marché, elle considère que la zone de couverture de l'opérateur est pertinente.

Au regard de cette décision, la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles correspond à la prestation d'interconnexion offerte par chaque opérateur mobile aux autres opérateurs, fixes ou mobiles. Tout appel à destination de clients de l'opérateur mobile doit nécessairement passer par ce goulot d'étranglement, quelque soit l'origine de l'appel. Il existe donc autant de marchés pertinents qu'il y a d'opérateurs disposant de leur propre réseau mobile. Dans son avis, le Conseil de la Concurrence confirme qu'« *il existe un marché individuel pour la terminaison d'appel vocal sur chacun des réseaux mobiles* »⁹⁷.

Enfin, l'Autorité constate l'existence d'une barrière structurelle empêchant toute entrée sur le marché et que les perspectives de dynamique concurrentielle sont nulles, d'autant que le Conseil de la Concurrence précise que « *les outils de la régulation ex ante peuvent efficacement compléter ceux de la régulation ex post* ».

A ce titre, l'Autorité désigne les trois opérateurs comme exerçant une influence significative sur leur propre réseau, notamment parce que chacun d'entre eux possède l'intégralité des parts de marché.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de remèdes spécifiques

Ces remèdes sont donc les obligations imposées au(x) opérateur(s) reconnus comme exerçant une influence significative sur le marché analysé. Elles sont de différents types, tels que les recense le Code des postes et des communications électroniques⁹⁸. Outre les traditionnels principes de transparence et d'information, certaines de ces obligations méritent l'attention plus que d'autres dans la mesure où elles traduisent les spécificités d'un secteur monopolisé par un opérateur pendant longtemps. Ces remèdes imposés illustrent en premier lieu une obligation de non discrimination pesant sur les opérateurs puissants (A). Intégrant cette catégorie, des remèdes particuliers, tels que le contrôle tarifaire (B), l'obligation de séparation comptable (C) et le droit d'accès avec l'application de la théorie des facilités essentielles (D), sont largement utilisés par l'Autorité.

entreprises. Ils sont un élément majeur du système du *bill and keep* qui consiste pour les trois opérateurs mobiles de ne pas se facturer de charge de terminaison d'appel vocal.

⁹⁷ Avis 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par 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.

⁹⁸ Articles L.38 et s. et articles D.307 et s. du Code des postes et des communications électroniques.

A. La non discrimination

Les obligations de non discrimination imposées à l'opérateur exerçant une influence significative varient selon le marché visé. Ainsi, sur les marchés de détail, « *les obligations imposées peuvent inclure l'exigence que les entreprises visées ne pratiquent pas de prix excessifs, n'interdisent pas l'accès au marché ou ne restreignent pas la concurrence en fixant des prix d'éviction, ni ne privilégient de manière abusive certains utilisateurs finals ou groupent leurs services de façon déraisonnable* »⁹⁹. Ainsi, les opérateurs ont l'obligation de « *fournir des prestations de détail dans des conditions non discriminatoires* »¹⁰⁰.

En matière tarifaire, la discrimination joue à travers les remises sur quantité ou les tarifs ciblés mais elle n'est pas nécessairement abusive. Lorsqu'elle examine ces offres potentiellement discriminatoires, l'Autorité prend en considération plusieurs facteurs qui tiennent, par exemple, aux raisons justifiant la différence de tarif pour un même bien, à l'effet produit tant sur les opérateurs que sur les consommateurs, et aux conséquences sur le niveau de la concurrence du marché considéré. C'est ainsi que France Télécom se voit imposer une obligation de non discrimination sur les marchés de détail de l'accès et de la téléphonie fixe.

Sur les marchés de gros, notamment de la téléphonie fixe et du haut débit, France Télécom est reconnu comme l'opérateur puissant et une obligation de non discrimination lui est imposée. Il doit donc appliquer « *des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents* » et fournir « *aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'(il) assure pour (ses) propres services* »¹⁰¹. Cela suppose donc pour l'opérateur puissant qu'il ne fasse pas montre de discrimination entre les acheteurs de ses prestations, ni dans ses relations avec ses propres fournisseurs.

B. Le contrôle tarifaire

Sans qu'il y ait unanimité sur sa définition précise, la discrimination tarifaire consiste pour l'opérateur à vendre deux produits identiques à des prix différents, à un ou plusieurs opérateurs. Pour qu'une telle discrimination soit caractérisée, l'entreprise qui la met en œuvre doit disposer d'un réel pouvoir de marché. Elle doit également être bien informée sur le comportement des acheteurs présents afin de leur appliquer un tarif différencié. Elle s'assure enfin que les acheteurs bénéficiant de tarifs plus bas ne revendent aux acheteurs discriminés. Il existe différentes discriminations tarifaires. La discrimination par auto sélection permet à l'acheteur de choisir entre différents prix, en fonction des caractéristiques du produit. Le prix payé correspond à une quantité de produit acheté ou la qualité de ce produit qui change selon l'acheteur. La discrimination par indicateurs vise des catégories prédéfinies en fonction de leur localisation géographique ou qualitative.

⁹⁹ Article 17 de la directive « Service universel » du 7 mars 2002.

¹⁰⁰ Article L.38-1-1° du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁰¹ Article 10 de la directive « Accès » du 7 mars 2002.

La pratique des tarifs d'éviction est également interdite. Elle peut être mise en œuvre par un opérateur détenant et contrôlant, sous une seule autorité, l'ensemble de la production et de la distribution d'un type de produits ou services. Celui-ci, considéré comme puissant sur un marché amont, notamment par la maîtrise des infrastructures, est en concurrence sur un marché aval. Sur ce dernier, elle vend son produit ou service à un prix trop faible pour favoriser le développement ou l'existence de la concurrence sur ce marché aval, aux dépens des opérateurs concurrents qui ne peuvent appliquer le même tarif en raison des coûts suscités par l'accès au marché amont.

L'obligation de ne pas pratiquer des tarifs d'éviction relève du contrôle tarifaire des marchés de gros¹⁰² et de détail¹⁰³. Elle est mise en œuvre par l'Autorité afin de protéger les opérateurs déjà présents sur le marché ou de favoriser l'arrivée de nouveaux opérateurs. Pour veiller au respect de cette obligation, elle réalise un test de ciseau tarifaire¹⁰⁴ dès que le tarif, que ce soit celui du marché amont ou aval, est modifié par l'opérateur puissant. Ce test peut déterminer la répliquabilité d'une offre aval par des concurrents aussi efficaces que l'opérateur puissant, auquel cas l'Autorité décide que le coût incrémental est le coût supporté par l'opérateur puissant. Si ces opérateurs sont moins efficaces que l'opérateur puissant, l'Autorité fait référence au coût supporté par ces derniers au moment d'entrer sur le marché, tout en tenant compte des différences, notamment structurelles, entre les opérateurs. Le développement de la concurrence sur le marché aval et la multiplication des opérateurs a pour conséquence de rapprocher la structure des coûts des opérateurs concurrents de celle de l'opérateur puissant.

Autre obligation, l'orientation des tarifs vers les coûts illustre la nécessité d'un équilibre entre les coûts d'une offre et ses revenus. Dans cette optique d'efficacité économique, l'Autorité peut mettre au point des taux de rémunération¹⁰⁵, des mécanismes de recouvrement ou des méthodes de tarification et de comptabilisation des coûts. Elle vérifie ainsi si les coûts engendrés par chaque offre régulée correspondent aux tarifs de vente de cette offre. Cela lui permet de délimiter un coût pertinent qu'elle évalue en fonction notamment de la comptabilité de l'opérateur ayant émis l'offre considérée. Cela lui permet ensuite de vérifier si le principe de double efficacité est respecté. L'efficacité est dite productive lorsque des coûts, indiquant que l'opérateur n'est pas efficace, ne sont pas répercutés dans les tarifs. Il y a efficacité dynamique lorsque l'opérateur dont l'offre est régulée est rémunéré à hauteur des risques qu'il encourt. Si tel est le cas, il peut notamment maintenir ses infrastructures. Enfin, l'Autorité utilise la méthode des coûts moyens incrémentaux de long terme¹⁰⁶ pour vérifier les coûts en capital effectivement encourus.

¹⁰² Article 13 de la directive « Accès » du 7 mars 2002.

¹⁰³ Article 17 de la directive « Service universel » du 7 mars 2002.

¹⁰⁴ Voir note 39.

¹⁰⁵ Article D.312 du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁰⁶ Recommandation de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 1 - Tarification de l'interconnexion), 98/195/CE, JOCE L 073 du 12 mars 1998.

C. Les obligations comptables

Des obligations de séparation comptable et de comptabilisation des coûts sont imposées à France Télécom, reconnu comme opérateur puissant sur les marchés de gros de l'interconnexion et de l'accès¹⁰⁷. Sur les marchés de détail, il est question d'une comptabilité des activités et des services. La séparation comptable¹⁰⁸ permet d'identifier les conditions d'utilisation des différentes ressources réseau par les entités fonctionnelles internes et externes d'un opérateur. Elle permet aussi de distinguer les activités de détail des activités de gros de l'opérateur mobile, selon un détail et un format rendus nécessaires pour le suivi des obligations liées à ce marché en termes de transparence des prix de gros et des prix de transfert interne. Le régulateur a ainsi une « *vision d'ensemble de l'opérateur régulé* » et s'assure que « *l'égalité de traitement est effective là où se trouve la dynamique* ». Elle consiste à « *représenter le plus fidèlement possible le comportement de parties de l'entreprise de l'opérateur notifié comme si elles avaient fonctionné en qualité d'entreprises distinctes et, dans le cas d'entreprises verticalement intégrées, d'empêcher les discriminations en faveur de leurs propres activités et les subventions croisées abusives* »¹⁰⁹.

En outre, ces deux obligations donnent à l'Autorité la possibilité de vérifier que France Télécom respecte effectivement les autres obligations qui lui sont imposées. En effet, la comptabilisation des coûts est « *indispensable aux obligations relatives au contrôle des prix* »¹¹⁰. Ce remède instaure un système de comptabilisation et d'attribution de l'ensemble des coûts et revenus par service d'une part, et du capital correspondant à ces coûts. Ces deux obligations parallèles s'inscrivent dans le mouvement plus général de transparence et d'information. Leurs résultats, sous réserve du secret des affaires, sont effectivement publiés.

Ces deux obligations permettent non seulement d'obtenir les informations relatives aux coûts de France Télécom mais également d'isoler les comptes de marchés dont la visualisation est nécessaire afin de vérifier que France Télécom respecte effectivement les obligations qui lui sont imposées. Aussi apparaissent dans la comptabilisation les comptes des marchés pertinents de gros sur lesquels France Télécom est puissant, les comptes des offres de gros régulées et soumises à une obligation comptable, les comptes des marchés de détail sur lesquels France Télécom est puissant, ainsi que les comptes des marchés de détail reposant sur des offres de gros soumises à ces obligations.

¹⁰⁷ Décision n° 06-1007 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 7 décembre 2006 portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom.

¹⁰⁸ Article L.38 I-5° du Code des postes et des communications électroniques : « *Isoler sur le plan comptable certaines activités en matière d'interconnexion ou d'accès, ou tenir une comptabilisation des services et activités qui permette de vérifier le respect des obligations imposées* ».

¹⁰⁹ Article 1 de la recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, 2005/698/CE, JOCE L 266 du 11 octobre 2005

¹¹⁰ Rapport public d'activité 2006, ARCEP.

La séparation comptable est étendue à la fin 2006¹¹¹. En plus de la segmentation des marchés, l'Autorité examine les liens entre les activités de détail que développe France Télécom et les offres de gros correspondantes, produites par ce même opérateur. Elle vérifie notamment que la concurrence sur ces marchés de gros est effective et que France Télécom propose ses produits et services dans des conditions équivalentes à celles accordées aux opérateurs alternatifs présents sur les mêmes marchés de détail.

D. Droit d'accès et facilités essentielles

L'obligation d'accès se caractérise notamment par le fait qu'elle est modulable en fonction de la situation de l'opérateur sur le marché. Elle est imposée de manière générale à l'opérateur qui est propriétaire du réseau que souhaite utiliser ses concurrents afin de pouvoir entrer sur le marché. En fonction du degré d'ouverture du marché, l'Autorité met en application la théorie des infrastructures essentielles qui permet aux opérateurs alternatifs d'opérer sur le marché visé.

La théorie des « *essential facilities* » est appliquée pour la première fois par la Cour suprême des Etats-Unis¹¹². Cette dernière établit le principe selon lequel il est nécessaire de garantir pour les concurrents du propriétaire d'une ressource essentielle, lorsqu'ils s'affrontent sur le marché amont ou aval de celui où se situe la ressource essentielle, un accès en contrepartie du paiement d'un prix raisonnable et dans des conditions non discriminatoires. Au regard du droit de la concurrence, l'entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une facilité essentielle à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval ou amont doivent nécessairement avoir accès pour la concurrencer, doit permettre l'accès à cette facilité sur une base équitable et non discriminatoire.

Pour qu'une infrastructure soit qualifiée d'essentielle, il faut reconnaître le caractère indispensable et incontournable de son utilisation par un opérateur qui offre un produit ou un service¹¹³ d'une part, et, d'autre part, l'impossibilité pour cet opérateur de dupliquer l'infrastructure en termes de moyens¹¹⁴. En ce qui concerne la première condition, l'Autorité et le Conseil de la Concurrence s'opposent parfois. C'est le cas s'agissant de la diffusion des programmes de la TNT. Le Conseil estime

¹¹¹ Décision n° 06-1007 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 7 décembre 2006 portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom.

¹¹² Affaire *United States Vs Terminal Railroad*, US / Terminal RR 224 US. 383-1912. La Cour décide que « *si la détention monopolistique des infrastructures permettait effectivement un gain d'efficacité, l'association devait admettre en son sein toute compagnie ferroviaire qui en ferait la demande selon les mêmes conditions que celles qui avaient été accordées aux compagnies déjà membres. Ces conditions devaient également prévaloir pour les sociétés qui ne souhaitaient pas intégrer l'association* ». Toutefois, dans l'affaire *Trinko* précitée de 2004, la même Cour déclare : « *We have never recognized such a doctrine, [...] and we find no need either to recognize it or to repudiate it here* ». La Cour rappelle que l'affaire *Terminal Railroad* de 1912 concernait une pratique concertée : il s'agissait alors seulement de garantir l'admission non discriminatoire à un « club ».

¹¹³ Voir par exemple CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH*, aff. C-7/97.

¹¹⁴ Avis 99-A-15 du 5 octobre 1999 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés du gaz et des différentes énergies dans le cadre tracé par la directive européenne 98/30/CE, Conseil de la Concurrence.

que l'infrastructure de pylônes exploitée par TDF constitue une facilité essentielle¹¹⁵ mais la Cour d'appel de Paris ne retient pas cette approche au motif qu' « *il n'est pas démontré que le réseau puisse recevoir la qualification de facilité essentielle* »¹¹⁶. L'Autorité ne retient pas non plus cette qualification, en considération notamment les capacités, même moins commodes, dont disposent les concurrents de TDF pour développer des solutions alternatives¹¹⁷. Sur la seconde condition, en revanche, les différentes autorités trouvent à s'accorder. Ainsi le réseau fixe de France Télécom ne peut être reproduit par ses concurrents « *en raison du coût initial élevé du fait de la nécessité de travaux de génie civil ainsi qu'en raison de coûts unitaires par ligne trop élevés par rapport à ceux de l'opérateur historique* »¹¹⁸.

Si le régulateur souhaite appliquer la théorie des facilités essentielles, il lui faut mettre en évidence deux éléments. Tout d'abord, l'exploitant monopolistique de la ressource jugée essentielle se trouve être dans le même temps le concurrent potentiel d'un opérateur contraint d'utiliser cette ressource pour offrir ses produits ou services. Il faut ensuite que l'opérateur en situation de monopole abuse de sa position dominante en refusant l'accès à son installation sans justification ou en pratiquant des prix abusifs. La condamnation du refus d'accès ne doit être prononcée qu'en cas d'un abus destiné à évincer l'opérateur tiers. L'opérateur propriétaire de la ressource peut fixer un prix de monopole pour l'accès. Il ne peut cependant pas abuser de sa position en cherchant par des pratiques d'éviction à affaiblir la position de ses concurrents. L'accès à la ressource doit être ouvert et offert dans des conditions non discriminatoires aux entreprises pour lesquelles cet accès revêt un caractère incontournable¹¹⁹.

En ce qui concerne la boucle locale, France Télécom, en tant que propriétaire¹²⁰, est placé en situation d'exploiter des ressources essentielles dont l'accès doit être garanti aux concurrents grâce, notamment, au contrôle effectué par l'Autorité. La boucle locale est difficilement duplicable et France Télécom est le concurrent potentiel des alternatifs sur l'ensemble de marchés de détail. Un nouvel opérateur se trouve dans l'impossibilité matérielle et financière de reproduire le réseau de la boucle locale, dont le coût est estimé à 30 milliards d'Euros¹²¹. D'autre part, l'accès à ce réseau est primordial pour un opérateur alternatif car cela lui permet de gérer de bout en bout le réseau qui le relie à ses clients, et de construire des offres différenciées. Aussi le droit communautaire impose à France Télécom de donner un accès direct à sa boucle locale dans des conditions fixées par une offre de référence

¹¹⁵ Mesure conservatoire 02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis, Conseil de la Concurrence.

¹¹⁶ Cour d'Appel de Paris, 1^o Chambre, Section H, 21 mai 2002.

¹¹⁷ Décision n^o 06-0350 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 21 mars 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Antalis TV à la société TéléDiffusion de France (TDF).

¹¹⁸ Avis n^o 98-A-21 du 1^{er} décembre 1998 relatif à une demande d'avis sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications, Conseil de la Concurrence.

¹¹⁹ *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, M. Glais, EDCE 2002, n^o53, p. 403 s.

¹²⁰ Loi n^o 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, J.O n^o 174 du 27 juillet 1996, page 11398.

¹²¹ Le chiffre d'affaires mondial de France Télécom est estimé quant à lui à 46 milliards.

que le régulateur peut modifier¹²², ce que le régulateur n'hésite pas à rappeler. A tel point que, en 2006, le dégroupage total connaît un succès fulgurant.

Si le cadre réglementaire résultant du « Paquet Télécoms » de 2002 semble avoir trouvé une application efficace, notamment au travers des analyses de marchés menées par l'Autorité, il prévoit également sa nécessaire remise en question au terme d'un délai de quatre ans. Ce délai a été rallongé en raison de sa transposition tardive mais la Commission européenne a lancé en 2006 un processus de mise à jour afin d'établir un bilan de ces quatre années de régulation et de suggérer des évolutions. Cette *review* porte sur la situation du développement de la concurrence et la prise en compte des innovations technologiques. Elle remet aussi en cause l'analyse des marchés pertinents en proposant sa simplification.

¹²² Règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, n° 2887/2000, JOCE L 336 du 30 décembre 2000.

DEUXIÈME PARTIE : LA REMISE EN QUESTION PROGRESSIVE DE LA PERTINENCE DES MARCHÉS

Depuis 2002, d'importants progrès ont été accomplis grâce à l'application du droit de la concurrence sur les différents marchés désignés comme étant pertinents. Néanmoins le cadre réglementaire nécessite certaines adaptations en raison de l'évolution de ces marchés. A tel point que la Commission européenne envisage d'en réduire le nombre. La révision du cadre réglementaire n'est pas due à une inadaptation de la régulation actuelle mais au besoin de faire évoluer les textes afin de prendre en compte de manière encore plus fine les progrès du secteur. Cette évolution est elle-même prévue dans le « Paquet Télécom ».

La mise en place de ce nouveau cadre réglementaire va prendre du temps, notamment en ce qui concerne les directives. L'établissement de la recommandation sur les marchés pertinents, mettant à jour celle du 11 février 2003, a également pris du retard. Elle devrait vraisemblablement entrer en vigueur au début de l'année 2008.

Une importante vague de consultations a été lancée par la Commission européenne pour mener à bien cette *review*, et mutualisée au niveau du Groupement des régulateurs européens. Dans sa réponse, ce dernier relève les aspects positifs du cadre actuel et prône une adaptation du processus d'analyse des marchés ainsi que de la régulation de l'accès. Parmi les remarques soulevées figure la nécessité d'opérer une régulation plus fine encore afin de faciliter à terme, de lever la régulation sectorielle (Chapitre 1).

Le développement de nouveaux produits et de nouveaux réseaux tels que les NGN, qui ne sont pourtant que peu pris en compte dans la *review* confronte quant à eux les autorités de régulation à de nouvelles problématiques qui viennent accentuer la nécessité de redéfinir certains marchés pertinents (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les enjeux de la *review* pour l'analyse des marchés

Le futur cadre réglementaire, qui n'entrera pas en vigueur avant 2009 au minimum, traite de l'avenir de la régulation sectorielle afin de la rendre encore plus objective. Les buts de ce cadre réglementaire ne seront ainsi pas modifiés par la *review* puisque le développement de la concurrence, la protection des intérêts des citoyens et l'harmonisation du marché intérieur restent plus que jamais au cœur de leur mission. Il y a donc peu de chances que ce postulat disparaisse bien que l'entrée en vigueur du nouveau cadre soit encore loin.

Il n'est pas non plus question de toucher aux principes de la régulation sectorielle même si l'un des objectifs consiste en la dérégulation des marchés de détail, ce sur quoi la majeure partie des autorités de régulation s'accorde. Les enjeux sont donc relativement simples dans la mesure où les acteurs du secteur sont pour la plupart satisfaits du système actuel. La refonte de la recommandation du 11 février 2003 pourrait ainsi simplifier l'analyse des marchés (Section 1) mais aussi réserver quelques surprises (Section 2).

Section 1 : La simplification de l'analyse des marchés

Elle se traduit en premier lieu par la nécessité de réévaluer le nombre des marchés pertinents et d'éliminer ceux sur lesquels la concurrence est effective. Pour de nombreux acteurs du secteur, cela conduit à la dérégulation des marchés de détail (Paragraphe 1). Mais les nouvelles analyses de marchés résultant de cet allègement doivent pouvoir s'appuyer sur des remèdes plus efficaces (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La dérégulation des marchés de détail

*« It is a remarkable success of the regulatory framework that already today, after just three years of market analysis and regulation, the Commission is optimistic that we will be able to say at the end of the year : competition has increased in a number of these markets, and therefore, we can already expect to reduce the number of these markets by at least one third »*¹²³. Comme le souligne Viviane Reding, membre de la Commission, les progrès accomplis dans l'ouverture des marchés de communications électroniques à la concurrence permettent aujourd'hui d'envisager la suppression de la régulation sectorielle sur certains marchés, notamment les marchés de détail.

Sur ce point, l'Autorité affirme son intérêt pour l'allègement du nombre des marchés et son accord pour la suppression des marchés de détail. Le débat porte également sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles, marché que la plupart des opérateurs nationaux a jugé concurrentiel. Mais il faut prendre garde à ne pas trop segmenter les marchés. Les défaillances constatées

¹²³ *The Review 2006 of EU Telecom rules : Strengthening Competition and Completing the Internal Market*, V. Reding, Annual Meeting of BITKOM, SPEECH/06/422, Bibliothèque Solvay, Brussels, June 27, 2006.

dans le secteur sont générées non plus par la dominance d'un opérateur sur un seul marché pertinent mais par la capacité d'être le seul opérateur sur plusieurs marchés en même temps. Dans ce dernier cas, la procédure d'analyse pourrait être plus efficace grâce à l'instauration d'une analyse groupée des marchés appartenant à une même chaîne de valeur, ce qui permettrait de réduire le nombre de notifications et de garantir la cohérence des mesures correctrices sur l'ensemble d'un segment. Cet allègement de la régulation doit donc être encadré.

La surveillance des marchés de détail reste cependant nécessaire afin d'éviter des dysfonctionnements concurrentiels. Par exemple, plusieurs décisions ont désigné des opérateurs puissants sur les marchés fixes de détail, ce qui justifie l'éventualité d'une régulation, qui peut diminuer en cas de concurrence effective. Le cadre actuel prévoit notamment que la régulation du marché de détail ne trouve à s'appliquer que par exception, lorsque les remèdes imposés sur les marchés de gros correspondant s'avèrent insuffisants pour garantir le développement d'une saine concurrence sur le marché de détail. Il faut garder à l'esprit que « *la concurrence entre opérateurs de réseaux sur les marchés de gros peut être vue comme un moyen de dynamiser la concurrence sur les marchés de détail* »¹²⁴.

Pour vérifier si ces marchés de détail peuvent être dérégulés, l'Autorité doit donc toujours appliquer les trois critères d'identification d'un marché pertinent.

Paragraphe 2 : Des remèdes plus efficaces

Dans le cadre réglementaire en vigueur, l'Autorité ne peuvent imposer des obligations dès lors que le problème qu'elle a à résoudre dépasse les frontières d'un marché, comme dans le cas de la convergence, du couplage ou surtout la séparation comptable. Le nouveau cadre réglementaire doit prendre ces particularités en considération et doit, plus largement redéfinir les remèdes afin de faciliter la mise en oeuvre du principe d'égalité d'accès aux réseaux des opérateurs puissants. Les remèdes mis en place pour assurer le développement d'une concurrence saine et effective doivent donc être conçus de manière transversale.

La mise en oeuvre du principe de non discrimination demeure très imparfaite, alors même que les directives fixent une obligation d'équivalence de traitement entre les offres de gros externes faites aux opérateurs et les offres faites en interne aux lignes de produit de l'opérateur puissant sur le marché de détail. Un manque de transparence est à déplorer de la part de cet opérateur puissant. Ce principe est censé couvrir les aspects tarifaires, techniques et opérationnels. Aussi la séparation fonctionnelle des réseaux d'accès non répliquables doit assurer l'équivalence des conditions d'accès aux ressources, par l'utilisation du même système de commande et de livraison, avec les mêmes prix et conditions que ceux offerts aux activités aval de l'opérateur puissant.

Ainsi l'Autorité devrait pouvoir imposer à France Télécom la séparation fonctionnelle entre les activités de gestion du réseau d'accès et celle de

¹²⁴ *Marchés de gros et de détail dans les télécommunications : un fonctionnement intimement lié*, M. Bourreau et J. Pouyet, La Lettre de l'Autorité, n°56, p.30.

commercialisation des services de détail. Cette séparation fonctionnelle est d'autant plus nécessaire que France Télécom bénéficie d'une intégration considérable, pour être aujourd'hui intégré horizontalement, parce qu'il exerce des activités de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès à internet, et verticalement, puisqu'il opère à la fois sur les marchés de gros et sur les marchés de détail. Cette question doit trouver une réponse d'autant plus rapidement que la convergence numérique remet en cause la répartition des coûts entre services de détail reposant sur un même accès. La convergence fixe/mobile suscite également ce genre de questions qui nécessitent un renforcement des obligations à l'encontre de l'opérateur historique.

Il faut également (re)définir la notion d'accès aux ressources connexes du réseau non répliquables. Elle permet d'assurer l'effectivité des obligations d'accès et éviter la multiplication d'analyses de marchés pour résoudre un même problème de concurrence. Pour être mise en œuvre, une offre de gros doit accéder à certaines ressources, comme dans le cas du dégroupage ou de la colocalisation des équipements.

Afin d'unifier le régime des remèdes imposés sur les marchés de gros et de détail, une solution pourrait consister à intégrer ces remèdes, disséminés entre la directive « Accès » et la directive « Service universel », dans le projet de refonte de la première. De plus, l'imposition de remèdes sur les marchés de gros doit pousser aux investissements liés à la construction d'infrastructures capables de proposer plusieurs offres de gros. Mais cela suppose que les obligations d'accès favorisent une couverture maximale du territoire et à destination de tous types de clients, que la non discrimination soit effective à tous les niveaux, notamment tarifaires, ou que la séparation comptable soit mise en œuvre et garantisse la transparence.

Section 2 : Les autres objectifs de la *review*

La simplification ne porte pas que sur l'analyse des marchés puisque les mesures de coopération entre la Commission sont également visées (Paragraphe 1). La *review* vise également à renforcer le marché intérieur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La notification simplifiée

L'un des projets les plus emblématiques consiste à simplifier les exigences concernant la notification de certains « projets de mesures » des autorités réglementaires nationales. Le but est de permettre à la Commission et à ces autorités de se concentrer sur les cas les plus importants de marchés. La Commission envisage d'assouplir le niveau de détail exigé pour certaines analyses de marché, et d'instaurer une procédure de notification simplifiée pour des catégories prédéfinies de marchés.

Si un processus d'analyse des marchés est maintenu, la visibilité et la sécurité juridique commandent néanmoins que ces analyses soient menées de façon rigoureuse et approfondie. Les autorités de régulation sont ainsi à même d'évaluer dans leurs analyses, la pertinence de chaque marché. Tout système de notification simplifiée doit

permettre des analyses approfondies et éviter une régulation mécanique des marchés alors que les technologies évoluent.

L'objectif d'allègement du processus de notification ne doit cependant pas servir de prétexte aux autorités réglementaires nationales pour refuser de remettre régulièrement en question leur vision du marché. Une autre solution pourrait consister à mettre en place un mécanisme de recours permettant de s'assurer que le fond de l'affaire est dûment analysé, ainsi qu'un mécanisme de recours efficace pour juger pleinement sur le fond des décisions prises à l'issue de ces analyses de marché.

Il demeure important de gérer la transition des marchés ayant connu une situation de monopole vers la pleine concurrence. Jusqu'à présent, le marché est régulé au moyen de mesures spécifiques ou bien il est déclaré concurrentiel et ne fait l'objet d'aucune régulation. Cette situation ne pouvant favoriser de manière efficace la transition vers un état de concurrence. Les régulateurs doivent donc disposer de compétences renforcées, notamment en matière de recueil d'informations.

Paragraphe 2 : La consolidation du marché intérieur

Les objectifs de la commission sont d'assurer une plus grande cohérence *ex ante* des mesures prises par les autorités réglementaires nationales, afin de construire un véritable marché intérieur européen des communications électroniques et des équipements radio (notamment en technologie sans fil), harmonisé et homogène.

La proposition essentielle est celle d'un droit de veto dont la Commission souhaite disposer sur les mesures et remèdes proposés par les autorités de régulation. La Commission propose également l'adoption d'un règlement sur les procédures d'analyse de marché.

Les autres mesures de consolidation du marché intérieur envisagées par la Commission sont nombreuses et essentiellement procédurales. Ces mesures peuvent viser à éviter les appels suspensifs dilatoires des décisions des régulateurs, ou établir une liste de critères utilisés par les juridictions nationales afin de justifier la suspension de la décision d'une autorité de régulation pendant la procédure d'appel. Il peut encore s'agir d'instaurer des procédures communes au sein de l'Union pour l'autorisation des services de portée paneuropéenne comme les services de communication par satellite, en intégrant des conditions communes d'attribution et d'utilisation des ressources rares.

Il y a cependant un réel problème d'harmonisation car ce qui n'est pas harmonisé ne peut être implémenté facilement. C'est par exemple le cas du délai de livraison d'une ligne dégroupée. Il s'agit d'implémentation qui dépasse le strict cadre de l'analyse de marché. La Commission n'est peut être pas armée pour répondre à ces questions. Les objectifs de l'harmonisation doivent donc être clairement définis afin d'éviter toute surenchère de régulation.

Section 3 : Eléments de prospective sur la *review*

Les consultations lancées dans le cadre du projet de *review* connaissent un grand succès. Les contributions, nombreuses, permettent à la Commission de mieux cerner les acteurs qui vont devoir s'adapter au nouveau cadre réglementaire envisagé. Quelles mesures phares ou radicales pourraient être proposées par la Commission ? (Paragraphe 1) Plus généralement, l'intérêt de cette réforme étant, entre autres, de prendre en compte les innovations, ne risque-t-elle pas d'intervenir après coup ? (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Questions en suspens

La première question pourrait être relative à la diminution du nombre des marchés. Viviane Reding parle de supprimer la régulation sur un tiers des marchés pertinents, ce qui réduit le nombre des marchés à 12. Mais n'est-ce pas encore trop ? En entendant la pertinence au sens large, certains marchés ont-ils encore leur place dans la liste, au regard notamment des innovations technologiques et de la convergence numérique ? Après tout, la radiodiffusion a-t-elle encore sa place alors que les réseaux NGN prennent de plus en plus d'ampleur et quand bien même l'Autorité refuse de mettre fin à la régulation sur ce marché ?

D'autre part, les pouvoirs des autorités de régulation ne peuvent-ils pas être renforcés ? Il est imaginable que le régulateur puisse un jour user d'un pouvoir de contrainte renforcé pour suspendre un service de communications électroniques ou infliger des sanctions pécuniaires.

La durée d'une analyse – 3 ans – est-elle encore viable alors que de nouveaux réseaux ou services sont produits régulièrement ? Ne serait-il pas plus pertinent d'imposer des cycles plus courts, obligeant le régulateur et la Commission à se renouveler plus que régulièrement ? Comment adapter des remèdes efficaces aux innovations alors même que les investissements sont encouragés ?

Enfin, la Commission européenne peut-elle continuer à être juge et partie ?

Paragraphe 2 : Une réforme à contretemps ?

Il ne faut pas oublier les perspectives de calendrier. La *review* du « Paquet Télécom » ne s'appliquerait qu'à compter de 2010. Or, faudra-t-il encore un cadre sectoriel à ce moment-là ? Le risque résiderait dans le fait de prévoir une régulation correspondant aux technologies et aux structures de marché des années 2000, sans même avoir eu le temps de voir les effets du cadre réglementaire de 2002. La révision de la recommandation « marchés pertinents » a néanmoins une perspective plus immédiate que les directives.

Si la création d'une réglementation spécifique pour les télécommunications est justifiée, à l'origine, par la volonté d'ouvrir à la concurrence un secteur historiquement en situation de monopole, le plus souvent sous la forme d'un monopole légal, les raisons de cette régulation semblent parfois oubliées. Il apparaît indispensable de ne

pas sur réglementer, à contretemps, en ajoutant un risque réglementaire à des investissements déjà risqués. La visibilité et la sécurité juridique doivent être assurées.

Bien que la *Review* prône une simplification de l'analyse des marchés, l'apparition de nouvelles technologies peut bouleverser la donne car elles interviennent sur différents segments de marché ou sur des marchés inexistantes. L'Autorité se trouve donc confrontée à de nouvelles questions qui l'obligent à repenser la régulation sectorielle.

Chapitre 2 : Les nouvelles problématiques de la régulation sectorielle

Le cadre légal et réglementaire soutient l'innovation, ne serait-ce que parce qu'une saine concurrence sur un marché pousse ses acteurs à investir. Mais cette innovation contraint ce même cadre à s'adapter. C'est d'ailleurs l'un des objets de la Review qui veut prendre en considération les développements technologiques. L'objectif consiste toujours à satisfaire le bien-être du consommateur qui doit pouvoir profiter des avancées technologiques. Mais celles-ci posent clairement des problèmes, notamment parce que les marchés pertinents aujourd'hui ne le seront peut-être plus demain.

Le problème sous-jacent pour l'Autorité, et plus largement pour la Commission européenne, est de pouvoir adapter sa régulation à ces innovations, une analyse de marché ne pouvant être entreprise que si un marché est reconnu pertinent. Le régulateur doit donc se positionner par rapport à ces innovations (Section 1) Or, celles-ci se distinguent par le mélange des genres qu'elles opèrent, mélange que d'aucuns préfèrent nommer convergence. Cette dernière vient bouleverser l'équilibre des autorités de régulation, qu'elles traitent de l'audiovisuel ou des communications électroniques. De manière générale, la pérennité de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est remise en question (Section 2).

Section 1 : Régulation(s) et innovations technologiques

Que ce soit la fibre optique ou les réseaux de nouvelle génération, ces innovations bouleversent le schéma traditionnel de l'analyse des marchés. Il est souvent question de convergence entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile, de construction de nouvelles infrastructures ou, plus simplement, de révolution dans la conception et l'appréhension de la communication électronique. Ces marchés émergents se trouvent pourtant en dehors du champ de la régulation¹²⁵ mais la mise en place d'un réseau d'accès de fibre optique interpelle les acteurs du secteur sur la nécessité d'une régulation (Paragraphe 1). Tout comme la migration massive de ces acteurs vers des réseaux et des services de nouvelle génération, inévitable en raison de la convergence des médias et des modes de transmission (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Faut-il réguler la fibre optique ?

Le déploiement de la fibre optique constitue une innovation telle que les abonnés pourraient bénéficier du très haut débit. Ses enjeux sont cependant complexes et multiples car tout reste à faire (A). A tel point que le régulateur et les différents acteurs s'interrogent sur l'opportunité d'une régulation de la fibre optique et de sa portée éventuelle (B).

¹²⁵ Considérant 15 de la recommandation du 11 février 2003 : « *Les marchés nouveaux et émergents, sur lesquels des entreprises peuvent être puissantes grâce aux «avantages du précurseur», ne devraient pas être soumis en principe à une réglementation ex ante* »

A. Les enjeux de la fibre optique

Après le haut débit dont le succès ne se dément pas, sa suite logique, le très haut débit, est envisagée, en corollaire du déploiement des réseaux de fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH¹²⁶). En effet, les besoins en débit sont de plus en plus conséquents et la paire de cuivre ne peut suivre le mouvement de cette demande. Aussi de nombreux acteurs du secteur des communications électroniques annoncent leur désir d'investir dans ce déploiement qui constitue une véritable « *rupture technologique* »¹²⁷.

Mais les investissements à réaliser dans cette entreprise sont sans commune mesure par rapport au déploiement d'une boucle locale par exemple. Cette technologie, visant à concurrencer les technologies DSL, n'est pour l'instant possible que dans les zones à l'importante densité de population. La fibre optique permet l'accès à internet et aux services associés à des débits s'élevant jusqu'à 1 Gbit/s dans chaque sens, soit des débits très supérieurs à ceux accessibles via la paire de cuivre. Déjà utilisée au Japon et aux Etats-Unis, ainsi que dans quelques grandes agglomérations européennes, la fibre optique facilite l'accès simultané aux différents services qu'elle transporte pour tous les membres d'un foyer donné. Or, le déploiement d'un tel réseau pose aujourd'hui de nombreuses questions.

Le déploiement d'un réseau FTTH représente tout d'abord un investissement très lourd sur de nombreuses années. Ainsi, plusieurs éléments sont à construire : le répartiteur, le point de raccordement à l'immeuble, le génie civil et les câbles optiques. Ces deux derniers éléments constituent les infrastructures dites passives qui relient le répartiteur au point de raccordement et représentent l'essentiel du réseau en termes d'infrastructures physiques.

En fait, le déploiement d'un tel réseau correspond à la construction d'autant de boucles locales qu'il y a d'opérateurs séduits par cette technologie. La solution pourrait résider dans la mutualisation soit des infrastructures existantes, soit de l'investissement commun de ces opérateurs pour la construction du réseau physique. Deux modèles sont envisageables : d'un côté, le déploiement est réalisé par un opérateur intégré verticalement, selon une architecture fermée ; de l'autre, il est réalisé de manière ouverte par des investisseurs de long terme associés à des collectivités, qui mettent ensuite le réseau à la disposition des opérateurs, opérant de la même manière que pour le dégroupage¹²⁸. Néanmoins, la mise en place d'un tel réseau ne doit pas remettre en cause la concurrence et doit opter pour une architecture adéquate. En effet, une architecture de PON (*Passive Optical Network*) permet à un unique opérateur de gérer l'ensemble des équipements actifs alors qu'une architecture Point à point facilite la diversité des opérateurs. La mutualisation ne doit donc pas suivre un mouvement de monopolisation.

Il ne faut pas non plus oublier l'importance dans le dispositif des collectivités locales puisque le déploiement de la fibre s'opère sur leur territoire. Elles s'impliquent donc tant au niveau gestionnaire, en veillant au respect de la propriété

¹²⁶ FTTH : *Fiber To The Home*.

¹²⁷ Rapport public d'activité 2006, ARCEP, Editorial de M. Paul Champsaur, Président de l'Autorité.

¹²⁸ *La fibre : une vraie rupture*, G. Gauthey, La Lettre de l'Autorité, n°53, P.1.

publique, qu'au niveau économique, avec la fixation des tarifs d'occupation du domaine public par les opérateurs.

Les questions du déploiement de la fibre optique portent aussi sur la partie terminale des réseaux d'accès. Celle-ci correspond au câblage interne des immeubles raccordés par la fibre, afin d'être au plus près de l'abonné. En effet, si chaque opérateur construit sa propre terminaison de fibre dans chaque immeuble ou logement, ses concurrents ne peuvent plus y avoir accès. Ce qui, au regard des principes de la concurrence, est inenvisageable, tout comme vis-à-vis de l'abonné, qui doit pouvoir choisir l'opérateur de son propre chef. La partie terminale des réseaux de fibre semble donc être destinée à une mutualisation, qui présenterait un système comparable à celui du dégroupage.

B. L'opportunité d'une régulation ?

Pour répondre à cette question, l'Autorité vient de lancer deux consultations publiques portant sur la mutualisation des fourreaux et sur celle des parties terminales de réseau de fibre. L'accès aux fourreaux correspond à la partie horizontale du déploiement de la fibre. Alors que le coût entraîné par le creusement de tranchées et le tirage de câbles jusqu'aux immeubles est considérable, France Télécom possède des fourreaux construits par l'Administration des Postes et des Télécommunications dont certains sont vides « *et peuvent être utilisés pour déployer des réseaux à très haut débit* »¹²⁹.

La concurrence paraît menacée parce que les opérateurs ne pourraient supporter les coûts engendrés par la reconstruction de l'ensemble des infrastructures passives, ce qui créerait un déséquilibre considérable par rapport au propriétaire. Peut-être la mise à disposition des fourreaux facilite-t-elle un rééquilibrage en faveur des opérateurs alternatifs, en application de la théorie des infrastructures essentielles. Rien ne permet de dire que cette mise à disposition se distingue, en termes de régulation, de celle de la boucle locale. Si une analyse des marchés portait sur ce point, France Télécom serait vraisemblablement reconnu puissant sur ce marché et devrait donner accès à l'équipement nécessaire pour que ses concurrents puissent proposer leurs services et produits aux abonnés. Mais cela suppose également que les fourreaux ne soient pas duplicables, ce que les coûts engendrés par une telle hypothèse confirmeraient rapidement. La consultation publique doit donc permettre de répondre à ces interrogations, notamment en ce qui concerne la disponibilité de ces fourreaux et la possibilité d'offrir un accès.

La seconde consultation porte sur la partie verticale du déploiement de la fibre optique et les limites à apposer au développement de multiples boucles locales. Les dommages causés aux propriétaires immobiliers et aux abonnés sont au cœur de ce problème, plus particulièrement parce que ces derniers doivent pouvoir choisir leurs fournisseurs et opérateurs. La mutualisation de la partie terminale pourrait rassurer l'ensemble des protagonistes en garantissant le respect de la concurrence. Si tel n'est pas le cas, « *il existe un risque de captation de l'ensemble des habitants d'un*

¹²⁹ Communiqué de presse du 26 juillet 2007, concernant la publication de deux consultations publiques par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

immeuble par le premier opérateur installé ». Une solution consisterait en la signature par les opérateurs d'accords d'accès mutuel entre eux, une autre en des mesures de normalisation du câblage interne et des infrastructures à mutualiser.

Il faut naturellement favoriser l'engagement de plusieurs opérateurs pour éviter la réapparition de monopoles, particulièrement locaux puisque les collectivités, notamment les grandes villes, seraient l'objet de véritables toiles d'araignées optiques, chaque quartier étant le territoire attribué d'un opérateur. Les accords d'accès mutuel entre opérateurs faciliteraient leur coexistence et protégeraient le consommateur. Mais un risque subsiste pour ce dernier puisque la situation de monopole pourrait se transformer en oligopole. La mutualisation semble donc la solution la plus appropriée. Ainsi, une solution consisterait à offrir des points de partage d'installation qui dépendraient de choix techniques relatifs à la technologie utilisée et à la topographie du réseau.

Paragraphe 2 : Les réseaux de nouvelle génération (NGN)

Au même titre que le déploiement de la fibre optique, le développement des réseaux de nouvelle génération est susceptible de poser problème au régulateur, dans la mesure où ses spécificités (A) remettent en cause les principes de l'analyse des marchés pertinents (B).

A. Caractéristiques et enjeux des réseaux de nouvelle génération

Les NGN sont des réseaux pouvant transporter différents trafics grâce au protocole IP¹³⁰, quelle que soit la technologie d'accès ou le terminal. Plus généralement, ils facilitent la fourniture des différents services multimédias à travers la convergence des réseaux Voix/Données et Fixe/Mobile. C'est pourquoi de nombreux opérateurs décident de migrer leurs réseaux commutés vers ces nouveaux réseaux.

Plusieurs éléments justifient ce changement, tels que l'importance grandissante de l'internet et de l'information numérique, les attentes toujours plus exigeantes des utilisateurs ou la nécessité de réduire les coûts. « *La convergence et le besoin d'efficacité collective impose de réorganiser l'architecture des réseaux d'opérateurs afin de transporter des flux hétérogènes, et d'introduire de nouveaux services* »¹³¹. L'idée est donc de proposer l'ensemble des services sur un seul réseau au moyen d'un seul protocole.

Le développement de ces réseaux intervient dans tous les domaines relatifs, de près ou de loin, aux communications électroniques comme l'interconnexion, la numérotation ou la protection du consommateur. Or, chacun de ces domaines relève d'un corpus de règles spécifiques qui sont bouleversés par l'introduction des NGN et de ses défis technologiques. Aussi il apparaît nécessaire de réviser ces règles afin de

¹³⁰ Selon la norme IP Multimedia Subsystem (IMS), le NGN s'appuie sur le réseau de transport IP, gère toutes sortes de flux multimédias et ne constitue qu'une partie du réseau.

¹³¹ *Très haut débit et prospective réglementaire : quel modèle pour la régulation des réseaux de nouvelle génération (NGN) ?*, F. Péron, 2007.

maintenir une interconnexion efficace entre les réseaux et favoriser l'interopérabilité. Cela nécessite également une régulation commune à l'ensemble des acteurs opérant sur ces différents réseaux.

Dans l'optique de la régulation économique, un réseau est composé de trois couches¹³². Il s'agit de la couche basse constituée par les infrastructures d'accès, de la couche médiane ou infostructure¹³³, et de la couche haute comprenant les services finals rendus par le réseau. Les réseaux de nouvelle génération sont également structurés en couches indépendantes. La première permet à l'utilisateur d'accéder aux services, quel qu'en soit le support et correspond à la couche basse. La couche de transport achemine le trafic. La troisième couche contrôle l'accès aux différents services. Ces deux dernières intègrent la couche médiane. Enfin, la dernière couche, dite de services, contient les différentes plates-formes d'exécution de services et de diffusion de contenus. La communication entre ces éléments se diffuse au moyen d'interfaces « indépendantes de la nature du réseau d'accès utilisé ».

Dans le cadre de l'analyse des marchés, le régulateur exerce une régulation toute en nuances puisque celle-ci est, par nature, asymétrique dans les couches basses, puis symétrique pour les services finals. « *Autrement dit, à mesure que l'on se dirige vers la couche service, la régulation s'atténue à l'égard des anciens monopoles pour favoriser un ensemble de règles applicables à tous les acteurs et non plus seulement aux opérateurs en position dominante* ».

Or, l'introduction de ces nouveaux réseaux, modifiant largement la donne en termes d'accès et de contenus, nécessite l'élaboration d'un cadre de règles permettant de promouvoir leur déploiement. Et peut-être une autre façon d'exercer la régulation.

B. Une nouvelle vision de la régulation

Par rapport au développement des NGN, l'analyse des marchés semble particulièrement cloisonnée et peut ralentir le rythme des innovations technologiques, quand bien même le principe de neutralité technologique interdit les discriminations entre les technologies. Par exemple, les solutions de convergence fixe-mobile comprennent souvent des offres d'accès à l'internet ou/et à la télévision. Les opérateurs interviennent donc sur plusieurs marchés avec une même offre. L'analyse des coûts poste par poste devient plus difficile, d'autant que la substituabilité des services semble évidente. Au surplus, de nouveaux acteurs, non soumis à la régulation et disposant d'un pouvoir de marché, entrent sur ces marchés et jouent le jeu de la concurrence. Les questions se posent alors : comment analyser la structure des coûts ?¹³⁴ Pourquoi ne pas lever progressivement la régulation sur ces marchés de détail ?

¹³² *Economie des réseaux*, N. Curien ; Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2005, p.9.

¹³³ Cf. note précédente. La fonction de l'infostructure est « *d'optimiser l'utilisation de l'infrastructure et de la piloter en vue de réaliser l'intermédiation promise par le réseau* ». Plus exactement, l'infostructure désigne la signalétique, les règles et protocoles de transport ainsi que son état. L'émergence de la société de l'Information met en relief la notion d'infostructure à travers les processus de normalisation.

¹³⁴ Commission staff working document, public consultation on a draft commission recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the

Un équilibre doit donc être trouvé entre l'exercice de la régulation et le développement du secteur. Pourquoi ne pas suspendre temporairement l'activité de régulation ? Mais la Commission s'y oppose. « *De telles "vacances régulatrices" ne constituent pas une option pour la révision du cadre réglementaire. Les règles européennes ne permettent pas des "vacances régulatrices" précisément pour éviter toute remonopolisation de certains marchés* »¹³⁵. Or, pour que la concurrence puisse se développer, il apparaît nécessaire d'appliquer les mêmes règles à tous les opérateurs, et ce dès la couche basse du réseau. Par conséquent, la résolution de ces questions ne peut attendre.

Autre implication résultant du développement des NGN : ses effets en matière de normalisation. Celle-ci consiste « *à émettre des règles de nature technique auxquelles doivent se conformer ceux qui produisent et/ou exercent une activité professionnelle dans le secteur donné* ». En la matière, elle est censée garantir l'interopérabilité des technologies et adapter les exigences de la réglementation. « *L'évolution vers les réseaux de nouvelle génération s'accompagne d'une mutation complète des cœurs de réseaux des opérateurs fixes et mobiles. L'enjeu est de taille: les opérateurs investissent en masse pour remplacer leur cœur de réseau fixe RTC* ».

Dans le cadre des NGN, la convergence des réseaux justifie leur adaptation et leur interaction, ce qui suppose l'existence d'un cadre commun de fonctionnement. C'est notamment le cas pour tout ce qui est relatif à la numérotation ou à la qualité de service. Chaque décision prise a des conséquences sur l'ensemble des couches des réseaux. Aussi la satisfaction des intérêts des consommateurs et l'existence d'une saine concurrence sont toujours au cœur des préoccupations.

En résumé, les NGN modifient l'ordonnancement des réseaux et, partant, des relations entre les opérateurs présents sur ces réseaux et le régulateur. La régulation sectorielle s'en trouve appréhendée différemment par ses acteurs et nécessite vraisemblablement une remise en question conséquente.

Section 2 : Quel avenir pour l'Autorité ?

La remise en question de la pérennité des analyses de marchés et, pour ainsi dire, de la régulation sectorielle pousse de nombreux acteurs du secteur à s'interroger sur l'avenir de l'Autorité. D'aucuns voient en filigrane, notamment dans la refonte du cadre réglementaire, la suppression à terme du régulateur ce qui semble encore contestable (Paragraphe 1). Pour autant, des adaptations de la structure institutionnelle peuvent s'envisager aux travers de la convergence des autorités (Paragraphe 2).

Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services (Second edition) Brussels, 28 June 2006 SEC(2006) 837, p16 : « *It is recognised that some market definitions may change in the face of the new service offerings that NGNs could bring. The 'all IP' network could have a knock-on effect on business models; for example, the introduction of a 'bill-and-keep' model for interconnection of voice calls on IP networks would have a major impact on the market for call termination* ».

¹³⁵ *La commission envisage une nouvelle vague de libéralisation*, V. Reding, La Tribune, 28 juin 2006.

Paragraphe 1 : Un maintien contesté mais nécessaire

L'exercice d'une concurrence saine et effective sur les marchés et la fin du conflit avec l'Etat actionnaire suppose la fin de l'exercice de la régulation sectorielle (A). Mais les innovations technologiques et les autres missions de l'Autorité justifient sa persistance (B).

A. La disparition programmée de la régulation sectorielle

La fin programmée de la régulation des marchés de détail, induite par le cadre réglementaire en discussion, ne constitue qu'une étape vers la suppression pure et simple de toute forme de régulation *ex ante*. En réalité, cette suppression représente la dernière étape du processus de libéralisation entamé dans les années 1990. Mise en place pour favoriser le développement d'une concurrence saine et effective, quelle est le rôle d'une régulation spécifique à partir du moment où la concurrence remplit tous ces critères sur les différents marchés considérés ? Dit grossièrement, la régulation sectorielle a donc pour principal objectif de s'effacer. Sa disparition est même programmée d'ici 2018¹³⁶.

De surcroît, le « Paquet Télécoms » consacre in extenso la disparition de la régulation sectorielle puisque les autorités nationales de régulation doivent appliquer les principes du droit commun de la concurrence lorsqu'elles procèdent à l'analyse des marchés. Ces principes marquent effectivement tout le processus d'analyse, que ce soit dans la délimitation du marché pertinent, la reconnaissance d'opérateurs puissants ou la prescription de remèdes spécifiques. En réalité, tout est agencé depuis les premières phases de la libéralisation, de sorte que la régulation sectorielle consacrée ne soit que temporaire.

Parmi les phénomènes expliquant la fin envisagée de la régulation *ex ante*, la situation de France Télécom retient l'attention en conséquence du désengagement, de gré ou de force, de l'Etat actionnaire. En effet, après la dernière cession¹³⁷, l'Etat ne possède plus qu'un peu moins de 28 % du capital. Alors si France Télécom, reconnu opérateur puissant sur de nombreux segments de marché et sanctionné à ce titre, est devenue une société privée, non plus soumise au pouvoir, cela signifie que l'un des premiers objectifs de la libéralisation est aujourd'hui rempli. Il n'y a en effet plus de monopole de fait et l'opérateur historique s'est affranchi de la tutelle étatique.

Au regard de ces éléments, quelle est encore la raison d'être de l'Autorité ?

B. Une action renouvelée

La suppression de l'Autorité semble envisageable si la régulation sectorielle, *ex ante* et asymétrique, est supprimée. Or, plusieurs éléments laissent penser que cette suppression n'est pas possible pour l'instant.

¹³⁶ Déclaration de V. Reding, lors de la 20ème session plénière du GRE, Bruxelles, 15 février 2007.

¹³⁷ 26 juin 2007/

En premier lieu, les analyses de marchés pertinents sont limitées dans le temps puisque le premier cycle d'analyse donne lieu à un encadrement des marchés pour une durée de trois ans, en règle générale. La plupart arriveront à terme courant 2008, et il y a de fortes chances pour que la prochaine phase d'analyse ait lieu, en vertu d'un cadre réglementaire mis à jour. Si tant est que les délais d'édiction des recommandations ou de la transposition soient respectés. Toutefois, des marchés particuliers, comme ceux de la téléphonie mobile font l'objet d'une nouvelle phase d'analyse. En effet, les opérateurs de téléphonie mobile possédant un réseau se trouvent en monopole sur celui-ci, ce qui justifie l'imposition d'obligations particulières. Cette nouvelle analyse couvre la période 2008-2010.

De plus, la régulation sectorielle *stricto sensu* ne consiste pas seulement en l'analyse des marchés pertinents de communications électroniques. Il ne faut pas oublier que l'Autorité assure l'existence et la continuité du service universel. Elle prend également conscience depuis quelques années des intérêts des consommateurs, notamment parce qu'elle doit veiller « à l'exercice au bénéfice du consommateur d'une concurrence effective et loyale »¹³⁸.

En outre, l'Autorité ne peut être supprimée parce qu'elle constitue le premier soutien à l'innovation et au progrès en matière de communications électroniques. La régulation qu'elle exerce jusqu'ici va dans ce sens mais, même en cas de disparition de la régulation sectorielle, la dynamique insufflée sera du fait de l'Autorité. Son fonctionnement, s'exprimant particulièrement à travers l'activité consultative ou celle de l'analyse des marchés, fait d'elle un partenaire privilégié pour chaque opérateur car elle visualise les besoins du marché. Et quand bien même la régulation sectorielle disparaîtrait, l'Autorité demeure experte sur les questions posées par le secteur.

Enfin, autre raison évidente du maintien nécessaire de l'Autorité¹³⁹, le développement de nouvelles technologies qui transcendent le schéma d'analyse des marchés, comme la fibre optique ou les NGN. En effet, le déploiement de tels dispositifs justifie sans doute la mise en œuvre de la régulation sectorielle afin d'éviter le retour à une situation de monopole qui, pour le cas de la fibre optique, pourrait fort bien ressembler à un oligopole. Mais l'Autorité doit ici, comme à son habitude, rechercher un équilibre entre l'encouragement à l'innovation technologique et le respect de principes martelés depuis longtemps.

La nature de l'institution nécessite cependant quelques ajustements.

Paragraphe 2 : La convergence des institutions de régulation ?

Cette question quelque peu étrange est posée par l'évolution des offres de services de télécommunications proposées aux consommateurs, d'où l'hypothèse d'une fusion entre l'Autorité et le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Toutefois, en matière de régulation et en raison de l'expertise de l'Autorité, ne peut-on pas plutôt imaginer sa collaboration renforcée avec le Conseil de la concurrence ?

¹³⁸ Article L.32-1 du Code des postes et des communications électroniques.

¹³⁹ La liste des raisons fournies ici est naturellement non exhaustive.

En raison de la convergence des services de communications électroniques et des services audiovisuels, l'hypothèse d'une fusion entre l'Autorité de régulation des communications électroniques et du Conseil supérieur de l'audiovisuel est considérée. La convergence est « *la capacité de différentes plateformes à transporter des services similaires. Les réseaux de télécommunications sont devenus capables de distribuer tout type de contenu : voix, données, images* »¹⁴⁰.

Ce phénomène de convergence des techniques numériques se retrouve également dans la définition des communications électroniques, considérées comme l'ensemble des « *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* »¹⁴¹, bien qu'il ne soit pas fait mention des communications audiovisuelles. Les fournisseurs d'accès internet, notamment, favorisent grandement la convergence des services, tout comme les opérateurs qui proposent des solutions dites de « *triple play* » ou de « *quadruple play* ». Ces offres consistent à associer, à partir d'un unique terminal, la téléphonie fixe, la téléphonie mobile, l'accès à la télévision numérique et à internet. Elles nécessitent de plus un besoin très important en matière de fréquences.

Le mélange des genres entraîné par la convergence ne se traduit pas qu'au niveau des services dans la mesure où le nombre des acteurs augmente proportionnellement. De plus, les consommateurs de ces produits convergents ne se cantonnent plus à ce rôle car la disponibilité des moyens numériques leur permet de devenir eux-mêmes producteurs de services de communications électronique et multimédia.

Cette convergence a pour effet de mêler intimement des activités dépendant de secteurs théoriquement distinct et régulés en conséquence par des institutions distinctes elles aussi. Plus particulièrement, la gestion des fréquences allouées à l'exercice de ces services convergents n'est pas la même d'une autorité à l'autre. Ces deux autorités se distinguent également par la nature de la régulation qu'elles exercent. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel défend les libertés publiques, le pluralisme et la diversité culturelle. L'Autorité exerce une régulation avant tout économique.

Les difficultés semblent donc nombreuses et empêchent, pour l'instant, une quelconque fusion. Une chose est cependant certaine : la distinction classique entre communications audiovisuelles et communications électroniques n'a plus lieu d'être puisque les supports de leur diffusion sont aujourd'hui indifférents.

Une autre hypothèse pour la « survie » de l'Autorité consisterait à l'intégrer au sein du Conseil de la Concurrence. Après tout, ces deux autorités ont l'habitude de coopérer, notamment dans le cadre d'échanges bilatéraux de consultation. Dans le cadre de cette absorption, l'Autorité pourrait faire valoir son expertise auprès du juge de la concurrence. Mais cela suppose avant tout que la phase de régulation sectorielle soit achevée, ce qui laisse encore quelques années à l'Autorité pour exercer ses missions en toute indépendance.

¹⁴⁰ *La convergence numérique, capacité démultipliée des techniques de transporter la voix, les données, l'image*, P. Champsaur, Colloque « Convergence numérique, convergence juridique », Conseil d'Etat, 28 novembre 2006.

¹⁴¹ Article L.32 du Code des postes et des communications électroniques.

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES OFFICIELS

Droit communautaire :

1. Règlement

- Règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, n° 2887/2000, JOCE L 336 du 30 décembre 2000.

2. Directives et Lignes directrices

- Lignes directrices de la Commission concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, 1991/C 233/2, JOCE C 233 du 6 septembre 1991.
- Directive du 13 mars 1996 modifiant la Directive 90/388/CE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, 96/19/CE, JOCE L 074 du 22 mars 1996.
- Directive « Cadre » du Parlement européen et du Conseil, 7 mars 2002, 2002/21/CE, JOCE L 108 du 24 avril 2002.
- Directive « Accès » du 7 mars 2002, 2002/19/CE, JOCE L 108 du 24 avril 2002.
- Directive « Autorisation » du 7 mars 2002, 2002/20/CE, JOCE L 108 du 24 avril 2002.
- Directive « Service universel » du 7 mars 2002, 2002/22/CE, JOCE L 108 du 24 avril 2002.
- Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C 165/03, JOCE L 165 du 11 juillet 2002.
- Directive « Vie privée et communications électroniques » du 12 juillet 2002, 2002/58/CE, JOCE L 201 du 31 juillet 2002.
- Directive « Concurrence » du 16 septembre 2002, 2002/77/CE, JOCE L 249 du 17 septembre 2002.

3. Décision

- Décision de la Commission du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et des services de communication, 2002/627/CE, JOCE L 200 du 30 juillet 2002.

4. Recommandations

- Recommandation de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 1 - Tarification de l'interconnexion), 98/195/CE, JOCE L 073 du 12 mars 1998.
- Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation *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, C (2003)497, 2003/311/CE, JOCE L 114 du 8 mai 2003.
- Recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, 2005/698/CE, JOCE L 266 du 11 octobre 2005.

5. Communications et autres documents

- Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 9 décembre 1997.
- Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, 98/C 265/02, JOCE C 265 du 22 août 1998.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2004 (10^{ème} Rapport), [SEC (2004) 1535], COM (2004) 759 final, 2 décembre 2004.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire, Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques, SEC (2006) 86, 6 février 2006.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11^{ème} Rapport), [SEC (2006) 193], COM (2006) 68 final, 20 février 2006.
- Commission Staff working document public consultation on a draft Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a

common regulatory framework for electronic communication networks and services (Second edition), SEC (2006) 837, June 28, 2006.

- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant le réexamen du cadre réglementaire EU pour les réseaux et services de communications électroniques, [SEC (2006) 816 & 817], COM (2006) 334 final, 29 juin 2006.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2006 (12^{ème} Rapport), [SEC (2007) 403], COM (2007) 155, 29 mars 2007.

Droit interne :

1. Lois

- Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, J.O n° 174 du 27 juillet 1996, p. 11384.
- Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, J.O n° 1 du 1^{er} janvier 2004, p. 9, texte n° 1.
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.
- Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux Communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles, J.O n° 159 du 10 juillet 2004, page 12483, texte n° 1.

2. Décret

- Décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004 relatif aux dispositions applicables aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques en application des articles L. 37-1 à L. 38-3 du code des postes et des communications électroniques, J.O n° 278 du 30 novembre 2004, p. 20321, texte n° 26.

3. Arrêtés

- Arrêté du 16 mars 2006 relatif à l'information sur les prix des services d'assistance des fournisseurs de services de communications électroniques, J.O n° 67 du 19 mars 2006, p. 4144, texte n° 8.
- Arrêté du 16 mars 2006 relatif aux contrats de services de communications électroniques, J.O n° 67 du 19 mars 2006, p. 4145, texte n° 9.

- Arrêté du 24 avril 2007 homologuant la décision n° 2007-0213 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 avril 2007 portant sur les obligations imposées aux opérateurs qui contrôlent l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications électroniques à destination des services à valeur ajoutée, J.O n° 109 du 11 mai 2007, p. 8480, texte n° 22.

RAPPORTS OFFICIELS

Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes :

- Rapport public d'activité 2004
- Rapport public d'activité 2005
- Rapport public d'activité 2006

Conseil de la Concurrence :

- Rapport public d'activité 2002
- Rapport public d'activité 2005
- Rapport public d'activité 2006

Conseil d'Etat :

- Rapport public du Conseil d'Etat, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE n°52, La Documentation française, 2001.
- Rapport public du Conseil d'Etat, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n°53, La Documentation française, 2002.

Sénat :

- *Les conséquences de l'évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications*, Rapport n° 159 de P. LAFFITTE et R. TREGOUET, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques ; Session ordinaire de 2001-2002, déposé le 20 décembre 2001.
- *Le bilan de la loi n° 96-659 de réglementation des télécommunications : La réforme cinq ans après*, Rapport d'information n° 273 (2001-2002) de P. HERISSON, fait au nom de la Commission des Affaires économiques ; Session ordinaire de 2001-2002, déposé le 26 mars 2002.
- *Le bilan de la loi n° 96-660 relative à l'entreprise nationale France-Télécom : Pour un avenir ouvert*, Rapport d'information n°274 de G. LARCHER, fait au nom de la Commission des Affaires économiques ; Session ordinaire de 2001-2002, déposé le 26 mars 2002.
- *Haut débit et territoires : Enjeu de couverture, enjeu de concurrence*, Rapport d'information n°443 de C. BELOT, fait au nom de la Délégation à

l'Aménagement du territoire ; Session ordinaire de 2004-2005, déposé le 29 juin 2005.

- *Dix ans après, la régulation à l'ère du numérique : Bilan et perspectives d'évolution de l'ARCEP*, Rapport d'information n°350 de B. RETAILLEAU, fait au nom de la Commission des Affaires économiques ; Session ordinaire de 2006-2007, déposé le 27 juin 2007.

Autres autorités ou organismes :

- *Les relations entre autorités de la concurrence et autorités responsables de la réglementation sectorielle*, « Forum mondial de la concurrence », Comité de la concurrence, Direction des affaires financières et des entreprises, Organisation de Coopération et de Développement Economiques, DAF/COMP/GF (2005)2, 23 février 2005.
- *ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework*, ERG8 Plenary, ERG (03) 30 rev 1, April 1st, 2004 ; Revised version, ERG8 Plenary, ERG (06) 33, May 18-19, 2006.

DICTIONNAIRES

- G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Ed. Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige, 8^{ème} éd., 2007.
- R. GUILLIEN et J. VINCENT sous la direction de S. Guinchard et G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Lexiques, 16^{ème} éd., 2007.

OUVRAGES

- N. CURIEN, *Economie des réseaux*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 123 p., éd. revue et corrigée, 2005.
- D. FLATCHER, H. JENNEQUIN et J.-H. LORENZI, *Réguler le secteur des télécommunications ? : Enjeux et perspectives*, Ed. Economica, Coll. Economie, 318 p., 1^{ère} éd., 2007.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Ed. Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 206 p., 1^{ère} éd., 2004.
- B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Ed. Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Amphithéâtre, 350 p., 1^{ère} éd., 2004.
- N. THIRION (sous la direction de), *Libéralisation, privatisation, régulation : Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Ed. Larcier, Coll. Droit/Economie international, 288 p., 1^{ère} éd., 2006.

- F. SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Ed. Montchrestien, Coll. Clefs, 160 p., 3^{ème} éd., 2003.
- *Droit économique*, Lamy, 2006.
- *Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2006.
- *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, Actes du colloque organisé par le Centre de recherches sur le droit des affaires (CREDA), 6 décembre 2000 ; Gazette du Palais, n°313-314, 9-10 novembre 2001.
- *La régulation : Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, Actes du colloque international organisé par l'Ecole nationale d'administration, 29 janvier 2004 ; Revue française d'administration publique, n°109, 206 p., 2004.

COLLOQUES – CONFERENCES - DISCOURS

- G. CANIVET, *Approche comparée Europe/Etats-Unis sur les rapports entre droit de la régulation et droit de la concurrence dans les industries de réseaux : le point de vue du juge*, « Balancing Antitrust and Regulation in Network Industries », 3rd Mines / Berkeley International antitrust conference, January 12-13, 2006, Paris.
- P. CHAMPSAUR, *Réglementer pour l'avenir*, Colloque « Télécom 2003 », Union International des Télécommunications, Genève, 13 octobre 2003.
- P. CHAMPSAUR, *Téléphonie et télévision sur Internet*, Colloque organisé au Sénat à l'initiative du sénateur P. HERISSON, 20 février 2004.
- P. CHAMPSAUR, *La convergence numérique, capacité démultipliée des techniques de transporter la voix, les données, l'image*, Colloque « Convergence numérique, convergence juridique », Conseil d'Etat, 28 novembre 2006.
- M. COUSIN, *Regards sur le contrôle des concentrations dans les secteurs régulés en 2006*, « Actualité 2006 en droit de la concurrence », Matinée Activités de formation et colloque, Cour de Cassation, 8 février 2007.
- J.-M. GLACHANT, *Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés*, Colloque « Droit de la régulation », UMR de droit comparé, Université Paris 1, 29-30 avril 2004.
- E.-S. MATISSE, *La régulation des opérateurs de télécommunications en Europe depuis l'ouverture à la concurrence : Fondements et évolution*, Forum de la Régulation, Université Paris 1, 12 octobre 2001.

- V. REDING, *The Review 2006 of EU Telecom rules : Strengthening Competition and Completing the Internal Market*, Annual Meeting of BITKOM, SPEECH/06/422, Bibliothèque Solvay, Brussels, June 27, 2006.

ARTICLES

- C. BODET et T. LAMARCHE, *De la téléphonie aux autoroutes de l'information : la régulation sectorielle des télécommunications*, Revue Terminal ; Source : <http://www.terminal.sgdg.org/articles/67/reseauxlamarche.html>, consulté le 23 août 2007.
- O. BOMSEL et G. LE BLANC, *Innovation et économie numérique*, CERNA, ENSM - Paris 2003.
- M. BOURREAU et J. POUYET, *Marchés de gros et de détail dans les télécommunications : un fonctionnement intimement lié*, La Lettre de l'Autorité, n°56, p.30.
- P. CHAMPSAUR, *La dynamique concurrentielle s'essouffle*, Interview, 10 juin 2004, La Tribune.
- P. CHAMPSAUR, *Une régulation affinée et parfois plus incisive des marchés de gros, une régulation allégée des marchés de détail*, La Lettre de l'Autorité, n°39, p.5.
- P. CHONÉ, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : Entre ex ante et ex post*, Les engagements dans les systèmes de régulation, dirigé par M.-A. FRISON-ROCHE, Ed. Dalloz et Presses de Sciences Po, Coll. Thèmes et Commentaires, mars 2006, pp. 43-66.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, Recueil Dalloz 2001, p. 610.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, Recueil Dalloz 2004, p. 126.
- G. GAUTHEY, *La fibre : une vraie rupture*, La Lettre de l'Autorité, n°53, p.1.
- M. GLAIS, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, EDCE 2002, Paris, *La Documentation française*, 2002, n°53, p.403.
- R. LALANDE, *Supprimer la régulation des marchés de détail risque de recréer des monopoles en faveur des opérateurs historiques*, Interview, 26 avril 2007, Le Journal du Net ; Source : <http://www.journaldunet.com/ebusiness/telecoms-fai/interview/070426-richard-lalande-aforst-ecta.shtml>, consulté le 24 août 2007.
- B. LASSERRE, *La frontière entre régulation et droit commun de la concurrence, entre persuasion et répression, devient plus ténue*, Interview, La Lettre de l'Autorité, n°46, p.16.

- G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, AJDA 2006, p. 347.
- R. MONTAGNE, *La fusion Neuf Télécom/Cégétel réduit le nombre de fournisseurs au niveau du marché de gros*, Interview, 12 mai 2005, businessMobile.fr ; Source : <http://www.businessmobile.fr/actualites/analyses/0,39044174,39223612,00.htm>, consulté le 24 août 2007.
- S. NAUGÈS, *L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle*, AJDA 2007, p. 672.
- G. NICOLETTI et S. SCARPETTA, *Regulation, Productivity, and growth : OECD Evidence*, Document de travail consacré à la recherche sur les politiques, n°2944, Banque mondiale, janvier 2003.
- F. PÉRON, *Très haut débit et prospective réglementaire : quel modèle pour la régulation des réseaux de nouvelle génération (NGN) ?*, Actes du colloque « L'Europe dans la société de l'information », Revue Acta, n°2, Ed. Hamangiu, 2007.
- R. QUECK, A. de STREEL et P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, Cahiers de droit européen, 2002, pp.243-314.
- L. RICHER, *Droit d'accès et service public*, AJDA 2006, p. 73.
- J. URIBE MAZA, *Evolution technologique et enjeux de la régulation des télécommunications*, Working paper, Groupe d'Economie Mondiale à Sciences Po, GEMWP-2007-05, 5 juin 2007 ()).
- T. VERBIEST, *Paquet télécom : Quels sont les axes de la réforme européenne ?*, 30 août 2008, Le Journal du Net ; Source : <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique060830.shtml>, consulté le 24 août 2007.

LETTRE D'INFORMATION

- La Lettre de l'Autorité, 56 numéros depuis juin 1998, disponibles en téléchargement gratuit sur le site de l'ARCEP (www.arcep.fr/index.php?id=21).

SITES INTERNET¹⁴²

Institutions françaises, européennes et internationales :

- ARCEP : www.arcep.fr

¹⁴² Tous les sites internet dont il est fait mention dans la présente bibliographie ont été vérifiés et sont valides au 30 août 2007.

- Association des villes et collectivités pour les communications électroniques et l'audiovisuel (AVICCA) : www.avicca.org
- Commission européenne : <http://ec.europa.eu>
- Conférence européenne des postes et télécommunications (CEPT) : www.cept.org
- Conseil de la concurrence : www.conseil-concurrence.fr
- Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) : www.csa.fr
- Délégation aux usages de l'internet : <http://delegation.internet.gouv.fr/>
- Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires (DIACT) : www.diact.gouv.fr
- Direction du développement des médias (DDM) : www.ddm.gouv.fr
- Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) : www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgccrf/
- Direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes : www.telecom.gouv.fr
- Federal communications commission (FCC) : www.fcc.gov
- Groupe des régulateurs européens (GRE) : www.erg.eu.int
- Union internationale des télécommunications (UIT) : www.itu.int

Organismes professionnels :

- Association européenne pour la concurrence dans les télécommunications (ECTA) : www.ecta.org
- Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA) : www.afa-france.com
- Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (AFORST) : www.aforstelecom.fr
- Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe (IDATE) : www.idate.fr
- Observatoire régional des télécommunications (ORTEL) : www.ortel.fr

Opérateurs :

- Altitude Telecom : www.altitudetelecom.fr
- B3G : www.b3g-telecom.com
- Bouygues Télécom : www.bouyguetelecom.fr
- British Telecom France : www.btglobalservices.com/business/fr
- Colt Télécommunications France : www.colt.net/fr
- Complétel : www.completel.fr
- Hub Télécom : www.hubtelecom.com
- Neuf Cégétel : www.groupeneufcegetel.fr
- Numéricable : www.numericable.fr
- SFR : www.sfr.fr
- Telecom Italia France : www.telecomitalia.fr
- Verizon France : www.verizonbusiness.com/fr

Normalisation et recherche :

- Association française de normalisation (AFNOR) : www.afnor.org
- Ecole nationale supérieure des télécommunications (ENST) : www.enst.fr
- Fondation internet nouvelle génération (FING) : www.fing.org
- Global System for Mobile communications (GSM) : www.gsmworld.com
- Institut de recherches économiques et sociales sur les télécommunications (IREST) : www.irest.org

- Normalisation mobiles 3G : www.3gpp.org
- Système universel de télécommunications mobiles (UMTS) : www.umts-forum.org

Sites consacrés aux télécommunications :

- Comparatel : www.comparatel.fr
- Journal du net : http://www.journaldunet.com/fils/sommaire_telecoms.shtml
- Juriscom : www.juriscom.net
- Réseaux Télécoms : www.reseaux-telecoms.net
- ZD Net : <http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/>

ANNEXE 1

Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation *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, C (2003)497, 2003/311/CE, JOCE L 114 du 8 mai 2003.

ANNEXE

Marchés de détail :

1. Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle.
2. Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle.
3. Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle.
4. Services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle.
5. Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle.
6. Services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle.

Ces six marchés sont répertoriés aux fins d'analyse en relation avec l'article 17 de la directive « service universel ».

Les marchés 1 à 6 combinés correspondent à « la fourniture de raccordements au réseau téléphonique public et l'utilisation de ce réseau en positions déterminées », mentionnées à l'annexe I, point 1, de la directive « cadre ». Cette combinaison est également mentionnée à l'article 19 de la directive « service universel » (possibilité d'imposer la sélection à chaque appel de l'opérateur ou la présélection de l'opérateur).

7. Ensemble minimal de lignes louées (qui comprend les lignes louées spécifiées d'un débit inférieur ou égal à 2Mo/sec, visées à l'article 18 et à l'annexe VII de la directive « service universel »).

Ce marché est mentionné à l'annexe I, point 1, de la directive « cadre » en rapport avec l'article 16 de la directive « service universel » (« la fourniture de lignes louées aux utilisateurs finals »).

Une analyse de marché doit être effectuée aux fins de l'article 18 de la directive « service universel » concernant les contrôles réglementaires relatifs à l'ensemble minimal de lignes louées.

Marchés de gros :

8. Départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée. Aux fins de la présente recommandation, le départ d'appel est réputé comprendre l'acheminement local des appels, et ses limites sont définies dans un souci de cohérence avec la délimitation des marchés de transit d'appel et de terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.

Ce marché correspond à celui qui est mentionné à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre » en rapport avec la directive 97/33/CE (« départ d'appel sur le réseau téléphonique public fixe »).

9. Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée

Aux fins de la présente recommandation, la terminaison d'appel est réputée comprendre l'acheminement local des appels, et ses limites sont définies dans un souci de cohérence avec la délimitation des marchés de départ d'appel et de transit d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.

Ce marché correspond à celui qui est mentionné à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre » en rapport avec la directive 97/33/CE (« terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public fixe »).

10. Services de transit sur le réseau téléphonique public fixe

Aux fins de la présente recommandation, les limites des services de transit sont réputées définies dans un souci de cohérence avec la délimitation des marchés de départ d'appel et de terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.

Ce marché correspond à celui qui est mentionné à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre » en rapport avec la directive 97/33/CE (« services de transit sur le réseau téléphonique public fixe »).

11. Marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux

Ce marché correspond à celui qui est mentionné à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre » en rapport avec les directives 97/33/CE et 98/10/CE (« accès au réseau téléphonique public fixe, y compris l'accès dégroupé à la boucle locale ») et à l'annexe I, point 3, de la directive « cadre » en rapport avec le règlement (CE) no 2887/2000.

12. Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande

Ce marché concerne les accès à haut débit (« bitstream ») permettant la transmission bidirectionnelle de données en large bande et la fourniture en gros d'accès sur d'autres infrastructures, si et quand ils offrent des ressources équivalentes à l'accès à haut débit. Il englobe l'« accès au réseau et accès spécial au réseau » mentionnés à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre », mais ne comprend pas le marché visé au point 11 figurant ci-dessus, ni celui du point 18. L 114/48 FR Journal officiel de l'Union européenne 8.5.2003

13. Fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées

14. Fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain

L'ensemble de marchés de gros 13 et 14 correspond à ceux qui sont mentionnés à l'annexe I, point 2, de la directive «cadre» en rapport avec les directives 97/33/CE et 98/10/CE (« interconnexion des lignes louées ») et à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre » en rapport avec la directive 92/44/CEE (« fourniture en gros de lignes louées à d'autres fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques »).

15. Accès et départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles. Ce marché correspond à celui qui est mentionné (séparément) à l'annexe I, point 2, de la directive « cadre » en rapport avec les directives 97/33/CE et 98/ 10/CE.

16. Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels

Ce marché correspond à celui qui est mentionné à l'annexe I, point 2, de la directive «cadre» en rapport avec la directive 97/33/CE (« terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles »).

17. Marché national de la fourniture en gros d'itinérance internationale sur les réseaux publics de téléphonie mobile. Ce marché correspond à celui qui est mentionné à l'annexe I, point 4, de la directive « cadre ».

18. Services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux

ANNEXE 2
Liste des marchés pertinents définis par l'ARCEP
dans le cadre de ses analyses de marché

Marchés de détail :

- Marché 1 : Accès au réseau téléphonique public pour les résidentiels.
- Marché 2 : Accès au réseau téléphonique pour les non résidentiels.
- Marché 3 : Services téléphoniques locaux et / ou nationaux accessibles au public pour les résidentiels.
- Marché 4 : Services téléphoniques internationaux accessibles au public pour les résidentiels.
- Marché 5 : Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public pour les non résidentiels.
- Marché 6 : Services internationaux accessibles au public pour les non résidentiels.
- Marché 7 : Marché de détail des services de capacités.

Marchés de gros :

- Marché 8 : Départ d'appel sur le réseau téléphonique public.
- Marché 9 : Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels.
- Marché 10 : Services de transit sur le réseau téléphonique public fixe.
- Marché 11 : Marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux (option 1).
- Marché 12 : Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande livrés au niveau régional (*Bitstream* : option 3 + option 1 régionale).
- Marché 13 : Fourniture en gros de segments terminaux de services de capacités.
- Marché 14 : Fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées sur le circuit interurbain.
- Marché 15 : Accès et départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles.
- Marché 16 : Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels.
- Marché 17 : Marché national de la fourniture en gros d'itinérance internationale sur les réseaux publics de la téléphonie mobile.
- Marché 18 : Services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	2
Sommaire	3
Introduction	4
Première Partie : La détermination des marchés pertinents	11
Chapitre 1^{er} : Le rôle des marchés pertinents dans l'introduction de la concurrence	12
<i>Section 1 : La régulation des marchés pertinents, entre droit et économie</i>	12
Paragraphe 1 : La régulation : une notion difficile à saisir	12
A. Déréglementation, puissance publique et économie de marché	12
B. Les finalités de la régulation	13
Paragraphe 2 : La consécration d'une régulation spécifique au secteur des communications électroniques	14
Paragraphe 3 : Les caractéristiques de la régulation sectorielle	16
<i>Section 2 : La place de la régulation sectorielle par rapport au droit de la concurrence</i>	17
Paragraphe 1 : L'opposition entre deux conceptions de la régulation	17
A. Régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	17
B. Le modèle américain	19
Paragraphe 2 : Une coopération nécessaire dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents	21
Chapitre 2 : Le processus d'analyse des marchés pertinents, expression de la régulation sectorielle	23
<i>Section 1 : Les principes fondamentaux de l'analyse des marchés de communications électroniques</i>	23
Paragraphe 1 : Les enjeux de l'analyse des marchés pertinents	24
A. L'esprit de l'analyse des marchés	24
B. La définition du marché pertinent	25
C. L'intégration des principes du droit de la concurrence dans l'analyse des marchés	26
Paragraphe 2 : Les différents marchés pertinents	28
Paragraphe 3 : Le processus type d'analyse des marchés pertinents	28

<i>Section 2 : La mise en pratique de l'analyse des marchés pertinents par l'Autorité</i>	30
Paragraphe 1 : La définition de marchés particulièrement structurants	31
A. Les marchés du haut débit	31
B. La téléphonie mobile	33
Paragraphe 2 : La mise en œuvre de remèdes spécifiques	34
A. La non discrimination	35
B. Le contrôle tarifaire	35
C. Les obligations comptables	37
D. Droit d'accès et facilités essentielles	38
Deuxième partie : La remise en question progressive de la pertinence des marchés	41
Chapitre 1 : Les enjeux de la review pour l'analyse des marchés	42
<i>Section 1 : La simplification de l'analyse des marchés</i>	42
Paragraphe 1 : La dérégulation des marchés de détail	42
Paragraphe 2 : Des remèdes plus efficaces	43
<i>Section 2 : Les autres objectifs de la review</i>	44
Paragraphe 1 : La notification simplifiée	44
Paragraphe 2 : La consolidation du marché intérieur	45
<i>Section 3 : Prospective sur le contenu de la review</i>	46
Paragraphe 1 : Questions en suspens	46
Paragraphe 2 : Une réforme à contretemps ?	46
Chapitre 2 : Les nouvelles problématiques de la régulation sectorielle	48
<i>Section 1 : Régulation(s) et innovations technologiques</i>	48
Paragraphe 1 : Faut-il réguler la fibre optique ?	48
A. Les enjeux de la fibre optique	49
B. L'opportunité d'une régulation ?	50
Paragraphe 2 : Les réseaux de nouvelle génération (NGN)	51
A. Caractéristiques et enjeux des réseaux de nouvelle génération	51
B. Une nouvelle vision de la régulation	52

<i>Section 2 : Quel avenir pour l'autorité ?</i>	53
Paragraphe 1 : Un maintien contesté mais nécessaire	54
A. La disparition programmée de la régulation sectorielle	54
B. Une action renouvelée	54
Paragraphe 2 : La convergence des institutions de régulation ?	55
BIBLIOGRAPHIE	57
ANNEXES	67
Annexe 1 : Annexe à la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 recensant les différents marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une régulation <i>ex ante</i>	67
Annexe 2 : Liste des marchés pertinents définis par l'ARCEP dans le cadre de ses analyses de marché	70
TABLE DES MATIERES	71