



Avis n° 06-A-21 du 17 novembre 2006
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre
de la procédure d'analyse du marché des accès large bande livrés au
niveau national

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres des 25 septembre et 6 octobre 2006, enregistrées sous le numéro 06/0068 A, par lesquelles l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à un projet de décision visant à la levée de la régulation *ex ante* sur le marché des accès large bande livrés au niveau national (« marché 12 bis ») ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ;

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») ;

Vu les lignes directrices 2002/C 165/03 de la Commission des Communautés européennes du 11 juillet 2002 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 (« ligne directrice ») ;

Vu la recommandation C(2003)497 de la Commission des Communautés européennes du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation *ex ante* conformément à la directive « cadre » (recommandation « marchés pertinents ») ;

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

Vu le code des postes et des communications électroniques (« CPCE ») et notamment ses articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, entendus lors de la séance du 8 novembre 2006 ;

Les représentants de l'Association Française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS Télécom) et de la société Télé 2 entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

Introduction

1. Par lettres enregistrées les 25 septembre et 6 octobre 2006, sous le numéro 06/0068 A, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après ARCEP) a saisi le Conseil, sur le fondement des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE), d'une demande d'avis relative à un projet de décision visant à lever la régulation *ex ante* sur le marché des accès large bande livrés au niveau national, ou collecte nationale dit « *marché 12 bis* ». Cette consultation du Conseil s'inscrit dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés prévue à l'article L. 37-1 du code des postes et des télécommunications dont le Conseil a rappelé les enjeux et les modalités dans ses précédents avis, notamment l'avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004.
2. L'ARCEP estime, au regard de l'absence d'obstacle au développement d'une concurrence effective sur le marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau national, que ce marché n'est plus pertinent au sens de l'article L. 37-1 du CPCE, c'est-à-dire qu'il n'est plus susceptible de faire l'objet d'une régulation *ex ante*. L'ARCEP justifie sa position notamment par le fait « *que la situation concurrentielle s'améliore du fait notamment du nombre d'opérateurs susceptibles de proposer des offres alternatives à celles de France Télécom* » et par la mise en œuvre effective de la régulation sur les autres marchés de gros du haut débit, du dégroupage et des produits d'accès large bande livrés au niveau régional.
3. L'ARCEP propose donc de ne pas reconduire sur ce marché le dispositif de régulation *ex ante* préalablement fixé par sa décision n° 05-281 du 28 juillet 2005 et de ne pas reconduire les obligations *ex ante* auxquelles France Télécom était précédemment soumise par cette même décision, en tant qu'opérateur dominant, conformément à l'article L. 38 du CPCE.

I. Le contexte

4. Dans sa recommandation du 11 février 2003, la Commission européenne avait identifié, dans le secteur de l'Internet haut débit, deux marchés de gros susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante* : le marché 11 relatif à la « *fourniture en gros de l'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et aux sous-boucles locales sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux* » et le marché 12, de « *fourniture en gros de services à large bande* ». Elle avait considéré que les marchés de détail en aval n'étaient pas susceptibles de faire l'objet d'une telle régulation.

5. L'ARCEP, s'appuyant sur les dispositions de l'article 15 de la directive « *cadre* », selon lesquelles les autorités de régulation nationales ont la possibilité d'identifier comme pertinents au sens de la régulation *ex ante* des marchés non recensés par la recommandation de la Commission, a proposé d'ajouter à cette liste, à titre transitoire et pendant un an, le marché de la fourniture d'accès à large bande livrés au niveau national ou « *marché 12 bis* » et de désigner France Télécom comme opérateur puissant sur ce marché.
6. L'ARCEP a en effet constaté que, sur ce marché, étaient vérifiés les trois critères cumulatifs énumérés au considérant 9 de la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents (existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ; absence de perspectives d'évolution vers une situation de concurrence effective ; incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées sur le marché). L'ARCEP a en conséquence estimé nécessaire de réguler ce marché et d'imposer à France Télécom, déclaré dominant sur ce marché, un certain nombre d'obligations : (i) l'interdiction de pratiquer des tarifs d'éviction ; (ii) la non-discrimination ; (iii) la séparation comptable ; (iv) une obligation de formaliser et de transmettre à l'ARCEP les conditions techniques et tarifaires des prestations de service internes entre l'entité opérant sur les réseaux de télécommunication et l'entité fournissant l'accès à Internet de détail.
7. Le Conseil de la concurrence, saisi pour avis de l'analyse des trois marchés de gros du haut débit, avait notamment conclu dans son avis n° [05-A-03](#) du 31 janvier 2005 que ce marché 12 bis constituait bien un marché pertinent au sens de la régulation *ex ante* et que France Télécom était dominant sur ce marché.
8. Le Conseil avait, cependant, estimé que l'horizon temporel fixé à un an pour la régulation de ce marché ne lui apparaissait pas justifié. Le Conseil avait relevé que « *compte tenu des problèmes de concurrence identifiés sur le marché de gros de l'accès large bande livrés en un point national dans l'analyse ci-dessus, la fixation d'un délai de douze mois, au terme duquel l'ART se propose de procéder à une nouvelle analyse de marché, exercice lourd et exigeant, semble de nature à nuire à la cohérence d'ensemble du dispositif de régulation, dont l'horizon est prévu pour trois ans* ». « *La limitation à douze mois de la validité de l'analyse de ce marché s'impose d'autant moins que l'article D. 302 du CPCE prévoit que « l'Autorité peut modifier, dans les conditions prévues par le présent code, les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché pertinent du secteur des communications électroniques, sans effectuer une nouvelle détermination des marchés pertinents »* ».
9. La Commission européenne, à laquelle le projet de décision de l'ARCEP n° 05-281 a été notifié le 27 juin 2005, tout en approuvant les mesures de régulation proposées notamment sur le marché 12 bis, a fait un certain nombre d'observations, sur le fondement de l'article 7 de la directive communautaire « *cadre* ». Dans sa lettre d'observations du 26 juillet 2006 (SG-Greffe (2005/0206)) transmise à l'ARCEP, la Commission indiquait : « *l'ARCEP justifie l'ensemble des obligations proposées essentiellement par référence à la réintégration de Wanadoo dans France Télécom et les questions transitoires, [souligné par la Commission] que cela soulève, principalement les possibles pratiques de ciseau tarifaire et le manque de transparence comptable interne* ». Elle ajoutait : « *Si prima facie, il ne peut être exclu que ces inquiétudes et leurs effets potentiels sur les opérateurs de réseau et les fournisseurs d'accès à Internet se matérialisent à court terme, la Commission considère, comme l'ARCEP le reconnaît dans sa notification, que quand les obligations sur le dégroupage et les produits d'accès large bande livrés au niveau régional seront proprement mis en œuvre et en particulier la séparation comptable, la régulation proposée* ».

par cette notification ne sera plus nécessaire ». La Commission concluait : « A cet égard, vu les incertitudes liées à l'évolution des conditions de marché au-delà des prochains douze mois et l'effet des remèdes amont une fois proprement mis en œuvre, la Commission invite l'ARCEP (i) à assurer la mise en œuvre complète et effective des obligations existantes sur le dégroupage et les produits d'accès large bande livrés au niveau régional aussitôt que possible ; (ii) à s'engager à revoir la présente analyse de marché dès que l'entrée en vigueur des remèdes cités ci-dessus en (i) est complètement assurée, et ce au plus tard, dans l'année qui suit l'adoption de la mesure finale résultant de cette notification, et (iii) de limiter en conséquence la validité des obligations proposées dans le présent projet de mesure ».

10. Conformément aux observations de la Commission, l'ARCEP a donc limité à l'horizon temporel d'un an à compter de sa notification le dispositif de régulation sur ce marché de gros imposé par sa décision n° 05-0281 du 28 juillet 2005. En conséquence, cette décision est devenue caduque le 23 septembre 2006.

II. Analyse

A. SUR LES OBJECTIFS DE LA RÉGULATION EX ANTE

11. Le projet de décision, soumis pour avis au Conseil par l'ARCEP, est le premier visant à ne pas reconduire un dispositif de régulation précédemment adopté dans le cadre du processus d'analyse des marchés de communications électroniques résultant des directives communautaires adoptées le 7 mars 2002 visées ci-dessus. Le projet de décision élaboré par l'ARCEP confirme ainsi dans son principe le caractère particulier et transitoire de la régulation dans le secteur des communications électroniques instituée par le nouveau cadre communautaire de 2002.
12. Cette régulation relève, en effet, du régime de l'exception par rapport au droit commun de la concurrence. Dans le premier avis rendu sur les analyses de marchés pertinents (avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004), le Conseil a noté que le rapprochement opéré entre le droit commun sectoriel et le droit de la concurrence par le nouveau cadre « *constitue une nouvelle étape dans un processus dont l'objectif de long terme doit rester la suppression de toute régulation ex ante. Dans la période intermédiaire (...), les nouvelles procédures mises en place devraient permettre de réserver une telle régulation aux situations dans lesquelles les obstacles à la concurrence seraient tels que le droit de la concurrence en lui-même, sans le recours à une régulation ex ante, ne serait pas suffisamment efficace* ».
13. Cette régulation n'a donc pas vocation à se maintenir au-delà de ce qui apparaît nécessaire. La prise en compte des évolutions constatées sur les marchés lors de leur réexamen régulier permet d'assurer l'adéquation entre les outils utilisés par le régulateur sectoriel et les problèmes de concurrence constatés auxquels ils doivent être strictement proportionnés. C'est ce qu'a souligné le Conseil dans son avis n° [06-A-11](#) du 20 juin 2006 : « *l'une des principales particularités du cadre normatif mis en place par les directives de 2002, par rapport au cadre précédent, réside dans son caractère à la fois non automatique et adapté aux circonstances du marché et à leur évolution, non seulement en ce qui concerne les obligations imposées aux opérateurs mais aussi en ce qui concerne le principe même d'une régulation ex ante sur ce marché* ».

14. En particulier, et contrairement à ce que suggèrent les observations faites par certains opérateurs sur le projet de décision de l'ARCEP, le maintien des obligations *ex ante* précédemment imposées n'a pas pour objet d'assurer le *statu quo* en ce qui concerne l'état du marché et de garantir aux acteurs économiques le même niveau de rentabilité que celui sur lequel ils ont fondé leurs prévisions au moment de leur entrée sur le marché. Son objet est d'assurer que *in fine* les consommateurs bénéficient des prix et des innovations que peut apporter un marché sur lequel la concurrence est effective, en créant les conditions favorables à l'éclosion de cette concurrence. Mais une concurrence effective ne se traduit vraisemblablement pas par une diminution des risques industriels et financiers des acteurs présents sur le marché, puisqu'elle favorise au contraire les initiatives commerciales et les innovations.
15. Certes, le rôle confié par le législateur à l'ARCEP, qui consiste notamment à « *veiller au développement de l'investissement efficace dans les infrastructures* » en application de l'article L. 32-1 du CPCE, justifie que le régulateur intervienne, lorsque cela est nécessaire, en orientant temporairement les conditions de marché pour favoriser l'émergence d'infrastructures de réseau et assurer ainsi une concurrence effective et pérenne sur l'ensemble des marchés de services de communications électroniques. Dans son avis n° [05-A-03](#) du 31 janvier 2005, le Conseil a constaté que « *la régulation ex ante peut permettre des objectifs plus larges que ceux recherchés par le droit de la concurrence. L'analyse des obstacles à la concurrence faite au niveau communautaire conclut ainsi que seule une concurrence suffisante entre les infrastructures peut permettre à terme, de garantir l'exercice d'une concurrence effective, la réglementation ex ante ayant pour objet à titre transitoire de permettre la concurrence entre les services et le choix du consommateur mais également de favoriser les investissements de développement des infrastructures concurrentes à celles de l'opérateur historique* ». Mais cet objectif peut être poursuivi sans pour autant que les opérateurs économiques puissent revendiquer le droit d'être protégés du risque inhérent à toute activité économique.

B. SUR L'ÉTAT DE LA CONCURRENCE CARACTÉRISANT LE MARCHÉ

16. A titre liminaire, le Conseil regrette que, compte tenu du calendrier écourté imposé par la Commission européenne pour le réexamen de la situation du marché 12 bis, celui-ci doive être conduit indépendamment, avant l'échéance de l'examen des autres marchés de gros de l'accès large bande (marchés 11 et 12), alors que le précédent avis du Conseil portait, de façon plus cohérente, sur l'ensemble de ces marchés. Dans son premier avis (avis n° [04-A-17](#)) sur les marchés pertinents daté du 14 octobre 2004, le Conseil avait insisté sur la nécessité d'assurer la cohérence de la régulation : « *S'agissant de la procédure elle-même, le Conseil observe que l'ensemble du secteur des télécommunications devant faire l'objet de plusieurs avis distincts, leur cohérence est absolument nécessaire. Le Conseil s'attachera à garder une vision d'ensemble seule en mesure d'analyser en cohérence les stratégies des acteurs du secteur, comme l'intégration verticale des activités ou l'offre d'une large gamme de services* ».
17. De fait, le projet de décision soumis par l'ARCEP illustre les limites d'une analyse morcelée des différents marchés alors que l'appréciation de la situation concurrentielle sur le marché 12 bis doit nécessairement tenir compte des liens de substituabilité entre les offres proposées sur ce marché et celles proposées sur les marchés 11 et 12, et donc de la situation de la concurrence sur ces marchés connexes. De même, devraient être analysées les implications de la coexistence entre les offres de gros encore régulées et celles dont il

est proposé d'abandonner la régulation, et ce alors même que les mesures de régulation prévues sur les marchés 11 et 12 n'ont pas encore toutes été mises en place de façon effective, la décision de l'ARCEP sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable de France Télécom n'étant pas encore adoptée. En effet, les marchés de la collecte régionale et du dégroupage continueront à être régulés, conformément au dispositif mis en place par l'ARCEP par ses décisions n° 05-0277, 05-0278 et 05-280 du 19 mai 2005 pour une durée de trois ans. L'ensemble des marchés du haut débit devra faire l'objet d'une nouvelle analyse complète dans environ 18 mois.

18. S'agissant des évolutions constatées depuis 18 mois sur l'ensemble des marchés de gros de l'accès large bande, l'ARCEP observe que les réseaux de collecte des opérateurs tiers se sont multipliés et densifiés, notamment aux points de collecte régionaux et dans les répartiteurs de France Télécom grâce au dégroupage de la boucle locale. Selon elle, ces déploiements permettent aujourd'hui aux opérateurs de réseaux de n'être plus captifs de l'offre de collecte nationale « *IP/ADSL* » de France Télécom, mais de construire pour des FAI tiers ou pour leurs propres filiales des offres de gros d'accès large bande appuyées uniquement sur les autres offres de gros de l'opérateur historique : dégroupage, accès régional en mode ATM ou accès régional en mode IP.
19. Par ailleurs, les fusions et rachats observés sur le marché de l'Internet haut débit depuis 2005 mettent en face de l'opérateur historique des opérateurs qui intègrent les activités d'opérateurs de réseaux et de fourniture de service haut débit. Cette intégration croissante des opérateurs concurrents semble rendre sans intérêt, pour eux, l'offre de gros de France Télécom sur le marché 12 bis. Les achats de prestations de collecte nationale que des tiers non intégrés pourraient continuer à effectuer auprès de France Télécom paraissent aujourd'hui réduits : après le rachat de Télé 2 par SFR, il ne reste qu'un fournisseur d'accès à Internet indépendant sur le marché, Club Internet (T-Online). Enfin, ces mouvements de concentration ont également eu pour effet d'accroître le poids des ensembles verticalement intégrés concurrents de France Télécom.
20. Cependant, ces concurrents objectent qu'une concurrence effective, adossée aux autres offres de gros de l'opérateur historique (dégroupage et offres d'accès régionales) n'est envisageable que pour des opérateurs totalisant 1 à 2 millions d'abonnés sur le marché de détail des services haut débit. En deçà de ce seuil, le coût des équipements de raccordement et le coût d'une connexion en mode ATM au niveau régional ne pourraient être rentabilisés, ce qui rendrait incontournable le recours à l'offre de collecte nationale de France Télécom pour les zones sur lesquelles la densité de population ne permet pas à ce jour de rentabiliser le dégroupage. Les concurrents exposent, en particulier, que les services de télévision sur ADSL, très consommateurs en bande passante, ne peuvent être rentabilisés s'ils sont adossés aux offres régionales de France Télécom.
21. L'ARCEP a confirmé en séance que, du fait de la dégressivité au volume de la structure tarifaire des offres régionales de France Télécom, la rentabilité pour les opérateurs concurrents d'une connexion au réseau de l'opérateur historique au niveau régional dépendait du nombre d'abonnés à servir sur le marché de détail. Elle a, toutefois, précisé que le seuil de rentabilité indiqué par les opérateurs (de 1 à 2 millions d'abonnés) était celui d'une connexion au réseau de France Télécom en mode ATM (option 3) et pouvait être significativement réduit en cas de connexion en mode IP (option 5 régionale). De fait, les opérateurs privilégient aujourd'hui la technologie IP à la technologie ATM, qui apparaît obsolète, et adoptent leurs réseaux en conséquence. Elle a aussi rappelé que France Télécom ne proposait pas non plus, à ce jour, d'offres ADSL incluant la télévision dans les zones non dégroupées et que cette question dépendait du développement de

technologies à venir. Enfin, elle a indiqué que l'Autorité prévoyait, avant la fin de l'année 2006, le lancement d'une concertation sur cette question de la structure comparée des tarifs des offres de gros du haut débit, et notamment de leur dégressivité en fonction du volume. Dès lors, il apparaît que la substituabilité des offres de gros régionales et de l'offre de collecte nationale de France Télécom pourrait encore rapidement progresser.

C. SUR LA CAPACITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE A RÉSOUDRE LES DÉFAILLANCES DU MARCHÉ

22. Le Conseil avait estimé, dans son avis n° [05-A-03](#) du 31 janvier 2005, que les risques d'atteinte à la concurrence sur ce marché lui paraissaient d'une nature telle que le droit commun de la concurrence ne pouvait suffire, en l'état, à y porter remède, notamment en raison des risques particuliers liés à la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom. Les évolutions constatées depuis lors sur les marchés du haut débit et exposées par l'ARCEP dans son projet d'avis conduisent aujourd'hui à relativiser ces risques.
23. En particulier, la capillarité croissante des réseaux concurrents limite les risques liés à la mise en place par l'opérateur historique d'une stratégie d'éviction des concurrents par des tarifs d'accès à son propre réseau trop élevés. Si l'opérateur historique tente, à l'inverse, d'évincer les opérateurs de réseaux concurrents par des tarifs trop bas sur le marché 12 bis, de nature à remettre en cause la rentabilité des investissements qu'ils ont réalisés afin de développer la capillarité de leur réseau du fait de l'effet de ciseau tarifaire ainsi provoqué avec les tarifs des offres de gros d'accès large bande délivrées en amont (dégrouper et accès régional), il convient de rappeler qu'il s'agit d'une pratique prohibée par le droit commun de la concurrence lorsqu'elle est mise en œuvre par une entreprise en position dominante. De façon plus générale, il convient de souligner que la mise en place par l'opérateur historique de pratiques tarifaires ou techniques de nature à évincer ses concurrents du fait du pouvoir de marché qu'il détient sur le marché concerné ou sur des marchés connexes reste prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce et par l'article 82 du traité de l'Union que le Conseil est chargé d'appliquer, indépendamment de la décision prise par l'ARCEP d'inscrire ou non le marché concerné sur la liste des marchés régulables.
24. Le Conseil note, cependant, que l'efficacité de sa propre action dépendra en grande partie de la mise en place effective des obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées de manière transversale à France Télécom au titre de la régulation des marchés qui ont été estimés pertinents au sens de la régulation.
25. Le Conseil a, dans de nombreux avis (cf. [rapport annuel](#) pour 2003) et notamment dans l'avis n° [04-A-21](#) du 28 octobre 2004 précité, souligné que, « *dans le cadre de l'ouverture à la concurrence de secteurs auparavant dominés par une entreprise en situation de monopole, la séparation comptable des différentes activités de ces entreprises constitue une condition nécessaire pour s'assurer que le jeu concurrentiel n'est pas faussé* ». Dans son avis à l'ARCEP n° [05-A-03](#) du 31 janvier 2005, le Conseil avait rappelé que « *la vérification de l'absence de discrimination dans l'accès et d'effet de ciseaux tarifaires nécessitera que soient identifiées les conditions des offres de gros et de détail de France Télécom qui permettront l'exercice d'une concurrence effective. Les obligations comptables qui seront imposées à France Télécom apparaissent nécessaires à cette identification* ».

26. Le Conseil souligne que la Commission elle-même, dans ses observations à l'ARCEP, tout en invitant l'ARCEP à limiter l'horizon temporel de sa régulation à un an, a rappelé la nécessité d'une mise en place effective de la séparation comptable : « *quand les obligations sur le dégroupage et les produits d'accès large bande livrés au niveau régional seront proprement mis en œuvre et en particulier la séparation comptable, la régulation proposée par cette notification ne sera plus nécessaire* ».
27. Cette séparation comptable est un outil transversal dont dispose le régulateur qui peut être imposé à une entreprise verticalement intégrée indépendamment du caractère régulable du marché. L'article 11 alinéa 1 de la directive « accès » précise que « *l'Autorité réglementaire peut [...] obliger une entreprise intégrée verticalement à rendre ses prix de gros et de transfert interne transparents, entre autre, pour garantir le respect de l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 10, ou en cas de nécessité, pour empêcher des subventions croisées abusives* ».
28. L'ARCEP a indiqué au Conseil qu'elle avait notifié, le 16 octobre 2006, à la Commission son projet de décision sur les obligations comptables de France Télécom. L'ARCEP indique elle-même dans la synthèse des réponses des acteurs à sa consultation publique sur le projet de décision portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable de France Télécom « *que s'il est vrai que le premier exercice complet de séparation comptable (reposant sur l'intégralité des protocoles tels qu'envisagés par le projet de décision) est prévu pour l'année 2007 (et par conséquent audité et disponible en 2008), le projet de décision prévoit explicitement des mesures transitoires pour les exercices comptables 2005 et 2006 : France Télécom devra réaliser un exercice de séparation comptable, soumis à audit mais non opposable. Pour l'année 2006, France Télécom devra réaliser un exercice de séparation comptable, audité et publié selon les dispositions du projet de décision, et conduit même si l'intégralité des protocoles d'approvisionnement n'est pas établie au préalable* ». Il faudra donc du temps pour constater la mise en œuvre effective de l'obligation de séparation comptable, considérée par la Commission comme un préalable à la levée de la régulation *ex ante* sur le marché 12 bis.
29. L'ARCEP a, cependant, confirmé au cours de la séance qu'elle sera toujours en mesure, dans l'attente de pouvoir disposer de comptes de France Télécom, complètement séparés et audités, selon les règles prévues, de donner au Conseil les éléments notamment de coûts nécessaires au contrôle du Conseil, dans le cadre de la procédure de consultation prévue à l'article L. 36-10 du CPCE.
30. Enfin, il convient de rappeler que si les conditions de concurrence sur le marché de la collecte nationale, en particulier, devaient évoluer significativement, justifiant une intervention du régulateur, ce dernier ne serait pas pour autant totalement démuné. Le nouveau cadre réglementaire applicable aux communications électroniques a en effet doté l'ARCEP, avec l'article L. 37-3 du CPCE, inséré par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, du pouvoir de prendre dans des circonstances exceptionnelles et sans définition préalable du marché, des mesures provisoires afin de préserver la concurrence et protéger les intérêts des utilisateurs : « *Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le ministre chargé des télécommunications électroniques ou l'Autorité de régulation des télécommunications considère qu'il est urgent d'agir, par dérogation aux procédures prévues aux deux alinéas précédents, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, ils peuvent adopter immédiatement des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée* ». L'article D. 306 du code des postes et des communications électroniques, issu du décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004, a fixé cette durée

maximum à 6 mois. Si les conditions énoncées par les textes sont remplies, une telle faculté peut être utilisée par l'ART à titre de sauvegarde. Les préoccupations des opérateurs alternatifs peuvent donc trouver là, également, un élément de réponse, certes limité et exceptionnel mais qui ne peut être exclu.

31. Sous les réserves et conditions énoncées plus haut, le Conseil de la concurrence émet donc un avis favorable au projet de décision que lui a transmis l'ARCEP et invite cette dernière à faire diligence pour que les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable de FT soient rapidement effectives. Par ailleurs, il convient de veiller à ce que, compte tenu de la non-reconduction des obligations imposées à France Télécom sur ce marché 12 bis, puissent être rapidement réexaminées pour être modifiées, en tenant compte de ces circonstances nouvelles, les obligations imposées à Neuf Cegetel par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie dans sa lettre du 12 août 2005, publiée le 27 février 2006, autorisant la concentration entre les sociétés Neuf Télécom et Cegetel.

Délibéré sur le rapport oral de M. Poulain, par M. Lasserre, président, Mme Aubert, M. Nasse et Mme Perrot, vice-présidents.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

Le président,
Bruno Lasserre