



on est fait pour
être ensemble



Evolution du contrôle tarifaire cuivre pour 2022 et 2023

Consultation publique

Réponse à la consultation publique du 7 février 2022

Version publique



1. Synthèse de la réponse

Le changement de méthode de régulation implique le respect d'obligations de procédures substantielles lesquelles devraient conduire l'Arcep, si elle maintenait son projet, à saisir, en plus de la Commission européenne, l'Autorité de la concurrence pour avis.

La Substituabilité cuivre/fibre est très imparfaite et n'est pas démontrée pour une nette catégorie des consommateurs, soit peu technophiles, soit déjà bien servis en ADSL, ou ayant préalablement eu une mauvaise expérience (échec de raccordement par exemple) ou encore ne voulant pas de travaux chez eux. La hausse du tarif du dégroupage ne constitue donc pas l'outil pertinent pour accélérer la migration des abonnés au cuivre sur les réseaux fibre. Bien au contraire ce changement de méthode tarifaire serait injustifié, disproportionné, contraire aux principes de prévisibilité et de stabilité réglementaire et emporterait de nombreux biais concurrentiels.

En outre, la viscosité du marché de la migration du cuivre vers la fibre ci-avant exposée concrétise le risque de rente supplémentaire au profit d'Orange que soulève le projet de hausse de l'Autorité et qu'avait déjà pointé en son temps l'ADLC dans l'avis qu'elle avait rendu en 2020, alors même que le réseau cuivre constitue déjà une rente confortable pour Orange et ce jusqu'à son extinction.



Table des matières

1. Synthèse de la réponse	2
2. Le changement de méthode de régulation implique le respect d'obligations procédurales substantielles	4
3. La hausse du tarif du dégroupage ne constitue pas l'outil pertinent pour accélérer la migration des abonnés au cuivre sur les réseaux fibre	6
3.1 Cette inertie s'explique par des freins multiples	7
3.2 Une part non négligeable des clients s'accroche durablement au cuivre	8
4. Un changement de méthode tarifaire injustifié et disproportionné	10
5. Cette « viscosité » concrétise le risque de rente pointé par l'ADLC	13
5.1 La hausse tarifaire envisagée par l'Arcep constituerait une rente supplémentaire pour Orange	13
5.2 Cette rente créera des distorsions de concurrence majeures	13
5.3 Seule la fermeture technique est incitative à la migration	14
6. La prise en charge des surcoûts de démantèlement du réseau cuivre d'orange est prohibée par le droit de la concurrence	15
7. Le réseau cuivre constitue déjà une rente pour Orange	17

2. Le changement de méthode de régulation implique le respect d'obligations procédurales substantielles

Le passage d'un tarif orienté vers les coûts, calculés selon la méthode dite BLOM, à un remède de non-excessivité constitue un changement profond de méthode de régulation. L'introduction d'un nouveau remède tarifaire modifiera substantiellement les décisions des marchés 3a et 3b qui imposent aujourd'hui à Orange de « **pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants** »¹. Or il n'est pas concevable que la méthode de régulation soit modifiée sans avoir procédé au préalable à une analyse de marché en bonne et due forme, ainsi que l'exigent les dispositions combinées du III de l'article L. 38, ainsi que des articles L. 37-1 et D. 301 du code des postes et des communications électroniques. Ce qui implique notamment une saisine de l'Autorité de la concurrence et une notification à la Commission européenne. Le non-respect de ces obligations procédurales constitue un vice substantiel, de nature à entraîner l'annulation des actes en cause (CE, 19 juin 2009, *Association des renseignements pour tous*, n° 310453, T. p. 872 ; 31 décembre 2020, *TowerCast*, n° 444751, aux Tables).

En tout état de cause, la modification de la décision n° 2020-1446 du 15 décembre 2020 implique le respect **du principe de parallélisme des procédures**².

Au surplus, la procédure en cause tend à se confondre avec une procédure d'engagements, sans en respecter davantage le formalisme.

En effet, dans sa décision n° 2020-1448, l'ARCEP a lié la présentation par Orange de son plan de fermeture et l'activation de la clause de révision tarifaire. La consultation publique engagée confirme cette orientation.

Plus précisément, et selon les motifs de la consultation publique sur le projet de plan de fermeture du réseau de la boucle locale cuivre d'Orange, la publication du plan de fermeture d'Orange aurait nécessairement des « *implications* » en matière de régulation tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre.

Ainsi, Bouygues Telecom comprend que l'Arcep entend, sans le dire explicitement, faire usage de la nouvelle procédure d'engagements prévue par l'article L. 38-1-1 du CPCE.

Ces dispositions permettent à un opérateur détenant une puissance significative de marché de prendre des engagements qui, dans l'hypothèse où ils sont acceptés (en tout ou partie) par l'Arcep, pourrait justifier de limiter le nombre des obligations imposées à cet opérateur sur le fondement des articles L. 37-2 et L.3 8 du CPCE. Au cas présent, les prétendues « *garanties* » présentées par Orange dans son plan de fermeture « *quant à la rapidité de la transition entre cuivre et fibre* » peuvent être regardées, en substance, comme des « *engagements* » au sens du nouvel article L. 38-1-1 du CPCE.

¹ Voir l'article 44 de la décision n° 2020-1446 du 15 décembre 2020 d'analyse du marché 3a et l'article 28 de la décision n° 2020-1447 du 15 décembre 2020 d'analyse du marché 3b.

² Il s'agit là d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, voir en ce sens : CE, 28 avril 1967, *Féd. nat. des syndicats pharmaceutiques*, req. n°65471 ; CE, 18 février 1994, *G...*, req. n°112587.



Une telle assimilation doit conduire l'Arcep à communiquer aux opérateurs ses conclusions préliminaires sur le fait de savoir si les « garanties » (c'est-à-dire, les « engagements ») d'Orange respectent les objectifs, les critères et les procédures énoncés à l'article L. 38-1-1 du CPCE³, ainsi que les conditions dans lesquelles le régulateur envisage de rendre ces engagements contraignants pour Orange.

La procédure d'engagements s'appliquant par ailleurs « *sans préjudice* » des procédures d'analyse de marchés fixes, il appartiendra à l'Arcep d'en apprécier les conséquences sur l'évolution des marchés 3a, 3b et 4, portant sur les obligations de l'opérateur détenant une puissance significative de marche (*i.e.* Orange).

Ainsi, la modification envisagée du remède tarifaire devra conduire l'Arcep à saisir, en plus de la Commission européenne⁴, l'Autorité de la concurrence pour avis dans le respect des procédures prévues à l'article D. 301 du CPCE.

³ Mais aussi, selon les cas, aux articles L. 38, L. 38-2-1, L. 38-2-2 du CPCE.

⁴ Soulignons que la Commission européenne a précisé que toute modification éventuelle des prix au cours du cycle 2021-2023, devra « ***faire l'objet d'une notification à la Commission et être justifiée par une analyse complète des coûts sous-jacents et de l'incidence de ce changement sur les conditions de concurrence*** » décision de la Commission du 26 mai 2011, FR/2011/1213-1214, p. 8.



3. La hausse du tarif du dégroupage ne constitue pas l'outil pertinent pour accélérer la migration des abonnés au cuivre sur les réseaux fibre

Le changement de méthode de régulation tarifaire n'est pas l'outil pertinent pour accélérer la migration.

La migration répond en effet à l'intérêt naturel des opérateurs commerciaux dès lors que la fibre est disponible sur un territoire donné. La difficulté tient à ce que les obstacles à la migration, indépendants des tarifs de détail, demeurent, en dépit des efforts commerciaux des opérateurs.

Tout d'abord, il convient de rappeler que la fibre est un chantier sans commune mesure avec celui du réseau cuivre, qui s'est déroulé sur plus de cinquante ans : en deux ans, près de 12 millions de locaux sont devenus raccordables et 7 millions de foyers supplémentaires ont souscrit à la fibre. La France se situe dans le peloton de tête en Europe ; nous sommes le pays qui a le plus déployé en 2021 et sommes très en avance notamment sur l'Allemagne et le Royaume-Uni. **Cette réussite a été rendue possible par les investissements colossaux consentis par le secteur public et la communauté opérateurs.**

Cette dynamique remarquable s'inscrit dans le plan France Très Haut Débit qui vise la généralisation de la fibre en 2025. En conséquence, **l'Idate estime qu'en 2026 la France sera à la tête du continent européen en termes de nombre d'abonnés.**

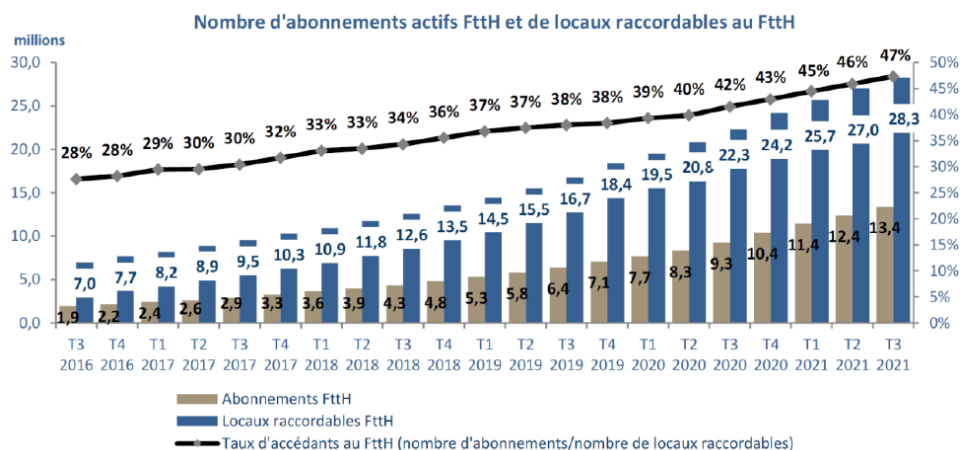
Bouygues Telecom s'inscrit pleinement dans cette évolution. A ce titre, nous cessons la commercialisation des offres cuivre grand public dès lors que la fibre est disponible et menons une politique volontariste de migration de nos clients cuivre vers la fibre. Ces actions concrètes **permettent à Bouygues Telecom d'afficher un parc Fixe majoritairement fibré ([...] % à fin 2021) et de viser une croissance de [...] millions de clients fibre** entre 2020 et 2026.

Cependant, **cette dynamique positive ne doit pas occulter l'inertie de certains clients cuivre qui ne veulent pas, ou ne peuvent pas, migrer vers la fibre.**

Les foyers Français peuvent être classés en 2 macro-catégories :

1. **Les foyers les plus équipés et les plus technophiles**, qui présentent une appétence pour l'augmentation en débit et anticipent nettement les avantages de la fibre. Cette population plus technophile existe déjà dans la population générale et en représente une part importante.
2. **Les foyers moins équipés et moins technophiles**, qui sont en revanche peu sensibles à l'augmentation des débits et se contenteront au moins pour un temps des débits permis par le cuivre. Ces clients, qui utilisent des services plus basiques peuvent même avoir uniquement besoin d'un service téléphonique et d'un service d'accès à Internet relativement basique. Ils pourront par conséquent toujours être satisfaits par les offres sur paire de cuivre.

Si la première population, qui représente une part importante des foyers, porte la croissance rapide pointée par l'Arcep dans le graphique ci-dessous, la seconde justifie le décalage persistant observé entre la disponibilité de la fibre et la première souscription :



3.1 Cette inertie s'explique par des freins multiples

Le graphique ci-dessous présente la cinématique moyenne sur 24 mois de la migration du cuivre vers la fibre relevée sur quatre cohortes de clients de Bouygues Telecom rendus éligibles à la fibre en mai 2019, septembre 2019, janvier 2020 et mai 2020.

[...]

Bouygues Telecom s'est intéressée aux clients cuivre n'ayant pas encore migré alors que la fibre est présente à leur domicile depuis 2 ans au moins. **Cette analyse fait émerger trois freins majeurs à la migration vers la fibre :**

[...]

Environ [...] des clients ne sont pas joignables malgré les relances régulières, via différents canaux, de Bouygues Telecom et [...] refusent les travaux en raison des coûts restant à leur charge en domaine privé ou d'un échec de raccordement survenu dans le passé. **Plus préoccupant encore dans un contexte de fermeture du cuivre, [...] des clients résiduels affichent un désintérêt pour la fibre.** Les autres causes de refus trouvent leur origine dans la perspective prochaine d'un déménagement, l'envie exprimée de changer d'opérateur, le refus de changer ses équipements terminaux box et set-top-box ou le besoin d'un délai supplémentaire de réflexion.

Cette analyse confirme qu'une **part non négligeable des foyers français, davantage sensibles aux switching costs induits par le changement d'accès, se contenteront au moins pour un temps des débits permis par le cuivre.** Ces clients, qui utilisent des services plus basiques peuvent même avoir uniquement besoin d'un service téléphonique et d'un service d'accès à Internet relativement simple. Ils pourront par conséquent toujours être satisfaits par les offres sur paire de cuivre.

Il est particulièrement intéressant de dresser un portrait type des clients cuivre n'ayant pas migré plus de trois ans après l'arrivée de la fibre. Les analyses menées par Bouygues Telecom sur cette population révèlent que, [...]



3.2 Une part non négligeable des clients s'accroche durablement au cuivre

L'analyse des freins à la migration développée précédemment souligne, si besoin était, que **les opérateurs ne maîtrisent pas nécessairement le rythme de migration de leurs clients** et qu'une part non négligeable d'entre eux ne migre pas vers la fibre.

Il pourrait être imaginé que les freins à la migration se réduisent dans le temps alors que la fibre devient la technologie de référence : ce postulat n'est pas vérifié. Le graphique ci-dessous présente la décroissance sur 33 mois de quatre cohortes de clients cuivre de Bouygues Telecom à partir de la date d'éligibilité de la fibre à leur domicile :

- Clients Xdsl rendus éligibles à la fibre au cours du mois de mai 2019 [...]
- Clients Xdsl rendus éligibles à la fibre au cours du mois de septembre 2019 [...]
- Clients Xdsl rendus éligibles à la fibre au cours du mois de janvier 2020 [...]
- Clients Xdsl rendus éligibles à la fibre au cours du mois de mai 2020 [...]

[...]

Quelles que soient les cohortes considérées, celles-ci montrent une décroissance rapide dans les premiers mois, portée par les clients technophiles, **qui tend à s'infléchir aux alentours de [...] de clients cuivre résiduels [...] ans après l'arrivée de la fibre** alors que les clients moins technophiles et plus âgés deviennent majoritaires. Ce graphique illustre le fait que sur une plus longue période il existe un socle d'environ [...] de clients réticents au changement technologique pour lesquels la conversion à la fibre se poursuit mais d'une manière extrêmement lente et au moyen d'efforts commerciaux extrêmement importants de la part des opérateurs commerciaux.

En tout état de cause, il apparaît prématuré d'envisager un passage d'une régulation BLOM à une régulation de non-excessivité car la période temporelle pendant laquelle s'effectue la migration complète du cuivre vers la fibre demeure très importante.

Il résulte de tout ce qui précède que seules les améliorations proposées par Bouygues Telecom au projet de plan de fermeture du réseau cuivre d'Orange sont de nature à favoriser davantage de migration. Et certainement pas une hausse du tarif de dégroupage.

A contrario la remise en cause du mode STOC, ainsi qu'un encadrement trop strict des systèmes d'appels automatisés joueraient en sens inverse en freinant drastiquement le rythme des migrations et en amplifiant le phénomène ci-avant exposé.

L'hypothèse sous-jacente nécessaire et implicite tient en outre à une répercussion du tarif de gros sur le tarif de détail. Or il est fort probable qu'Orange ne la pratiquera pas, pour conserver un avantage concurrentiel, d'autant qu'elle bénéficiera d'une « rente temporaire », selon l'expression de l'Autorité de la concurrence.

Dans son avis en date du 15 septembre 2020, l'Autorité soulignait l'existence d'aléas liés à la réticence de certains clients face à la fibre, craignant ainsi la création d'une « *rente temporaire au profit d'Orange* » (§172) en cas de hausse du tarif du dégroupage du cuivre.



Elle relevait que « *tant que les accès cuivre actuellement en service demeuraient actifs, les opérateurs alternatifs ne pouvaient pas nécessairement maîtriser le rythme de bascule de leurs clients, dont certains se montrent réticents face aux travaux d’installation de la fibre. Il convient dès lors d’analyser plus finement les raisons pour lesquelles l’offre et la demande des marchés de détails ne basculent pas vers la fibre dans certains cas. En particulier, il se peut qu’une frange de clients préfèrent le cuivre ou refusent une migration pour des raisons non tarifaires. L’existence de tels aléas peut donc laisser craindre, en cas de hausse du tarif cuivre, la création d’une rente temporaire au profit d’Orange.* »

Une telle rente créera inévitablement des distorsions de concurrence entre Orange et les autres opérateurs, en totale contradiction avec les objectifs de promotion de l’investissement et de l’innovation dans la fibre optique et de promotion de la concurrence et du bien-être du consommateur censés être protégés par le régulateur.

Ainsi, il est peu probable, à supposer que les opérateurs décident de répercuter la hausse sur le tarif de détail, que celle-ci ait une incidence notable sur la migration compte tenu de la nature des freins déjà exposés. Dans cette hypothèse, une répercussion de la hausse des prix de gros sur les prix de détail aurait pour conséquence une dégradation de l’image des opérateurs commerciaux auprès de leur client final tout en maximisant la rente de l’opérateur historique.

Si, au contraire, ils ne répercutent pas cette hausse sur les tarifs de détails, l’effet anti-concurrentiel est très clair et net au détriment des concurrents d’Orange, et il est évident que cela ne modifiera en rien le comportement des consommateurs.

Il est donc fort étonnant que le seul motif avancé à ce jour par l’Arcep pour augmenter le tarif de dégroupage soit l’accélération de la migration.

A moins que cette accélération de la migration soit entendue exclusivement comme un transfert financier à Orange. Quand bien même elle bénéficierait de cette « rente temporaire », on ne voit davantage guère pourquoi, en l’absence de tout plan convaincant de fermeture technique du cuivre, cela améliorerait son efficacité opérationnelle ou la qualité du plan de fermeture.



4. Un changement de méthode tarifaire injustifié et disproportionné

La modification du remède tarifaire irait à l'encontre du **principe de prévisibilité réglementaire** et de la nécessité de « *garantir la **stabilité** sans variations significatives* »⁵ lorsque l'Arcep fixe une obligation de contrôle tarifaire :

- **Tout d'abord**, la Commission européenne considère que des tarifs d'accès ne sont pas stables et prévisibles lorsqu'ils « *fluctue[nt] significativement sur la période de référence pertinente* »⁶.

Or, il est constant que le passage d'une tarification orientée vers les coûts par une tarification de « non-excessivité » conduira mécaniquement à une augmentation significative du tarif mensuel de dégroupage.

Ce remède conduit en outre à des évolutions indéterminables dans leur ampleur et leur champ d'application géographique.

La notion de prix excessif est une notion connue du droit de la concurrence qui sanctionne le fait pour une entreprise dominante de pratiquer des prix « *inéquitables* » ou « *excessifs* ».

Ni la jurisprudence ni la pratique décisionnelle des autorités de concurrence ne définissent de seuil minimal pour que l'écart soit considéré comme excessif mais cet écart doit avoir une certaine importance (être « *sensible* »)⁷.

La constatation de prix excessifs et leur sanction est extrêmement exceptionnelle. Il suffit pour cela d'observer la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. En France, seuls **trois cas** ont été sanctionnés (dont deux ont été annulés en appel)⁸, et au niveau européen, quatre cas ont été condamnés (dont deux annulés en appel)⁹, mais ils sont assez anciens.

⁵ Recommandation de la Commission 2013/466 du 11 septembre 2013 sur la non-discrimination et les méthodes de coûts, considérant 46.

⁶ Recommandation de la Commission 2013/466 du 11 septembre 2013 sur la non-discrimination et les méthodes de coûts, considérant 46.

⁷ A titre d'illustration, une marge commerciale de 56% semble ne pas avoir été jugée « excessive » par l'Arcep : décision Arcep, n° 2015-0971 RDPI du 28 juillet 2015 ; Cour d'appel de Paris, 29 juin 2017, RG n° 15/17204 : « *En outre, ainsi que le relève la décision attaquée, d'une part, le tarif régulé de l'offre X a été calculé de façon à laisser à la société Orange une **marge dont le niveau de 56 % avancé par les sociétés Free n'a pas été démenti**, et, de surcroît, ce tarif ne repose pas sur les coûts sous-jacents, mais est seulement soumis à une obligation de non-excessivité* ».

⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 *relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM* ; décision n° 18-D-17 du 20 septembre 2018 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse* (annulée en appel, annulation confirmée par la Cour de cassation) ; Autorité de la concurrence polynésienne, décision n° 2019-PAC-01 du 22 août 2019 *relative à des pratiques du groupe Wane mises en œuvre dans la commercialisation de boissons* (annulée).

⁹ CJUE, 13 novembre 1975, *General Motors/Commission*, 26-75, EU:C:1975:150 (annulation de la décision de la Commission) ; CJUE, *United Brands/Commission*, précité (annulation de la décision de Commission) ; CJUE, *British*



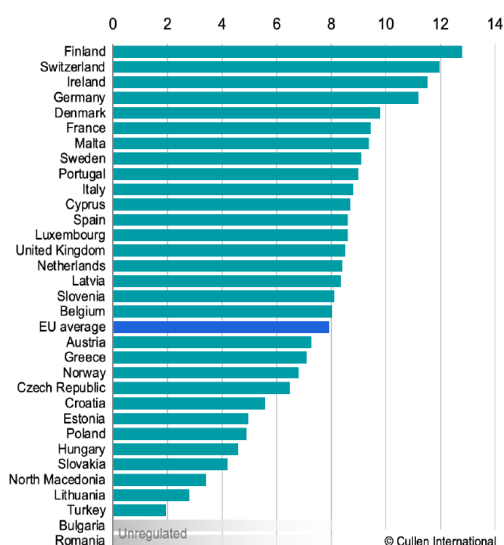
Ainsi, en se limitant à une simple obligation de non-excessivité du prix, telle qu'envisagée par l'Arcep pour l'accès à la boucle d'Orange, il en résulterait des conséquences particulièrement néfastes car elle permettrait à Orange, si l'on se fonde sur les standards de prix excessifs dégagés par les autorités de concurrence, de déterminer le tarif d'accès à des niveaux très élevés, sans pour autant que celui-ci soit qualifiable d'excessif.

Cela aurait finalement pour effet de **mener progressivement à un abandon total de la régulation** pour l'accès à une infrastructure pourtant toujours en situation de monopole.

Ainsi, contrairement à une tarification orientée vers les coûts, le principe de non-excessivité laisse une bien plus grande marge de manœuvre à l'opérateur historique ce qui est de nature à accroître l'instabilité des tarifs et à réduire ce faisant leur prévisibilité pour les concurrents qui en dépendent. Ceci engendre un niveau d'**insécurité juridique élevé pour les concurrents d'Orange, au détriment des consommateurs.**

Quand bien même l'Arcep déciderait d'encadrer cette hausse cela ne changerait rien à l'affaire. Nous considérons quoi qu'il en soit toute hausse comme non fondée dans la mesure où la substituabilité cuivre/fibre n'est pas établie car une part non négligeable des clients « s'accroche » à l'infrastructure cuivre. Orange est donc bien toujours en monopole, aucune obligation ne pouvant donc être levée.

- En outre, au regard des comparaisons internationales, étalon pertinent pour apprécier l'excessivité des tarifs, le tarif français est déjà d'un niveau de 25% supérieur au tarif moyen.



Leyland, aff. 226/84, EU:C:1986:421 ; Commission européenne, 25 juillet 2001, Affaire 36.915 — *Deutsche Post AG* — *Interception de courrier transfrontière*.



- A cela s'ajoute que la quasi-exclusivité des pays membres de l'Union européenne a un tarif de dégroupage orienté vers les coûts : le rapport du BEREC (Regulatory Accounting in Practice 2021), basé sur les déclarations des 28 régulateurs européens, confirme que 24 pays sur les 28 connaissent aujourd'hui un tarif orienté vers les coûts.
- **Ensuite**, nous nous étonnons du revirement soudain de paradigme envisagé par l'Arcep concernant le changement de remède tarifaire.

En effet, l'analyse des affaires dans lesquelles une obligation de non-excessivité du tarif a pu être admise est limitée à des cas très spécifiques liés à une **asymétrie du développement de la concurrence** sur un marché ou à **l'existence d'infrastructures non-réplicables**, ceci afin d'éviter que l'exploitant de ces infrastructures (ou le prestataire de services) ne puisse bénéficier d'une rente sur les services où il n'existe pas de concurrence¹⁰.

Un tel changement de paradigme dans l'analyse de l'Arcep apparaît contraire au principe de sécurité juridique.

- **Enfin**, la proposition envisagée visant à remplacer la tarification orientée vers les coûts par une tarification, plus souple, fondée sur un principe de « non-excessivité » revient *mutatis mutandis* à changer la méthode de calcul des coûts pendant le cycle d'analyse de marché, qui devait prendre fin en décembre 2023.

Il résulte de ce qui précède que toute modification du remède tarifaire serait contraire aux principes de prévisibilité et de stabilité réglementaire.

¹⁰ Voir Autorité de la concurrence, Avis n° 15-A-10 du 24 juillet 2015 *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels*. Voir aussi, Autorité de la concurrence, Avis n° 12-A-13 du 8 juin 2012 *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels*, point 90 ; Autorité de la concurrence, Avis n° 11-A-07 du 27 mai 2011 *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur un projet d'analyse des marchés de la téléphonie fixe*.



5. Cette « viscosité » concrétise le risque de rente pointé par l'ADLC

5.1 La hausse tarifaire envisagée par l'Arcep constituerait une rente supplémentaire pour Orange

Bouygues Telecom s'étonne à nouveau que l'Arcep fasse fi de l'avis de l'Autorité de la concurrence alors qu'il a été démontré que les craintes exprimées par l'Autorité sont indéniablement fondées.

Cette posture est d'autant plus préoccupante que l'Arcep indique clairement sa préférence pour une hausse non lissée s'appliquant dès 2022. **Cette option est la plus pénalisante car elle maximise les risques juridiques et concurrentiels susmentionnés en plus de revêtir un caractère manifestement punitif pour les opérateurs alternatifs en ne tenant pas compte de la viscosité du marché.**

Par ailleurs, **l'Arcep semble occulter les hausses tarifaires récemment décidées par l'Autorité au profit d'Orange**, en particulier celles de début 2021 de 0,19€ sur le tarif du mensuel du dégroupage et de 20€ sur les frais d'accès au service, **et celles à venir du fait des effets de bord induits par la fermeture du cuivre sur l'IFER cuivre**. Sur ce dernier point, les fermetures techniques cuivre impliqueront que les clients aujourd'hui réfractaires seront résiliés ou migrés vers la fibre. Or, les lignes fibre faisant l'objet d'une exemption de l'IFER durant les premières années, cela conduira à une hausse de l'IFER pour les lignes cuivre encore actives et donc à une hausse tarifaire pour les opérateurs commerciaux. **Ces hausses tarifaires multiples sont particulièrement discutables au regard d'un réseau amorti depuis des années et dont la qualité est dégradée**, comme en atteste la mise en demeure¹¹ de l'Arcep.

5.2 Cette rente créera des distorsions de concurrence majeures

Une telle rente créera inévitablement des distorsions de concurrence majeures entre Orange et les autres opérateurs alternatifs. De plus, **ces derniers seront placés face à un dilemme insoluble dont seul Orange bénéficiera.**

Si les opérateurs commerciaux répercutent la hausse tarifaire sur leurs clients

Si l'objectif visé par l'Arcep était *in fine* une augmentation des tarifs de détail réglés par les clients finaux afin de les inciter à migrer vers la fibre, alors cette méthode présenterait d'importants **biais concurrentiels**.

En répercutant la hausse tarifaire sur leurs clients les opérateurs commerciaux subiraient un désavantage concurrentiel ainsi qu'une dégradation d'image durable, tant sur le cuivre que sur la fibre au bénéfice d'Orange.

¹¹ Décision n°2018-1596-RDPI de l'Arcep en date du 18 décembre 2018 portant mise en demeure de la société Orange de se conformer à ses obligations concernant la qualité de service de ses offres de gros activées sur le marché de gros à destination des entreprises et ses offres de gros d'accès généraliste à la boucle locale cuivre.



De plus, Orange pourrait choisir de ne pas répercuter cette hausse, sans impact pour sa rentabilité car ce « geste commercial » serait compensé par les revenus supplémentaires versés par ses opérateurs alternatifs : cela reviendrait à faire subventionner les clients d'Orange par ses concurrents.

Si les opérateurs commerciaux ne répercutent pas la hausse sur leurs clients

En cas de hausse des tarifs de gros cuivre sans répercussion sur les clients, les consommateurs les plus réticents au changement généreront de fait un surcoût notable aux concurrents d'Orange en restant clients des offres DSL, alors que l'évolution sera neutre ou quasiment neutre pour Orange :

- pour un volume de demande donné, Orange étant un opérateur verticalement intégré et détenant l'infrastructure cuivre, une augmentation du tarif de gros de dégroupage sera neutre sur les revenus de l'opérateur commercial Orange, tandis que ses revenus de gros augmenteront ;
- a contrario, un opérateur tiers tel que Bouygues Telecom subira un surcoût,

Une augmentation des tarifs de gros du cuivre entraînerait donc une distorsion de concurrence entre l'opérateur verticalement intégré en monopole sur le cuivre (Orange) et les opérateurs tiers.

5.3 Seule la fermeture technique est incitative à la migration

Une telle distorsion de concurrence n'existerait en revanche pas si au lieu d'utiliser, en vain, le levier tarifaire pour inciter les consommateurs à quitter le cuivre, cette migration était simplement induite par la perspective de la fermeture technique effective du cuivre.

Cette option est d'ailleurs celle qui a été retenue pour d'autres migrations technologiques, comme par exemple le passage de la diffusion analogique au numérique (TNT) de la diffusion hertzienne de la télévision : à une date annoncée longtemps à l'avance le service basé sur l'ancienne technologie a simplement été coupé, les consommateurs étant prévenus du changement d'équipements à opérer et accompagnés dans cette transition via la diffusion d'informations et autres facilités.

6. La prise en charge des surcoûts de démantèlement du réseau cuivre d'orange est prohibée par le droit de la concurrence

De nombreux avis ou décisions des autorités de régulation, de concurrence ou des juridictions permettent de souligner de diverses manières les risques qui seraient attachés à une régulation tarifaire qui aurait pour effet de permettre de couvrir de manière excessive certains coûts liés au monopole détenu par l'opérateur.

Tel est notamment le cas de réglementations qui permettraient ou envisageraient de permettre de couvrir certains coûts liés spécifiquement et uniquement au statut d'opérateur historique et ainsi d'augmenter sensiblement le tarif d'accès à une infrastructure.

Dans ce sens, l'Autorité de la concurrence a pu considérer, dans un avis relatif au système de péréquation entre coopératives de messageries de presse¹², que **"la prise en charge des surcoûts historiques d'une entreprise par son principal concurrent aurait des conséquences très négatives"**, et qu'en particulier, **"la prise en charge de ses surcoûts salariaux et de gestion, justifiés ou non, ne l'inciterait pas à l'efficacité" mais "plutôt à maintenir la situation actuelle et à repousser les réformes nécessaires afin de devenir plus efficace"**. A l'inverse, **les autres entreprises verraient "leurs charges alourdies de façon considérable pour des raisons qui ne [leur] sont pas imputables"** et au final **"le signal envoyé au marché et de façon générale aux anciens monopoleurs serait néfaste puisqu'il enlèverait toute incitation à réduire les coûts de fonctionnement des entreprises, puisque ceux-ci seraient pris en charge par les nouveaux opérateurs"**¹³.

Les affaires d'aides d'Etat relatives aux retraites de France Télécom (ou d'autres opérateurs historiques) devant la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la "**Cour**"), permettent également d'illustrer cette problématique. Dans cette affaire, la Cour avait en effet considéré que le régime des retraites des fonctionnaires de France Telecom venait grever le budget de l'Etat dans des conditions excédant celles du marché et constituait ainsi un avantage au sens des dispositions sur les aides d'Etat prévues à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁴.

Dans le même sens, l'Autorité de la concurrence a pu souligner, notamment dans un avis relatif aux installations de gaz naturel liquéfié que **des provisions exceptionnelles qui ne seraient pas représentatives d'une activité normale**, constituent une contrepartie de la rémunération perçue par les actionnaires de l'entreprise et **ne peuvent pas, en conséquence, être imputées aux charges éligibles prise en compte dans le tarif considéré**¹⁵.

De manière plus générale, l'Autorité de la concurrence a rappelé à plusieurs reprises, et notamment dans un avis de 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien

¹² Autorité de la concurrence, Avis n° 12-A-25 du 21 décembre 2012 relatif à la prise en compte des surcoûts dits historiques dans le système de péréquation entre coopératives de messageries de presse.

¹³ *Ibid.*, points 46 à 49.

¹⁴ CJUE, 26 octobre 2016, Orange contre Commission, C-211/15, EU:C:2016:798, points 25 à 30.

¹⁵ Conseil de la concurrence, Avis n° 05-A-11 du 17 juin 2005 relatif au projet de décret sur les tarifs des installations de gaz naturel liquéfié, point 11.



de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français¹⁶, **qu'un système de financement des charges liées à l'exploitation d'une infrastructure qui favoriserait la hausse des redevances** ou la réduction des dépenses d'investissements des exploitants dans ces infrastructures aéroportuaires, et qui impliquerait par ailleurs un manque de transparence des coûts pris en charge, **est susceptible de favoriser la constitution d'une rente de monopole au profit de l'exploitant.**

¹⁶ Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français, points 122 à 126 et 150 à 151. Voir aussi, Autorité de la concurrence, Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires ; Conseil de la concurrence, Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes.



7. Le réseau cuivre constitue déjà une rente pour Orange

La hausse du tarif du cuivre envisagée par l'Arcep est injustifiée et dangereuse pour la concurrence. De plus, il convient de souligner que selon une étude TERA pour Bouygues Telecom d'avril 2021, **Orange a perçu une rente de [...] Md€ sur la période 1997-2030 au titre de son réseau cuivre et qu'il sera bénéficiaire jusqu'à 2030, même sans hausse tarifaire :**

Cette hausse se justifie d'autant moins que le réseau cuivre d'Orange est largement amorti et qu'il sera bénéficiaire jusqu'à 2030 même sans hausse tarifaire.

La « rente du cuivre » sur la période 1997-2030 peut être définie comme la différence entre les flux de trésorerie générés cumulés et la valeur nette comptable des actifs qu'il restait à amortir en début de période :

- *La boucle locale cuivre a rapporté à Orange plus de [...] Md€ de flux de trésorerie entre 1997 et 2020.*
- *Compte tenu des projections de Tera Orange devrait encore dégager [...] Md€ sur la période 2021-2030 grâce à la boucle locale cuivre.*
- *Les [...] Md€ de VNC de 1996 représentent [...] Md€ actualisés en € 2021.*

Orange aura donc bénéficié d'une rente estimée à [...] Md€ sur la période 1997-2030 grâce à l'héritage de la boucle locale cuivre.

Dans une vision patrimoniale, il n'existe donc aucune justification aux demandes d'Orange de hausse des revenus de la boucle cuivre pour les dernières années.

Dans une vision à plus court terme de fin de vie, Orange devrait continuer à dégager plus d' [...] Md€ sur d'ici 2030 sur un actif déjà largement amorti. Il serait par ailleurs possible d'envisager à l'issue du cycle actuel une baisse du tarif du dégroupage de [...] % à [...] € tout en maintenant des flux de trésorerie cumulés positifs d'ici 2030.

Malgré les confortables excédents de trésorerie accumulés, Orange a progressivement laissé se dégrader le réseau cuivre, jusqu'à l'ouverture par l'Arcep en 2018 d'une enquête qui lui a permis de constater un certain nombre de manquements.

Compte tenu de la rente du cuivre accumulée par Orange il semble absurde de rattacher la dégradation observée à un manque de moyens. Il est par ailleurs difficile de comprendre en quoi l'accroissement de la rente du cuivre induite par la hausse du tarif de dégroupage réclamée par Orange inciterait l'opérateur historique à améliorer la qualité du réseau cuivre.

De l'aveu même des représentants du personnel d'Orange, la dégradation du réseau cuivre n'est en réalité que le reflet d'une organisation déficiente et d'une stratégie d'abandon délibérée :

Extraits du CR du Comité Central de l'Unité Économique et Sociale d'Orange, février 2017¹⁷

« L'articulation curatif-préventif ne fait pas l'objet de définitions de meilleurs pratiques ou de standards communs. D'où des situations de maîtrise de la BLC qui restent hétérogènes d'une DO à l'autre »

« Il faut constater le quasi-abandon du groupe sur l'entretien et la prévention de la BLC »

¹⁷ https://www.cfecgc-orange.org/documents/comites-groupe/ccues/cr_ccues_02_2017.pdf