

Réponse à la consultation de l'ARCEP sur l'évolution du contrôle tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2022 et 2023

A l'occasion des cycles d'analyse des marchés pour les années 2014 à 2017 puis 2017 à 2020, l'ARCEP avait annoncé les tarifs de la boucle locale cuivre dès le début du cycle. Cela avait permis de donner plus de visibilité aux opérateurs sur un de leurs postes de coûts les plus significatifs.

Comme SFR l'avait énoncé lors de sa réponse à la consultation publique de l'ARCEP relative à l'analyse de marché portant sur le cycle en cours, **une révision des tarifs complètement ad-hoc en cours de cycle violerait le principe de prévisibilité juridique.**

A cet égard, la migration du cuivre vers la fibre représente pour les opérateurs un défi opérationnel et financier que l'ARCEP se doit de ne pas sous-estimer mais au contraire d'accompagner. Les opérateurs doivent continuer à investir dans le déploiement du FttH, démultiplier leurs efforts commerciaux tout en subissant les choix d'Orange et la possible dégradation de la QoS du réseau cuivre. Ils ne peuvent pas subir en plus une révision des tarifs dès 2022 et 2023 qui n'est ni justifiée juridiquement, ni économiquement et, qui plus est, dans l'état de la consultation du régulateur n'apporte aucune indication sur les niveaux de hausse des tarifs envisagés. Les opérateurs ne peuvent dès lors ni estimer à quelle hauteur ils seront pénalisés, ni utilement s'exprimer.

SFR relève que toute décision de l'ARCEP qui validerait le principe d'une hausse tarifaire, méconnaîtrait les principes de prévisibilité juridique et de confiance légitime que les opérateurs sont en droit d'attendre.

- **La révision des tarifs en cours de cycle est totalement contraire à l'objectif de régulation qui doit veiller à donner de la visibilité aux opérateurs et un minimum de sécurité juridique.**

L'ARCEP écrivait elle-même dans sa décision n°20-1493 fixant les tarifs pour le cycle en cours que « ***l'objectif de l'encadrement tarifaire pluriannuel est d'offrir de la prévisibilité au secteur sur l'évolution des tarifs, conformément aux décisions d'analyses des marchés 3a et 3b et à la recommandation n° 2013/466/UE de la Commission européenne*** » (p.8) et reconnaissait **au sujet des tarifs de la boucle locale que « ceux-ci constituent en effet une part importante des coûts que ces opérateurs supportent, de sorte que leur variation peut avoir un impact significatif sur leur budget »** (p.3).

Ainsi, la révision des tarifs en cours de cycle méconnaît les principes de sécurité juridique et de confiance légitime que les opérateurs sont en droit d'attendre. Le secteur des communications électroniques est un secteur par nature très évolutif, qui oblige à ce que soit conféré aux opérateurs contraints par des politiques d'investissements lourds, un minimum de sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle les dispositions applicables ont pris soin de rappeler que les changements de réglementation ne doivent pas être imposés soudainement mais de manière à garantir une visibilité suffisante.

SFR souhaite rappeler que le 17° de l'article L. 32-1 du CPCE prévoit explicitement que le ministre chargé des communications électroniques et l'ARCEP « assurent l'adaptation du cadre réglementaire à des échéances appropriées et de manière prévisible pour les différents acteurs du secteur ».

La jurisprudence, qu'elle soit communautaire ou nationale, a consacré à plusieurs reprises les principes de confiance légitime et de sécurité juridique. Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré, dans une décision du 27 avril 2009 « Bouygues Télécom », que l'obligation de rétrocession imposée à Bouygues Télécom était légale car cette obligation avait été explicitement annoncée par les autorités compétentes, très en amont de la mise en œuvre des procédures de rétrocession et rappelée, à plusieurs reprises, aux opérateurs, ce qui leur avait permis d'anticiper cette décision.

➤ **L'ARCEP ne fournit aucune justification sur la hausse tarifaire qu'elle envisage.**

L'ARCEP ne justifie en rien sa proposition d'augmentation des tarifs et se contente d'affirmer, qu'« il semble que, pour les accès qui ont fait l'objet d'une fermeture commerciale, le remède tarifaire pourrait être allégé » en guise de démonstration.

L'ARCEP n'apporte absolument aucune justification pertinente à cette hausse et semble elle-même douter du bien-fondé de sa proposition.

L'ARCEP se doit pourtant de démontrer le bien fondé juridique et économique de ces remèdes. Ces derniers doivent nécessairement résulter d'une analyse de marché circonstanciée et suivant des principes établis.

Une telle exigence a d'ailleurs été récemment rappelée par le Conseil d'Etat en matière de régulation ex ante du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels (CE 31 décembre 2020, Société TowerCast, n° 444751) : lorsque l'ARCEP décide de mettre un terme à la régulation ex ante d'un marché ou apporter des modifications substantielles à des obligations incombant à des opérateurs puissants, elle est obligée de respecter les formes prescrites pour son édicton (consultations publiques, analyse de marché, formalisation d'une décision motivée, etc.).

Il n'y a pas lieu de raisonner différemment ici. L'ARCEP ne peut s'abstenir de formaliser une décision motivée sur un tel sujet.

L'éventualité d'une révision des tarifs en cours de cycle avait pourtant été explicitement liée à la (soit disante) démonstration de son effet incitatif sur la migration vers le FttH (ce que nous contestons) : l'ARCEP n'en dit plus mot dans sa consultation.

L'ARCEP écrivait en p.143 de sa décision d'analyse de marché n°2020-1446 :

« À la suite de cette dernière consultation publique et des consultations publiques menées sur le présent projet d'analyse de marché, l'Autorité ne dispose toutefois pas à ce stade d'éléments permettant de démontrer l'efficacité d'une éventuelle modulation géographique du tarif pour inciter à une migration vers la fibre ou au vidage du réseau cuivre. La migration du cuivre vers la fibre optique accélère alors même que le tarif du dégroupage n'a subi ces dernières années que des variations modérées.

En outre, Orange n'a à ce stade présenté aucun plan concret de fermeture de son réseau cuivre dans lequel l'efficacité d'une incitation tarifaire sur le prochain cycle pour le vidage du réseau serait identifiée. Néanmoins, l'Autorité se réserve la possibilité de reconsidérer sa position, y compris au cours du cycle d'analyse de marché, si la situation venait à évoluer ou en cas d'obtention de nouveaux éléments à ce sujet. »

Force est de constater que la migration du cuivre vers la fibre est toujours très dynamique comme en attestent les derniers chiffres publiés par l'Autorité avec 1,1 million d'abonnements pour le seul 4^{ème} trimestre 2021.

De plus si Orange a bien présenté récemment un plan de fermeture du réseau cuivre (dont SFR dans sa réponse à la consultation souligne les nombreuses lacunes), l'efficacité d'une incitation tarifaire sur le vidage du réseau cuivre n'a pour autant pas été établi. Or l'effectivité de l'incitation tarifaire était bien un prérequis pour l'augmentation des tarifs et il n'y a eu aucun élément nouveau à ce sujet, que ce soit dans le plan de fermeture d'Orange, ou, dans le document soumis aujourd'hui à consultation publique par l'ARCEP.

Il convient en outre de rappeler l'avis de l'Autorité de la concurrence relative à l'analyse de marché de l'ARCEP (Avis n° 20-A-07 du 15 septembre 2020). Selon l'Autorité de la concurrence : *« l'Autorité a pu relever 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. Dans ce contexte, le dispositif qui sera mis en place par l'Arcep devra veiller aux incitations fournies aux différents acteurs, pour autant qu'ils puissent adapter leurs stratégies en fonction de ces incitations, tout en s'assurant de ne pas créer de déséquilibres financiers susceptibles de distordre la concurrence qui se développe sur les infrastructures en fibre optique. » (§ 172)*

L'Autorité de la concurrence met bien en avant le fait que l'ARCEP ne pourra revoir les tarifs à la hausse en cours de cycle que si elle en démontre le caractère incitatif (sur lequel elle émet, à juste titre, de sérieux doutes).

Dans les décisions qu'elle a publiées, l'ARCEP a donc toujours bien lié la hausse tarifaire à la démonstration de l'effet incitatif non démontré.

L'ARCEP dans un simple communiqué de presse avait lié cette hausse tarifaire à la notion beaucoup plus ambiguë de « plan ambitieux » de la part d'Orange, en ces termes :

« Enfin, le projet de décision prévoit que le tarif puisse être ajusté à la hausse, y compris au cours du cycle 2021-2023, en cas de présentation par Orange d'un plan concret et ambitieux de fermeture de son réseau cuivre apportant des garanties suffisantes. »

A cette occasion, l'ARCEP n'avait aucunement analysé ni défini de façon objective et formelle dans son analyse de marché quelles formes pourraient prendre ces « garanties suffisantes ».

Elle n'a guère plus abordé ce sujet dans sa nouvelle consultation se contentant de relayer le plan de fermeture du réseau cuivre d'Orange.

L'ARCEP a donc fait l'impasse dans son projet de toute analyse qui démontrerait le bien-fondé d'une hausse tarifaire du cuivre.

Au regard des objectifs de régulation qui incombent à l'ARCEP, rien ne justifierait aujourd'hui de revenir sur ces analyses si ce n'est le seul intérêt d'Orange.

➤ **La hausse des tarifs ne constitue pas une incitation à migrer**

Si l'ARCEP ne mentionne plus ces effets incitatifs à la migration vers la fibre, c'est précisément parce qu'elle n'est pas en mesure de constater de tels effets réels ou potentiels, que ce soit pour les opérateurs alternatifs ou pour Orange...

Incitation vis-à-vis des opérateurs alternatifs :

Une augmentation des tarifs du dégroupage ne constitue pas une incitation efficace à la migration vers la fibre puisque les opérateurs alternatifs y investissent déjà massivement et n'ont aucun intérêt économique à conserver des clients sur l'infrastructure cuivre d'Orange lorsque leur propre infrastructure FttH est disponible.

Incitation vis-à-vis d'Orange :

Lorsqu'Orange est également opérateur d'immeuble sur la zone, l'augmentation des tarifs du cuivre n'est d'aucune efficacité car la fermeture du réseau cuivre permettra à Orange de réduire ses coûts en ne maintenant pas deux réseaux en parallèle. L'incitation à la migration est donc naturelle.

Lorsqu'Orange n'est pas opérateur d'immeuble sur la zone, il peut avoir intérêt à garder ses revenus de gros sur le cuivre. Une augmentation des tarifs du cuivre augmentera ses revenus et aura ainsi l'effet inverse de le désinciter à fermer le cuivre.

Une nouvelle analyse de marché devrait en tout état de cause s'imposer au regard de l'absence potentielle de propension de clients à basculer rapidement vers la fibre.

- **L'orientation des coûts sur la boucle locale cuivre est un remède structurant que l'ARCEP a décidé d'imposer dans le cadre réglementaire de l'analyse de marché. Elle ne peut pas simplement le remplacer par une notion floue de non-excessivité sans invalider par là même son ADM :**

L'ARCEP écrivait en p 53 de sa décision d'analyse de marché toute récente, :

« À l'issue de l'analyse qui précède, l'Autorité estime que la société Orange exerce une influence significative sur le marché pertinent de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée.

L'analyse de l'Autorité s'est attachée à adopter une vision prospective et prend donc le plus grand compte des évolutions d'usages à l'œuvre auprès des utilisateurs finals. Il apparaît très peu probable aux yeux de l'Autorité que ces usages évoluent dans des proportions qui puissent remettre en cause la définition de marché retenue par l'Autorité sur la durée d'application de la présente décision.

Néanmoins, si la concurrence qu'exercent les offres très haut débit sur les offres haut débit venait à évoluer, hypothèse que l'Autorité a malgré tout considéré, l'analyse menée indique qu'il ne serait pas nécessaire de revoir son analyse de marché de manière anticipée dans la mesure où cela ne remettrait pas en cause les suites de la présente décision et notamment ni le caractère suffisant ni le caractère proportionné des remèdes imposés.»

Ce faisant, l'ARCEP énonçait elle-même qu'elle n'anticipait pas d'évolution qui pouvait remettre en cause en profondeur son analyse de marché. Or, il y a bien un changement majeur de la vision de l'ARCEP entre la décision d'analyse de marché et le nouveau projet.

- En ce qui concerne les remèdes, l'introduction de l'obligation de non-excessivité serait un changement structurant.
- En ce qui concerne la définition du marché, l'ARCEP prévoit de mettre un place un principe structurant de segmentation des lignes entre celles qui relèveront de l'obligation de non-excessivité et celles qui resteront soumises à l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts.

- **La non-excessivité tarifaire est un changement structurant qui nécessite une nouvelle analyse de marché**

Dans sa décision d'analyse de marché, l'ARCEP annonçait que le caractère proportionné de ses remèdes ne devait pas être remis en cause en cours de cycle. L'orientation des tarifs vers les coûts est un remède clef et il ne peut donc être remis en cause, a fortiori sans procéder à une nouvelle analyse de marché.

- **La définition du marché ne peut varier en cours de cycle :**

Le projet de l'ARCEP segmenterait désormais les lignes cuivre entre celles fermées commercialement qui seraient tarifées en respectant un principe de non-excessivité et celles restant soumises en orientation vers les coûts.

Or l'ARCEP se doit de préserver une segmentation géographique cohérente des lignes, car les opérateurs ne peuvent s'adapter à une différenciation ligne par ligne.

Dans la mesure où le projet de l'ARCEP inclut les lignes fermées à l'adresse, la segmentation des lignes telle qu'envisagée par l'ARCEP devient ingérable pour les opérateurs.

La segmentation géographique doit nécessairement fournir une maille homogène de taille minimale pour l'application de remèdes différenciés. La maille minimale se doit d'être à tout le moins la commune.

En effet, si Orange peut augmenter ses tarifs sur une zone, il faut que les opérateurs puissent répercuter au moins en théorie la hausse à leurs clients s'ils le souhaitent (c'est après tout la base même du mécanisme d'incitation financière qui avait été avancé par l'ARCEP pour justifier une hausse des tarifs afin de faire migrer les clients vers la fibre).

Cependant, à supposer que les opérateurs répercutent cette hausse, il faudrait nécessairement une maille suffisamment large sur laquelle les opérateurs puissent adapter leur politique tarifaire.

Les opérateurs ne peuvent certainement pas adapter leur stratégie tarifaire à l'adresse. Il ressort de cette démonstration qu'une hausse tarifaire appliquée à l'adresse n'aurait d'autre conséquence que d'augmenter les revenus d'Orange sans aucune incidence sur la migration vers la fibre.

Si l'ARCEP persistait à vouloir lever l'orientation des tarifs vers les coûts, elle ne pourrait donc en aucun cas inclure les lignes fermées à l'adresse dans ce dispositif. Une analyse de marché et des remèdes différenciés à l'adresse ne peuvent être en aucun cas envisageables.

Quant à la non-excessivité tarifaire, il s'agit et tout le secteur le reconnaît, d'une notion particulièrement floue. **L'ARCEP ne définit dans son projet aucun des principes qu'elle pourrait appliquer pour déterminer l'écart qu'elle autoriserait avec le tarif orienté vers les coûts.** L'ARCEP indique qu'elle pourrait définir un plafond pour le tarif non-excessif, mais là non-plus elle n'apporte aucune précision quant aux principes qu'elle utiliserait pour fixer ce plafond. Après avoir énoncé qu'elle entendait augmenter les tarifs sans démontrer aucunement l'effet incitatif qui avait été présenté auparavant comme une justification, l'ARCEP en vient à proposer un remède de non-excessivité tarifaire dont elle ne donne pas les principes.

- **Le projet est profondément injuste : Orange a déjà été largement rémunérée pour sa boucle locale**

SFR renvoie l'ARCEP au document annexe joint sur l'historique de la valorisation de la boucle locale cuivre décidée par l'ARCEP depuis la décision de 2005 consacrant l'utilisation de la méthode des coûts courants économiques.

Orange a été largement rémunérée au-delà de ses coûts historiques et donc de ses véritables dépenses comptables par le choix que l'ARCEP avait fait en adoptant la méthodologie des coûts courant économiques pour la tarification de la boucle locale cuivre depuis 2005. Les

opérateurs ont donc payé pour la boucle locale sur la base de coûts théoriques qui étaient largement supérieurs aux coûts réels encourus par Orange.

En 2020, l'ARCEP a abandonné la référence à la comptabilité réglementaire d'Orange et ne retient plus depuis que la référence de coûts basée sur le modèle BLOM pour les tarifs 2021 à 2023.

Orange prétend dès lors qu'il ne peut plus récupérer ses coûts : Orange se plaint que le dégroupage est trop peu cher et que l'entretien du réseau cuivre est extrêmement coûteux. Il cite à plusieurs reprises le montant de 500M€ comme dépense d'entretien pour justifier sa demande de hausse tarifaire.

Or, il ressort que ce montant reste modeste par rapport aux revenus du dégroupage. **SFR, à lui seul, a versé en 2021 à Orange [SDA] pour ses produits cuivre dont [SDA] pour le seul dégroupage** (et prévoit, à tarif constant, de verser [SDA] en 2022).

Si Orange venait à ne plus pouvoir faire face à ses charges d'exploitation, la raison tiendrait selon nous au fait qu'il n'a pas suffisamment entretenu son réseau cuivre par le passé (nous renvoyons à la qualité insuffisante du réseau cuivre que l'on constate encore aujourd'hui) et qu'il a choisi de ne pas dégrader ses marges financières, préférant notamment investir les revenus issus de son monopole sur le cuivre dans le déploiement de la fibre.

Les tarifs du dégroupage d'Orange ont de surcroît toujours été calculés sur la base du taux de rémunération d'une activité risquée. Orange ne peut donc se comporter comme s'il avait été rémunérée sur la base d'une activité sans risque et prétendre de ce fait être rémunérée intégralement pour l'obsolescence du cuivre et exclusivement par ses concurrents.

Au terme d'une quinzaine d'années qui ont été bénéfiques à Orange, l'ARCEP a adopté en 2020 une nouvelle référence, ce qui est contesté par Orange. Après une seule année d'application de cette nouvelle référence de coûts en conformité avec la réglementation européenne, l'ARCEP envisage de réformer structurellement la tarification du dégroupage pour la faire évoluer à nouveau au seul profit d'Orange.

➤ **La hausse ne peut être au seul bénéfice d'Orange.**

En tout état de cause, si l'ARCEP jugeait qu'une augmentation tarifaire du dégroupage était nécessaire pour motiver les clients à migrer vers la fibre, cette sur-marge ne devrait pas rentrer dans les comptes d'Orange, mais devrait impérativement être redistribuée aux opérateurs commerciaux qui investissent dans la fibre, selon un processus à discuter.

En effet, une hausse, au seul avantage d'Orange, serait inéquitable et conférerait à ce dernier un avantage concurrentiel indu dans la migration vers le FttH, en contrepartie d'un plan de fermeture du réseau cuivre présentant de nombreuses lacunes.

Au regard des objectifs de régulation qui incombent à l'ARCEP, rien ne justifierait aujourd'hui de revenir sur une hausse tarifaire si ce n'est le seul intérêt d'Orange. Aucune circonstance de droit et de fait ne justifient une augmentation tarifaire du dégroupage.

Au lieu de les pénaliser, l'ARCEP devrait au contraire œuvrer pour que les opérateurs alternatifs, pour qui la migration vers la fibre est complexe, puissent évoluer sur un terrain de jeu équilibré vis-à-vis de l'opérateur historique

Des mesures d'accompagnement lors de la migration doivent être mises en œuvre (à l'instar de ce qui existe dans certains pays européens comme l'Italie). L'ARCEP devrait instaurer la gratuité des frais de résiliation. **Dans le projet de l'ARCEP, les opérateurs ne peuvent à la fois être pénalisés par la hausse des tarifs sur les lignes cuivre fermées commercialement s'ils continuent à utiliser de telles lignes et par les frais de résiliation lorsqu'ils abandonnent ce même réseau cuivre. L'ARCEP ne peut concevoir un mécanisme incitatif qui va pénaliser systématiquement l'opérateur alternatif dans tous les cas de figure.**

Sauf à ce qu'il y ait des conditions équitables sur les réseaux de collecte, Orange sera en position d'attirer les clients vers le FttH dans des conditions de concurrence inéquitables. Le niveau tarifaire de la LFO devra donc indispensablement être inclus dans la révision tarifaire qui pourrait intervenir. La collecte des NRO est la barrière à une concurrence par les infrastructures. En faisant tomber cette barrière, on offre une égalité de chance aux acteurs de concurrencer Orange sur la fibre. Ces LFO sont déjà largement rentabilisées au regard des tarifs déjà pratiqués depuis des années. Si l'ARCEP en venait à considérer que certaines parties du réseau cuivre pouvaient du fait des conditions concurrentielles être tarifées sur la base d'une obligation alléguée de non-excessivité, alors, le juste pendant devrait être que **la LFO qui est indispensable à la collecte du FttH soit quant à elle tarifée selon le principe d'orientation vers les coûts.**

Il faut en outre créer une incitation financière pour qu'Orange fasse les efforts sur le maintien de la qualité de service sur le réseau cuivre dans cette période de transition mobilisant encore ces infrastructures.

L'ARCEP devrait veiller au strict respect des obligations d'Orange en termes de de qualité de service **et les tarifs doivent pouvoir être revus à la baisse si Orange n'atteint pas ses objectifs en la matière.**