



on est fait pour  
être ensemble



# **Consultation publique :**

## **Encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre : modification de la décision n° 2020-1493**

Réponse à la consultation publique du 16 décembre 2022

Version publique



## Synthèse de la réponse

Bouygues Telecom avait accueilli favorablement l'encadrement du tarif récurrent mensuel du dégroupage total lors du 6<sup>ème</sup> cycle d'analyses de marché (2021-2023), dans la mesure où il entraînait, sur la période de l'encadrement, une relative stabilité et prévisibilité des coûts de gros sur l'infrastructure cuivre et permettait de limiter l'impact sur les *cash flows* mobilisés par les opérateurs pour le déploiement de la fibre.

Dans le cadre de la présente consultation publique ce principe de prévisibilité et stabilité – objectif général incombant à l'Arcep au titre de l'article L. 32-1 du CPCE – est remis en cause par le projet d'augmentation de la composante IFR pour l'année 2023, augmentation qui n'est *a fortiori* pas encadrée dans le temps.

Dans le contexte actuel de migration progressive des accès sur la boucle locale cuivre vers l'infrastructure fibre, une telle stabilité est d'autant plus nécessaire qu'elle permet d'estimer et d'apprécier au mieux les coûts associés à l'accès à la boucle locale cuivre qui coexistera encore de nombreuses années aux côtés des accès à la boucle locale optique.

Toute augmentation du tarif de dégroupage avant l'extinction du réseau cuivre en 2030, qu'elle soit limitée à la répercussion de l'IFR cuivre ou plus générale, doit être précédée d'une analyse complète par l'ARCEP de ses effets sur la concurrence.

Selon Bouygues Telecom, une telle augmentation conférerait un avantage non justifié à Orange et aurait pour effet de déstabiliser à un moment clé de la transition du cuivre vers la fibre.

Les opérateurs investissent massivement dans la nouvelle boucle locale optique ce qui place la France au premier rang en Europe en matière de couverture FttH. Cet effort de déploiement pèse particulièrement sur les concurrents d'Orange qui ne bénéficient pas de ses économies d'échelle, subissent une asymétrie d'information dans le déroulement du processus de fermeture du cuivre ainsi que des risques de confusion entre les activités liées au monopole historique de gestion du réseau cuivre et d'opérateur commercial. Bouygues Telecom, Free et SFR restent sous la pression de conditions de marché très concurrentielles, notamment sur les prix de détail qui demeurent les plus bas d'Europe.

Le projet de l'ARCEP d'augmenter le tarif de dégroupage ne ferait donc qu'accroître la pression sur les concurrents d'Orange.

[...]

Toute augmentation tarifaire serait injustifiée, disproportionnée et contraire aux principes de prévisibilité et de stabilité réglementaire.



Il convient par ailleurs de rappeler que le réseau cuivre d'Orange est amorti depuis déjà bien longtemps. Les recettes de dégroupage continuent de constituer une rente plus que confortable dont il est le seul à bénéficier sur le marché. Toute hausse du tarif viendrait renforcer à nouveau cette rente au préjudice des autres opérateurs.

Toute augmentation tarifaire, en renforçant sa rente sur le cuivre, inciterait aussi Orange à ralentir son déploiement de la fibre et ses fermetures techniques du cuivre. Pourquoi accélérer le démantèlement d'une infrastructure, qui avec le temps rapporterait de plus en plus ? Cette situation serait particulièrement préjudiciable aux concurrents d'Orange qui seraient obligés de supporter plus longtemps le coût de deux infrastructures.



## Table des matières

<b>Synthèse de la réponse.....</b>	<b>2</b>
<b>1. Le projet de l'ARCEP méconnaîtrait le droit de la concurrence et les principes de régulation du Code des postes et communications électroniques.....</b>	<b>5</b>
1.1 Méthodologie de l'ARCEP pour établir la composante IFER dans le tarif de dégroupage.....	5
1.2 Abus de position dominante d'Orange .....	6
1.3 Méconnaissance des articles 106 et 102 TFUE .....	8
1.4 Méconnaissance de l'article L32-1 III 1° et 2° du Code des Postes et des Communications Electroniques (« CPCE ») .....	11
1.5 Méconnaissance des principes d'orientation vers les coûts.....	13
1.6 Vice procédural substantiel.....	17
<b>2. Le tarif du cuivre doit rester strictement réglementé et plafonné au niveau actuel jusqu'à la fermeture totale du cuivre en 2030.....</b>	<b>19</b>
2.1 Une insécurité juridique attachée aux conditions du recours à la clause de révision tarifaire au cours du cycle d'analyse de marché.....	19
2.2 Substituer à l'orientation vers les coûts du tarif de dégroupage à la boucle locale cuivre un principe de non-excessivité est injustifié et disproportionné.....	21
2.2.1 Une modification de la méthode de tarification de l'accès contraire aux principes de stabilité et de prévisibilité réglementaire .....	21
2.2.2 Une hausse tarifaire n'aurait aucun impact sur la vitesse de migration des clients vers la fibre .....	23
2.2.3 Une hausse contraire à l'objectif de développement des réseaux prévu à l'article L. 32-1 du CPCE .....	25
2.2.4 Une hausse contraire à l'objectif de concurrence loyale prévu aux 1° et 3° du III de l'article L. 32-1 du CPCE.....	25
2.2.5 Une hausse serait inopportune en termes économiques et politiques.....	26
2.2.6 Une hausse de tarif destinée à financer le démantèlement du réseau cuivre d'orange est prohibée par le droit de la concurrence.....	28



## 1. Le projet de l'ARCEP méconnaîtrait le droit de la concurrence et les principes de régulation du Code des postes et communications électroniques

### 1.1 Méthodologie de l'ARCEP pour établir la composante IFER dans le tarif de dégroupage

#### Éléments de contexte

Dans la présente consultation l'ARCEP indique que les éléments à la disposition de l'Autorité aboutissent à une projection du tarif de l'IFER de l'ordre de **18,6€** par ligne en service au 1<sup>er</sup> janvier 2023, conduisant à un coût d'IFER et de coûts communs afférents de **1,8€** par accès et par mois en 2023.

L'écart entre l'IFER estimé pour 2023 (**18,6€**) et l'IFER que l'ARCEP avait estimé dans le cycle actuel (**14,84€**) justifierait, selon l'Autorité la révision en cours de cycle réglementaire de la composante IFER dans le tarif de dégroupage.

La modification de l'IFER sur 2023 annoncée dans la présente consultation produirait une hausse du tarif de dégroupage **de 35 centimes/mois par ligne dégroupée**.

#### Application de l'IFER au tarif de dégroupage mensuel

Afin de déterminer le futur montant mensuel appliqué au cuivre nous comprenons que l'ARCEP a défini la formule suivante :

$$\text{Montant mensuel cuivre} = \frac{(\text{Montant annuel IFER})}{12} * \frac{(\text{Nombre de lignes cuivre au 1er janvier 2023})}{\text{Nombre de lignes cuivre moyen sur 2023}} * (1 + \text{taux de coûts communs}) * (1 + \text{taux de gestion IFER art. 1641 du code général des impôts}) = 1,8€$$

Cette mise en application de l'IFER au tarif mensuel du cuivre soulève **deux remarques** pour Bouygues Telecom, d'une part l'application injustifiée des coûts communs, et, d'autre part l'absence de prise en compte de l'avance de trésorerie pour Orange que constitue ce mécanisme. Ces points sont traités à la fin de la présente section.



## 1.2 Abus de position dominante d'Orange

La modification envisagée par l'ARCEP produira une hausse du tarif de dégroupage de 35 centimes par mois par ligne dégroupée. Cela occasionnera pour Bouygues Télécom une hausse de ses coûts de dégroupage de près de [...] millions d'euros pour l'année 2023. Pour Orange, la répercussion de sa charge fiscale IFR sur les opérateurs alternatifs lui confèrera [...] millions d'euros de revenus supplémentaires.

Il n'est pas raisonnablement contestable qu'Orange est en position dominante sur le marché de gros de la fourniture d'accès dégroupé à la paire de cuivre. Bouygues Telecom se focalise par conséquent sur le caractère abusif de la hausse par Orange de ses tarifs de dégroupage à la suite de la répercussion de l'IFER sur ceux-ci.

La transition de l'ADSL vers la fibre constitue une étape majeure dans le développement des réseaux à très haut débits et la réussite effective des opérateurs alternatifs est la condition sine qua non du maintien d'une concurrence à long terme sur le marché. L'ARCEP est consciente des efforts que cela représente pour les opérateurs alternatifs<sup>1</sup>. Cela requiert de leur part la mobilisation de ressources importantes pour investir dans la fibre. En parallèle, leurs coûts d'accès dégroupés à la boucle locale et à la fibre restent très élevés.

Toute hausse du tarif de dégroupage ne fera qu'ajouter une charge supplémentaire aux opérateurs alternatifs, limitant leur capacité corrélative d'investissement.

Le fait pour Orange en tant qu'opérateur verticalement intégré d'augmenter artificiellement les coûts de ses concurrents et d'affecter leur capacité concurrentielle, du fait de l'application de conditions tarifaires de gros excessives est constitutif d'un abus<sup>2</sup>.

Cet abus est d'autant plus avéré que l'objectif d'Orange semble n'avoir pour but que de financer le démantèlement du réseau cuivre alors que la jurisprudence interdit de faire financer par les concurrents les coûts de démantèlement d'un monopole historique. Et ce, alors que la valeur du réseau cuivre d'Orange est estimée à plus de 8 Md€<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Décision 2020-1493 du 16 décembre 2020, p. 3 : « Lors des deux derniers cycles d'analyse des marchés, et toujours dans le souci de prendre en compte le contexte de transition technologique du réseau de cuivre vers les réseaux à très haut débit ainsi que les investissements importants qui l'accompagnent, l'Autorité a souhaité donner plus de prévisibilité aux opérateurs alternatifs sur l'évolution des tarifs du dégroupage total. »

<sup>2</sup> Voir, CJUE, 25 mars 2021, Slovak Telekom AG v Commission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, para. 109. Voir également, CJUE, 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09 EU:C:2011:83, para. 39 ; et CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, para. 253.

<sup>3</sup><https://www.latribune.fr/technos-medias/telecoms/telecoms-le-reseau-cuivre-d-orange-un-tresor-de-plusieurs-milliards-d-euros-922976.html#:~:text=D%C3%A8s%20lors%2C%20le%20r%C3%A9seau%20d,%2C%20que%20d'une%20estimation.>





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 presse<sup>4</sup>, 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"*<sup>5</sup>.

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**<sup>6</sup>.

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 de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français<sup>7</sup>, **qu'un système de**

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> *Ibid.*, points 46 à 49.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.



**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.**

Orange alléguera probablement qu'elle ne peut être considérée comme abusant de sa position dominante dès lors qu'elle ne fait qu'appliquer une décision de l'ARCEP qui l'autorise à augmenter ses tarifs d'accès dégroupés à la boucle locale. Il est de jurisprudence constante que le fait pour une entreprise d'appliquer une décision administrative non-coercitive ne l'exonère pas de sa responsabilité en tant qu'entreprise dominante<sup>8</sup>. En tout état de cause, le fait pour l'ARCEP d'adopter une décision permettant à Orange d'abuser de sa position dominante est constitutif d'une violation des articles 106 TFUE combinés à l'article 102 TFUE.

### 1.3 Méconnaissance des articles 106 et 102 TFUE

Si l'ARCEP devait accéder à la demande d'Orange de procéder à la révision des plafonds tarifaires d'accès au cuivre, l'ARCEP placerait l'opérateur historique dans une situation d'abuser de sa position dominante en appliquant une hausse du tarif de dégroupage aux opérateurs alternatifs.

Aux termes de l'article 106, paragraphe 1, TFUE, les Etats membres ne sauraient, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, édicter ou maintenir aucune mesure contraire à l'article 102 TFUE<sup>9</sup>.

Nous nous référons à la section précédente pour le volet article 102 TFUE de l'abus.

Pour ce qui est de l'article 106, paragraphe 1, TFEU les conditions de son application à savoir la nature d'entreprise publique ou l'existence de droits spéciaux ou exclusifs sont toutes deux remplies en l'espèce.

<sup>8</sup> Voir, CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, para. 80 : « [C]e n'est que si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, que les articles 81 CE et 82 CE ne sont pas d'application » ; CJUE, 11 novembre 1997, *Ladbroke Racing Ltd*, C-359/95 P et C-379/95 P, EU:C:1997:53, para. 33. Voir également, CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, para. 132 « [L]'illégalité d'un comportement abusif au regard de l'article [102 TFUE] est sans relation avec sa conformité ou non avec d'autres règles juridiques ».

<sup>9</sup> Cette interdiction est spécialement reprise à l'article 2, paragraphe 1 de la directive 2002/77/CE relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques.





Orange est une entreprise publique. En effet, l'Etat français en est l'actionnaire principal (totalisant 23% du capital) face à un actionnariat privé largement dispersé<sup>10</sup>. En toute hypothèse, force est de constater qu'Orange bénéficie d'une position de monopole sur l'accès au cuivre<sup>11</sup>. Par conséquent, une hypothétique révision à la hausse des plafonds tarifaires d'accès au cuivre reviendrait à autoriser, et donc à conférer un droit exclusif ou à tout le moins spécial<sup>12</sup> à Orange seule à même de répercuter l'IFER sur les opérateurs alternatifs par le biais de la tarification de l'accès à la boucle local cuivre. En vertu de la directive 2002/77/CE, la notion de droit exclusif ou spécial se définit comme des avantages conférés à une ou un nombre limité d'entreprises en fonction de critères qui ne sont pas objectifs, proportionnés ni non discriminatoires. Or, l'avantage que le projet de décision consentira à Orange est discriminatoire et disproportionné. Il est discriminatoire dès lors qu'il s'agit d'un avantage qui ne profite qu'à Orange, tout en engendrant une charge supplémentaire pour tous les autres opérateurs alternatifs. Il est également disproportionné. Alors que l'enjeu de la transition de la paire de cuivre vers la fibre est d'assurer le maintien de la concurrence par les infrastructures dans un environnement où Orange dispose de capacités d'investissements et de revenus nettement plus importants que ses concurrents, le projet de décision se focalise sur le dégrèvement au profit d'Orange d'une partie de la charge financière de l'IFER, ce qui méconnaît le principe de proportionnalité.

Or, il résulte d'une jurisprudence européenne constante qu'il y a violation des articles 102 et 106, paragraphe 1 TFUE dès lors qu'une mesure imputable à un Etat membre, et notamment celle par laquelle celui-ci confère des droits spéciaux ou exclusifs, crée un risque d'abus de position dominante par le simple exercice des droits privilégiés conférés<sup>13</sup>. Une telle violation peut ainsi être constatée lorsque la mesure étatique en cause crée des conditions inégales de concurrence entre les entreprises en permettant notamment à l'entreprise publique ou à laquelle a été octroyé des droits spéciaux ou exclusifs d'étendre sa position dominante sur un autre marché<sup>14</sup>.

A titre d'exemple, la Cour de justice de l'Union Européenne a jugé qu'une réglementation nationale permettant d'attribuer, sans redevance distincte, des fréquences à une entreprise publique en position dominante (par ailleurs ancien monopole bénéficiant, entre autres, d'un stock important de clients existants), alors qu'un nouvel entrant doit verser une redevance

<sup>10</sup> Voir, <https://www.zonebourse.com/cours/action/ORANGE-4649/societe/> (accédé le 27 janvier 2023).

<sup>11</sup> Orange possède en effet la quasi-intégralité du réseau national de la boucle locale de cuivre. Voir Décision n° 2020-1446 du 15 décembre 2020 d'analyse du marché 3a, page 46.

<sup>12</sup> Voir la définition à l'article 1, paragraphes 5 et 6 de la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques.

<sup>13</sup> CJUE, 17 juillet 2014, *DEI*, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, para. 41. Voir également, CJUE, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, EU:C:2008:376, paras. 49-50 ; et CJUE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, EU:C:2014:2083, para. 81.

<sup>14</sup> CJUE, 17 juillet 2014, *DEI*, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, para. 46. Voir également, CJUE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, EU:C:2014:2083, para. 84. -



pour sa licence, est susceptible d'amener l'entreprise publique à étendre sa position dominante par une concurrence faussée<sup>15</sup>.

De façon similaire, la Commission européenne a estimé que le versement d'une somme pour l'octroi d'une licence GSM par le second opérateur de radiotéléphonie GSM en Espagne avait conféré un avantage concurrentiel à l'opérateur historique, lequel n'avait pas dû verser une somme similaire<sup>16</sup>. Considérant qu'une telle mesure emportait une distorsion de la structure des coûts des deux opérateurs, celle-ci permettait à l'opérateur historique d'étendre ou de renforcer sa position dominante et était donc incompatible avec l'actuel article 106, paragraphe 1 lu en liaison avec l'article 102 TFUE.

[...].

---

<sup>15</sup> CJUE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, EU:C:2014:2083, para. 87.

<sup>16</sup> Voir, Décision de la Commission du 18 décembre 1996 relative aux conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Espagne, OJ L 76, 18.3.1997, p. 19–29. Voir également, Décision de la Commission, du 4 octobre 1995, relative aux conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Italie, L 280 du 23.11.1995, p. 49–57.



## 1.4 Méconnaissance de l'article L32-1 III 1° et 2° du Code des Postes et des Communications Electroniques (« CPCE »)

En vertu de l'article L32 -1 III (1°) et (2°) du CPCE, les mesures adoptées par l'ARCEP doivent être raisonnables et proportionnées afin d'atteindre une série d'objectifs dont l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs au bénéfice des utilisateurs et la définition de conditions d'accès aux réseaux qui garantissent l'égalité des conditions de la concurrence<sup>17</sup>. La non prise en compte de ces objectifs de l'article L. 32-1 CPCE affecte la légalité interne de ces décisions<sup>18</sup>.

L'obligation de promotion de la concurrence découle également du Code européen (art. 3 (2) (b) et de la jurisprudence de la Cour de Justice selon laquelle les États membres ont *"l'obligation de s'assurer que les ARN prennent toutes les mesures raisonnables visant à promouvoir la concurrence dans la fourniture des services de communications électroniques, en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques et en supprimant les derniers obstacles à la fourniture desdits services au niveau européen"*<sup>19</sup>. Ainsi, *"les ARN encouragent et, le cas échéant, assurent, conformément aux dispositions de cette directive, un accès et une interconnexion adéquats ainsi que l'interopérabilité des services tout en promouvant l'efficacité économique, en*

<sup>17</sup> Plus particulièrement, l'article L32 -1 III (1°) et (2°) du CPCE dispose que *"Dans le cadre de ses attributions et, le cas échéant, conjointement avec le ministre chargé des communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse prend, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées en vue d'atteindre les objectifs suivants :*

*1° L'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques, en particulier lorsqu'ils bénéficient de subventions publiques conformément aux articles 106 et 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;*

*2° La définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement et l'égalité des conditions de la concurrence".*

<sup>18</sup> Conseil d'Etat, Juge des référés, Décision n° 467931 du 24 octobre 2022, Requête n° 22574 (*"Dans ces circonstances particulières, mises en regard du coût des travaux qui s'avèreraient nécessaires, le cas échéant, pour exécuter la mise en demeure, le moyen tiré de ce qu'en imposant à l'ALDA de se conformer aux obligations résultant de l'article L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques et des décisions prises pour son application, en particulier à l'obligation de réaliser des points de mutualisation en-dehors de l'emprise des propriétés privées desservies, l'ARCEP a pris une décision qui n'est pas raisonnable et proportionnée au regard des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du code des postes et communications électroniques, en particulier l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs " au bénéfice des utilisateurs ", est propre, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée"*). Voir également Conseil d'Etat, Section du Contentieux, décision du 25 juin 2004, 249300.

<sup>19</sup> Voir arrêts du 3 décembre 2009, Commission contre Allemagne, C-424/07, Rec. 2009 I-11431, point 92, du 31 janvier 2008, Centro Europa 7, C-380/05, Rec. p. I-349, point 81, et du 13 novembre 2008, Commission/Pologne, C-227/07, Rec. p. I-8403, point 63.



*favorisant une concurrence durable et en procurant un avantage maximal à l'utilisateur final*"<sup>20</sup>.

En l'espèce, la répercussion de l'IFER crée une distorsion des conditions de concurrence entre opérateurs puisqu'elle revient à garantir à Orange, redevable légal d'une imposition, la répercussion de celle-ci en aval aux opérateurs commerciaux, alors que le principe et le niveau de cette répercussion relève d'un aléa économique normal. Tous les autres opérateurs soumis à l'IFER devront intégrer cette taxe dans leurs comptes sur la base des circonstances économiques et du marché, sans aucune garantie de qu'ils puissent la répercuter sur les clients en aval. La décision de l'ARCEP de répercuter l'IFER sur les opérateurs utilisant la paire de cuivre dégroupée opère à cet égard une transformation de la nature de l'IFER d'une imposition générale sur les infrastructures en une redevance liée aux droits d'accès.

Une telle mesure n'est ni raisonnable, ni proportionnée aux objectifs de l'Article L 32-1. Qui plus est, les modalités de cette répercussion sont de nature à aggraver la distorsion de concurrence. Notez qu'aucun autre objectif repris à l'article L-32-1 n'est de nature à justifier cette restriction de concurrence.

Finalement, et de manière liée, nous notons qu'aucune analyse de l'impact de la répercussion de l'IFER pour les consommateurs finaux et son caractère anticoncurrentiel sur le marché de détail n'a été effectuée par l'ARCEP. Dans la mesure où la répercussion de l'IFER dans les tarifs de gros du dégroupage cuivre est de nature à impacter différemment les opérateurs commerciaux (qui ont des structures de réseaux différentes par exemple entre les opérateurs de dégroupage et les opérateurs de réseaux câblés ou entre opérateurs ayant des répartitions de clients entre réseaux cuivre et fibre différentes de celle de Orange), ce qui impacte dès lors potentiellement leur capacité concurrentielle sur le marché de détail. Elle implique également une répercussion probable négative pour les zones les moins bien développées en matière de fibre (zones rurales, zones paupérisées, etc.), avec un impact négatif sur les utilisateurs finaux. Or, la Cour de Justice a souligné que les autorités de régulation doivent prendre en compte les intérêts des utilisateurs sur le marché de détail lorsqu'elle régule les marchés de gros *"l'ARN doit [...] prendre en considération les intérêts des utilisateurs finals et des consommateurs, indépendamment du marché sur lequel les obligations réglementaires sont imposées. En outre, dans la mesure où, par définition, les utilisateurs finals et les consommateurs ne sont pas présents sur les marchés de gros de terminaison d'appels fixe et mobile, il est essentiel que leurs intérêts puissent être pris en considération et évalués dans le contexte de l'examen de l'effet que vise à produire sur un marché de détail l'obligation tarifaire imposée par l'ARN sur un marché de gros."*<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Arrêt du 14 avril 2016, Polkomtel, C-397/14, ECLI:EU:C:2016:256, point 53.

<sup>21</sup> CJUE, Arrêt du 15 septembre 2015, KPN et autres contre ACM, C-28/15, EU:C:2016:692, point 54.

## 1.5 Méconnaissance des principes d'orientation vers les coûts

A titre lumineux, il convient de rappeler que la Cour de Justice a jugé que l'orientation sur les coûts n'implique pas une obligation de recouvrer tous les coûts exposés: "une « obligation concernant l'orientation des prix en fonction des coûts », eu égard au sens habituel de ces termes, vise une obligation d'orienter les prix en fonction des coûts et non pas une obligation de recouvrer tous les coûts exposés. Partant, il convient d'écarter l'interprétation de cette disposition selon laquelle il s'agirait d'une obligation de fixer les prix à un niveau permettant à l'opérateur concerné de recouvrer tous les coûts qu'il a supportés en vue de la fourniture du service en question"<sup>22</sup>.

Sur le plan de la modélisation des coûts, intégrer, dans les coûts pour la tarification de l'accès à la boucle locale cuivre, le coût résultant de l'augmentation de l'IFER semble contraire à plusieurs principes repris dans la Recommandation sur les coûts et la non-discrimination<sup>23</sup>.

- Premièrement, le but d'un modèle de coûts est de modéliser les coûts d'un opérateur monopolistique à un niveau équivalent à celui d'un opérateur qui serait sur un marché concurrentiel<sup>24</sup>. Or, si le marché du dégroupage de la boucle locale cuivre avait été concurrentiel, il ne serait pas possible pour un opérateur de répercuter, en tout cas de manière immédiate et entière, une augmentation de ses coûts liée à une augmentation d'une imposition. Ainsi, les autres titulaires de l'IFER (en ce compris les opérateurs câblés mais aussi les opérateurs mobiles par exemple auprès de leurs MVNOs) ne répercutent pas de manière linéaire l'augmentation de l'IFER sur leurs autres clients. [...]
- Deuxièmement, l'augmentation de l'IFER sur le cuivre résulte de ce que l'IFER constitue une enveloppe fermée qui doit garantir au gouvernement € 400 millions, qui crée une augmentation artificielle des tarifs de gros d'accès via la paire de cuivre. En effet, le montant des recettes IFER se fonde sur une assiette qui diminue au fil du temps : dès lors que le réseau en cuivre est appelé à disparaître à terme au bénéfice de la fibre, le montant de l'IFER exigé par ligne ne peut qu'augmenter concomitamment avec la migration des clients vers la fibre. Or la recommandation de la Commission souligne la nécessité d'éviter les fluctuations et chocs trop importants, en particulier en évitant une "augmentation

<sup>22</sup> CJUE, Arrêt du 20 décembre 2017, Polkomtelt, C-277/16, ECLI:EU:C:2017:989, point 31.

<sup>23</sup> Recommandation de la Commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit, 21.9.2013, L 251, p.13, para. 25. Notez que la recommandation devrait être revue début 2023.

<sup>24</sup> « Pour atteindre les objectifs du cadre réglementaire, il convient d'employer une méthode de calcul des coûts aboutissant à des tarifs d'accès qui équivalent autant que possible à ceux attendus sur un marché effectivement concurrentiel » Recommandation de la Commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit, 21.9.2013, L 251, p.13, para. 25. Notez que la recommandation devrait être revue début 2023.

*artificielle des tarifs de gros d'accès par le cuivre qui, autrement, serait observée du fait de la migration de la clientèle vers le réseau NGA de l'opérateur PSM" et en annulant "l'effet de volume inflationniste qui résulte de la modélisation d'un réseau en cuivre lorsque les coûts fixes de réseau sont répartis sur un nombre décroissant de lignes en cuivre actives"*<sup>25</sup>.

- Troisièmement, il est à noter que le modèle de coût doit en principe être fondé sur le déploiement d'un réseau d'accès de nouvelle génération (NGA)<sup>26</sup>. Or, les réseaux NGA en fibre ne supportent pas actuellement l'IFER du fait de l'exonération sur cinq ans des nouvelles lignes. Le modèle devrait donc également exclure l'IFER.
- Quatrièmement, la Recommandation de la Commission prévoit un coût hors taxes<sup>27</sup>. En principe, l'IFER devrait donc être exclue sur cette base également.

<sup>25</sup> « Une telle méthode devrait reposer sur un réseau moderne efficace, répondre au besoin de disposer de tarifs de gros d'accès par le cuivre stables et prévisibles sur la durée, qui évitent les fluctuations et chocs trop importants, afin de fournir un cadre d'investissement clair et de pouvoir générer des tarifs de gros d'accès par le cuivre orientés vers les coûts, qui servent de référence pour les services NGA, et prendre en compte, de façon appropriée et cohérente, l'incidence de la baisse des volumes provoquée par la transition des réseaux en cuivre aux réseaux NGA, c'est-à-dire éviter l'augmentation artificielle des tarifs de gros d'accès par le cuivre qui, autrement, serait observée du fait de la migration de la clientèle vers le réseau NGA de l'opérateur PSM. ». « Il y a de moins en moins de lignes actives en cuivre en raison de la migration de la clientèle vers le câble, la fibre optique et/ou les réseaux mobiles. Modéliser un réseau NGA efficace unique pour les produits d'accès par le cuivre et NGA annule l'effet de volume inflationniste qui résulte de la modélisation d'un réseau en cuivre lorsque les coûts fixes de réseau sont répartis sur un nombre décroissant de lignes en cuivre actives, et permet de transférer progressivement le volume de trafic du cuivre au NGA à mesure que celui-ci est déployé et adopté. Seul le volume de trafic migrant vers d'autres infrastructures (par exemple le câble ou les réseaux mobiles), qui ne sont pas comprises dans le modèle de calcul des coûts, entraînera une hausse des coûts unitaires. ».

<sup>26</sup> « Lorsque le câble, la fibre optique (FttX) et, dans une moindre mesure, les réseaux mobiles [en particulier LTE (Long Term Evolution)] concurrencent des réseaux en cuivre, les opérateurs PSM réagissent en modernisant leurs réseaux en cuivre et en les remplaçant progressivement par des réseaux NGA pour écarter cette menace concurrentielle. Par conséquent, comme aucun opérateur ne construirait aujourd'hui de réseau uniquement en cuivre, la méthode BU LRIC + consiste à calculer les coûts courants du déploiement d'un réseau NGA moderne efficace. C'est l'estimation à coûts courants des actifs d'un tel réseau NGA qui reflète le mieux le processus concurrentiel sous-jacent et, en particulier, la reproductibilité des actifs. »

<sup>27</sup> « Conformément aux principes de transparence et de prévisibilité réglementaires et dans le souci d'assurer la stabilité des prix, la Commission a défini une fourchette de prix dans laquelle elle prévoit que s'inscrira la moyenne des tarifs mensuels d'accès totalement dégroupé à la boucle locale en cuivre par ligne louée (nette de toutes taxes) dans l'Union lorsqu'on applique la méthode de calcul des coûts recommandée. »

« En se fondant sur les tarifs d'accès constatés dans les États membres et en tenant compte du potentiel de variation limitée des coûts à l'échelle locale, la Commission estime que l'application des principaux éléments de la méthode de calcul des coûts recommandée, à savoir reposer sur un réseau moderne efficace, répondre au besoin de disposer de tarifs de gros d'accès par le cuivre stables et prévisibles sur la durée, et prendre en compte, de façon appropriée et cohérente, l'incidence de la baisse des volumes, ainsi que des méthodes utilisées en application du point 40 devrait déboucher sur des prix d'accès par le cuivre stables et sur une moyenne mensuelle des tarifs d'accès totalement dégroupé à la boucle locale en cuivre par ligne louée dans l'Union s'inscrivant dans une fourchette allant de 8 à 10 EUR (net de toutes taxes), en prix de 2012 (la fourchette de tarifs). »





- Cinquièmement, une augmentation trop brutale des tarifs de dégroupage ne respecte pas les principes de prévisibilité et de transparence selon lequel « *Les tarifs d'accès sont considérés comme stables même s'ils suivent une tendance en termes nominaux. Ils devraient cependant ne pas fluctuer significativement sur la période de référence pertinente et donc rester prévisibles* ».
- Sixièmement, l'ARCEP ne devrait pas mettre à jour les tarifs pendant le cycle de régulation de trois ans : « *Lorsqu'elles mettent en œuvre la méthode de calcul des coûts recommandée ou d'autres méthodes de calcul des coûts conformes aux points 40 et 44 et qu'elles maintiennent la méthode conformément au point 46, les ARN ne devraient mettre à jour les données d'entrée du modèle de calcul des coûts que lorsqu'elles procèdent à une nouvelle analyse de marché, soit en principe après trois ans.* ». Il est vrai que l'article 68 paragraphe 6 du CCEE dispose que l'ARCEP peut modifier des décisions antérieures d'analyse de marché en modifiant ou supprimant des obligations ; mais uniquement lorsque cela vise à prendre en compte l'impact des nouvelles évolutions du marché qui ont une incidence sur la dynamique de concurrence.<sup>28</sup> Or comme expliqué ci-dessus, l'ARCEP n'a conduit aucune analyse de l'impact de l'IFER sur la dynamique concurrentielle au niveau du marché de détail.

Enfin, plusieurs modalités spécifiques à la répercussion de l'IFER au sein du modèle de coûts pourraient être de nature à générer une compensation excessive au bénéfice d'Orange (allant au-delà de la simple répercussion de l'IFER). Ces modalités sont relatives (i) à la prise en compte de coûts communs, et (ii) une avance de trésorerie. Elles sont détaillées ci-dessous.

L'application d'un taux des coûts communs à la composante IFER du tarif de dégroupage n'est ni justifiée ni proportionnée

Le modèle de coûts BLOM sur la base duquel le tarif de dégroupage est déterminé prévoit l'application d'un taux de coûts communs à l'ensemble des coûts de dégroupage supportés par Orange. Dans le modèle BLOM de l'ARCEP dans sa consultation publique du 10 avril 2020 au 7 mai 2020 l'Arcep n'a pas indiqué le taux exact retenu pour le cycle 2021-2023 mais a communiqué sur la fourchette possible de ce taux : [...] % en borne basse et [...] % en borne haute.<sup>29</sup>).

<sup>28</sup> « Les autorités de régulation nationales examinent l'impact des nouvelles évolutions du marché, notamment en matière d'accords commerciaux, y compris d'accords de co-investissement, qui ont une incidence sur la dynamique de concurrence. Si ces évolutions ne sont pas suffisamment importantes pour nécessiter une nouvelle analyse de marché conformément à l'article 67, l'autorité de régulation nationale évalue sans retard s'il est nécessaire de réexaminer les obligations imposées aux entreprises désignées comme étant puissantes sur le marché et de modifier toute décision antérieure, y compris en retirant des obligations ou en imposant de nouvelles obligations, afin de garantir que lesdites obligations continuent à remplir les conditions énoncées au paragraphe 4 du présent article. De telles obligations modifiées ne peuvent être imposées qu'après les consultations menées conformément aux articles 23 et 32. »

<sup>29</sup> Consultation publique de l'ARCEP du 10 avril 2020 Mise à jour de la modélisation ascendante d'un réseau de boucle locale optique mutualisée pour la tarification du dégroupage



A ce titre, Bouygues Telecom souhaite rappeler que :

- La composante IFER du tarif de dégroupage n'est pas présente dans le modèle de coûts BLOM. Or, le régulateur est tenu, en vertu du principe de prévisibilité réglementaire, d'utiliser la même méthode de coûts pendant toute la durée du cycle d'analyse. Bouygues Telecom ne conteste pas la possibilité pour le régulateur de modifier une décision d'analyse de marché au cours du cycle d'analyse avant son terme<sup>30</sup>. Toutefois le modèle BLOM est fondé sur les coûts de déploiement d'un réseau FttH par un opérateur hypothétique. Le tarif mensuel d'accès à la boucle locale cuivre serait ainsi susceptible d'augmenter à la condition que les coûts de déploiement modélisés viennent à augmenter. Bouygues Telecom considère ainsi que toute hausse du tarif mensuel de dégroupage devra nécessairement être fondée, justifiée et proportionnée au regard des seules hypothèses de coûts identifiés par le modèle BLOM ;
- L'une des composantes de l'IFER, à suivre la présentation faite par le régulateur dans le cadre de la présente consultation publique, est constituée par l'application d'un « taux de coûts communs ». Cette notion se retrouve concernant la conception, la construction et l'entretien du réseau et fait ainsi partie intégrante du modèle de tarification de l'accès. En l'espèce, l'Arcep ne justifie aucunement le recours à un tel taux pour l'établissement du montant mensuel de l'IFER sur ligne cuivre active. En outre, et comme indiqué ci-avant, cette composante IFER ne fait pas partie des hypothèses retenues pour l'établissement du modèle de coût BLOM retenu pour la détermination du tarif mensuel de dégroupage ;
- L'application d'un « taux de coûts communs » à l'IFER laisse à penser qu'Orange serait rémunérée sur la collecte de l'IFER puisqu'elle percevrait pour cela entre [...] % et [...] % du montant collecté sans que l'Arcep fournisse dans le cadre de la présente consultation des documents justifiant de tels coûts. Nous estimons qu'au cours du cycle d'analyse actuel Orange aurait perçu au titre du « taux de coûts communs » entrant dans la détermination du montant mensuel d'IFER près de **de [...] millions d'euros minimum en moyenne par an ;**

A supposer que le régulateur conserve, pour l'établissement du tarif mensuel de dégroupage, une composante IFER, celle-ci serait en tout état de cause surévaluée

En considérant que différents postes de coûts devraient être appliqués pour la détermination du montant mensuel de l'IFER dont serait redevable les opérateurs alternatifs sur la boucle locale cuivre propriété d'Orange, Bouygues Telecom voit deux possibilités :

- **Un taux de coûts communs devant être proportionné et justifié.** Si un taux de coûts communs devait s'appliquer, celui-ci devrait correspondre à ceux d'un opérateur

<sup>30</sup> Rappelons que la modification d'une décision d'analyse de marché en cours de cycle d'analyse doit toutefois être fondée sur la nature du problème constaté, proportionnée et justifiée au regard des objectifs de régulation dont la préservation de la concurrence entre opérateurs au bénéfice du consommateur.



efficace. Or, le taux de coûts communs de [...] à [...] % appliqué au cas présent apparaît donc disproportionné et déraisonnable pour un opérateur se prévalant comme Orange de la qualité d'opérateur efficace. Le taux de coûts communs appliqué dans le modèle BLOM (coûts de conception, de construction et d'entretien du réseau BLOM) et sur l'IFER apparaît donc très nettement surestimé.

- **La fixation de coûts fixes.** En effet, si des coûts étaient réellement générés au sein d'Orange, pour le traitement de l'IFER, ces coûts ne pourraient être que fixes au cours des années, car une baisse ou une hausse de l'IFER n'aurait aucun impact sur la structure de coûts d'Orange. C'est pourquoi, rien ne justifie que l'IFER intègre une composante « taux de coûts communs ».

#### La composante IFER du tarif de dégroupage : une avance de trésorerie pour Orange ?

La question se pose de savoir si la composante IFER du tarif de dégroupage ne constituerait pas en réalité une avance de trésorerie pour Orange qui (i) perçoit directement des revenus proportionnels à la taxe et (ii) bénéficie d'une avance de trésorerie de la part des opérateurs commerciaux (OC). En effet, l'IFER étant « décaissé » par Orange à l'Etat en fin d'année (décembre) alors qu'il est payé mensuellement par les OC, **il constitue donc une avance de trésorerie faite par les OC à Orange.**

Selon nos estimations, Orange aurait perçu entre [...] à [...] millions en moyenne par mois d'IFER cuivre pour l'année 2022. Sauf à ce qu'Orange en apporte la preuve contraire, une telle avance de trésorerie nous semble de nature à permettre de financer des investissements sans passer par l'emprunt ; sachant que le taux WACC, utilisé dans le modèle BLOM peut servir de référence comme taux de rémunération du capital sur une année, on pourrait donc estimer qu'Orange a fait une économie sur les intérêts d'emprunt d'au moins [...] millions d'euros sur l'année dernière.

## 1.6 Vice procédural substantiel

Les tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale ont été adoptés en vertu de la décision n° 2020-1493 de l'ARCEP du 16 décembre 2020. L'ARCEP a ainsi fixé ces tarifs pour les années 2021 à 2023. Le fait de modifier des conditions d'accès au titre de la répercussion de l'IFER d'Orange sur les opérateurs alternatifs en cours de période d'analyse méconnaît le principe de prévisibilité et stabilité – objectif général incombant à l'Arcep au titre de l'article L. 32-1 du CPCE. Le besoin de prévisibilité et de stabilité est d'autant plus marqué le l'ARCEP souligne dans sa décision n° 2020-1493 que compte tenu du « *contexte de transition technologique du réseau de cuivre vers les réseaux à très haut débit ainsi que les investissements importants qui*



*l'accompagnent, l'Autorité a souhaité donner plus de prévisibilité aux opérateurs alternatifs sur l'évolution des tarifs du dégroupage total. »<sup>31</sup>.*

La méconnaissance par l'ARCEP du principe de prévisibilité et de stabilité est d'autant plus préoccupante qu'elle interviendrait en méconnaissance des obligations procédurales afférentes à l'adoption de décisions tarifaires de régulation. L'augmentation substantielle des tarifs du dégroupage de la boucle locale de cuivre procède d'une modification substantielle de la décision n° 2020-1493 précitée. Le fait que l'ARCEP ait envisagé dans sa décision la possibilité de modifier les conditions tarifaires d'accès au titre de l'IFER « *en cas de modification notable de la fiscalité* »<sup>32</sup> ne dispense par l'ARCEP de son obligation de respecter les règles procédurales afférentes à l'adoption de toute nouvelle décision de régulation. Il n'est pas concevable que l'appréciation du caractère notable de l'évolution de la fiscalité et de la manière dont celle-ci est répercutée sur les opérateurs intervienne 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<sup>33</sup>.

Enfin, la Commission européenne a précisé que toute modification éventuelle des prix au cours du cycle 2021-2023, devrait « *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* ».<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Page 3.

<sup>32</sup> Decision n° 2020 1493 de l'ARCEP, p. 14.

<sup>33</sup> 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

<sup>34</sup> Décision de la Commission du 26 mai 2011, FR/2011/1213-1214, p. 8.



## 2. Le tarif du cuivre doit rester strictement réglementé et plafonné au niveau actuel jusqu'à la fermeture totale du cuivre en 2030

Bouygues Telecom considère que la présente consultation publique est l'occasion de rappeler, dans la perspective notamment des travaux qui seront engagés par l'Arcep en vue de l'adoption du prochain cycle d'analyse de marché pour une durée de 5 ans, la nécessité absolue que constitue de bénéficier d'une stabilité et d'une prévisibilité de la tarification de l'accès à la boucle locale cuivre pour l'année 2023 et jusqu'à la fermeture totale du réseau cuivre.

### 2.1 Une insécurité juridique attachée aux conditions du recours à la clause de révision tarifaire au cours du cycle d'analyse de marché

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** »<sup>35</sup>. 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**<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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



Enfin, la Commission européenne a précisé que toute modification éventuelle des prix au cours du cycle 2021-2023, devrait « **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.

Bouygues Telecom avait ainsi exprimé fermement son opposition à un allègement de la régulation tarifaire du dégroupage de la boucle locale cuivre en fonction du plan de fermeture du réseau cuivre proposé par Orange considérant que « *toutes modifications ultérieures des modalités de détermination du tarif du dégroupage serait contraire à l'objectif de prévisibilité et de stabilité des tarifs du cuivre inscrit dans le code européen des communications électroniques [CECE]* » (réponse publique de Bouygues Telecom, 14 septembre 2020, p. 26)

Bouygues Telecom renvoie à l'ensemble de ses observations formulées dans le cadre de sa contribution en date du 4 avril 2022 en réponse à la consultation publique de l'Arcep du 7 février 2022 relative à l'évolution du contrôle tarifaire cuivre pour 2022 et 2023.

Bouygues Telecom souhaite néanmoins rappeler à l'Arcep que les conditions attachées à la mise en œuvre de la clause de révision tarifaire est source d'insécurité juridique.

Aux termes de l'article 44 de la décision n° 2020-1446 du 15 décembre 2020 d'analyse du marché 3a<sup>37</sup>, l'Arcep a imposé à Orange, en tant qu'opérateur ayant une puissance signification sur le marché, une obligation d'offrir ses prestations de gros d'accès au cuivre à « **des tarifs reflétant les coûts correspondants, en respectant en particulier les principes et objectifs d'efficacité, de non-discrimination et de concurrence effective et loyale** ».

Les modalités de mise en œuvre de cette obligation dite « *d'orientation des tarifs vers les coûts* », censées permettre la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, ont ensuite été précisées par la décision n° 2020-1493 du 16 décembre 2020 *fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023*.

Les décisions des marchés 3a et 3b précisant que la décision n° 2020-1493 du 16 décembre 2020 pourra être modifiée « **en tant que de besoin** » (article 44 al. 3 de la décision d'analyse du marché 3a et article 28 al. 2 de la décision d'analyse du marché 3b).

Ce faisant, Bouygues Telecom a par le passé indiqué à l'ARCEP que sa décision de ne pas figer la question de l'encadrement tarifaire pour la période 2021-2023 avait ouvert la possibilité d'un réexamen anticipé de sa décision n° 2020-1493 du 16 décembre 2020, en y insérant une « **clause de revoyure permettant d'ajuster le niveau du tarif à la hausse en cas de présentation concrète d'un plan de fermeture du réseau cuivre et en fonction des garanties qu'il**

---

<sup>37</sup> V. pour les offres de gros activées (« bitsream »), l'article 28 de la décision n° 2020-1447 du 15 décembre 2020 d'analyse du marché 3b.





**présenterait quant à la rapidité de la transition entre cuivre et fibre** » (décision d'analyse du marché 3a, p. 146 ; v. également : décision n° 2020-1493 du 16 décembre 2020, p.20).

Une clause de revoyure au cours du cycle présent comme futur est susceptible de générer un risque non négligeable d'insécurité juridique, aboutissant *in fine* à remettre en cause le principe de stabilité et de prévisibilité tarifaire.

En effet, **Bouygues Telecom entend simplement souligner le caractère particulièrement vague de la clause de révision.**

Les décisions des marchés 3a et 3b se bornent à indiquer – avec laconisme – que la décision d'encadrement tarifaire (n° 2020-1493) pourra être modifiée « *en tant que de besoin* », sans aucune référence aux conditions dans lesquelles l'Arcep aurait recours à ladite clause.

**Ce faisant, la clause de révision tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre en cours d'un cycle confère l'Arcep un pouvoir discrétionnaire s'agissant de sa décision de mettre en œuvre, ou non, ladite clause.**

**Bouygues Telecom demande donc à l'ARCEP dans un contexte de fermeture du cuivre de donner une plus grande stabilité et prévisibilité aux tarifs, conformément à l'article L. 32-1 du CPCE.**

## 2.2 Substituer à l'orientation vers les coûts du tarif de dégroupage à la boucle locale cuivre un principe de non-excessivité est injustifié et disproportionné

L'ARCEP proposait d'étudier, dans sa consultation du 7 février 2022, le passage d'un tarif orienté vers les coûts à un tarif non excessif. Cette éventualité nous semble disproportionnée à plusieurs égards :

### 2.2.1 Une modification de la méthode de tarification de l'accès contraire aux principes de stabilité et de prévisibilité réglementaire

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* »<sup>38</sup> lorsque l'Arcep fixe une **obligation de contrôle tarifaire** :

---

<sup>38</sup> Recommandation de la Commission 2013/466 du 11 septembre 2013 sur la non-discrimination et les méthodes de coûts, considérant 46.



- **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* »<sup>39</sup>.

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.

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 ».

[...]

- **Ensuite**, nous nous étonnons de revirement possible de paradigme envisagé par l'Arcep concernant le changement de remède tarifaire.

En effet, l'analyse des cas dans lesquels 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 répliquables**, 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 concurrence<sup>40</sup>.

Un tel changement de paradigme dans l'analyse de l'Arcep apparaîtrait 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 si elle était appliquée pendant le cycle d'analyse de marché.

<sup>39</sup> Recommandation de la Commission 2013/466 du 11 septembre 2013 sur la non-discrimination et les méthodes de coûts, considérant 46.

<sup>40</sup> 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*.



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

## 2.2.2 Une hausse tarifaire n'aurait aucun impact sur la vitesse de migration des clients vers la fibre

La hausse du tarif du cuivre n'est pas adaptée à l'objectif avancé par l'Arcep d'inciter les clients à la migration vers le réseau FttH.

A ce propos, Bouygues Telecom s'étonne que l'Arcep fasse fi de l'avis de l'Autorité de la concurrence, en date du 15 septembre 2020, dans lequel l'Autorité de la concurrence souligne **l'existence d'aléas liés à l'absence d'attribution de certains clients d'offres raccordées à la boucle locale de cuivre vers les offres FttH, craignant ainsi la création d'une « rente temporaire au profit d'Orange » (§173) en cas de hausse du tarif du dégroupage du cuivre.**

**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.

Afin d'étayer son propos Bouygues Telecom souhaite présenter 3 exemples concrets :

### L'expérimentation V2 d'arrêt du cuivre

Le 31 mars prochain 6 communes connaîtront une fermeture technique de leur réseau cuivre. Cette expérimentation menée par tous les opérateurs doit permettre à l'ensemble des acteurs de définir les « bonnes pratiques » à mettre en place pour la migration du cuivre vers la fibre. La situation est la suivante (document Orange du GT fermeture du cuivre du 13/01/2023) :

**Le rythme de décroissance consolidé permet désormais d'envisager un parc de lignes cuivre encore actif sous les 20% à fin mars 2023**

Date extract	PROVIN	VOISINS LE BRETONNEUX	ISSANCOURT ET RUMEL	GERNELLE	VRIGNE AUX BOIS	VIVIER AU COURT	TOTAL
nov.-21	887	1251	71	27	1037	604	3877
déc.-21	790	1206	67	25	991	575	3654
janv.-22	723	1181	64	23	966	554	3511
févr.-22	658	1145	60	22	932	519	3336
mars-22	599	1080	56	20	901	515	3171
avr.-22	535	1042	47	20	836	489	2969
mai-22	495	995	39	16	777	452	2774
juin-22	444	930	35	15	722	425	2571
juil.-22	414	900	30	13	686	400	2443
août-22	376	850	25	11	614	369	2245
sept.-22	349	821	21	11	553	333	2088
oct.-22	317	769	15	9	481	307	1898
nov.-22	269	707	12	6	392	260	1646
déc.-22	207	618	7	5	328	218	1383
janv.-23	174	588	7	3	291	194	1257

- Depuis novembre 2021, la baisse totale des lignes cuivre actives est de 68%



Au 31/03/2023 alors que tous les OC ont déployé des moyens très importants d'accompagnement personnalisés des clients à la migration, moyens qui ne seraient pas reproductibles à plus grande échelle, l'ensemble des opérateurs participant à cette expérimentation tablent sur un parc cuivre résiduel un peu inférieur à 20% (données Orange). Tous les opérateurs constatent que près de la moitié de ces clients résiduels réticents à la migration demeurent injoignables. [...]

#### Observation de cohortes de clients Bouygues Telecom

**Les opérateurs ne maîtrisent pas complètement le rythme de migration de leurs clients.** 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 [...] 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.

[...]



### 2.2.3 Une hausse contraire à l'objectif de développement des réseaux prévu à l'article L. 32-1 du CPCE

Si hausse il devait y avoir, elle irait à l'encontre du principe de « *développement de réseaux et de services et à l'interopérabilité des services au niveau européen* » prévu 4° du III de l'article L. 32-1 du CPCE en positionnant les tarifs du dégroupage français parmi les plus élevés par rapport aux niveaux pratiqués au sein des pays européens.

Or, l'Arcep est réglementairement tenue de prendre compte des éléments de comparaison internationale, en particulier européen, dans ses décisions tarifaires<sup>41</sup>.

A cela s'ajoute que la quasi-exclusivité des pays membres de l'Union européenne ont un tarif de dégroupage orienté vers les coûts. **A notre connaissance aucun pays européen n'envisage à ce jour une hausse du tarif de dégroupage.**

### 2.2.4 Une hausse contraire à l'objectif de concurrence loyale prévu aux 1° et 3° du III de l'article L. 32-1 du CPCE

Une hausse du tarif de dégroupage créera une distorsion de concurrence majeure entre Orange et les autres opérateurs alternatifs. De plus, **ces derniers seront placés face à un dilemme insoluble dont seul Orange bénéficiera.**

**Il est en outre rappelé qu'Orange détient non seulement un monopole sur l'accès au réseau cuivre, mais également un monopole géographique sur l'accès au réseau FTTH sur 79% du territoire national, ainsi qu'une part de marché en aval de 25 à 40%. Il garde donc a minima sur toutes ces zones une puissance significative sur le marché.**

**Il est donc nécessaire, que ce soit au titre de l'article 67 du code des communications électroniques européen, ou de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 3 et 4, ainsi que l'article 3, paragraphe 5, de la directive 2014/61 (voir CJUE, 17 novembre 2022, Toya, C-243/21) de conserver un contrôle ex ante des tarifs de dégroupage tel que celui décidé pour le cycle 2021-2023 en décembre 2020, fondé sur le modèle BLOM., aux fins de maintenir une concurrence effective**

#### *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.**

---

<sup>41</sup> Article D. 311 du CPCE.



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.

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, les effets concurrentiels de cette hausse seraient rédhibitoires**

## 2.2.5 Une hausse serait inopportune en termes économiques et politiques

Une hausse du tarif du cuivre aggrandira la fracture numérique du territoire. En effet cette hausse ne sera pas perçue par le client final de façon identique.

Dans les zones en retard de déploiement, quelle est l'alternative au cuivre ? Aucune, ce serait donc une triple peine :

- Hausse du tarif de l'ADSL
- Qualité dégradée du réseau cuivre
- Obsolescence technologique

Dans les zones éligibles à la fibre, comme démontré précédemment la migration se fait naturellement, sauf pour une part non négligeable de réticents (voir supra).

Il s'agirait d'un signal économique inadapté et d'un transfert de moyens financiers vers celui qui est le moins endetté et distribue des dividendes considérables.





Aucun régulateur européen, même d'un marché plus avancé en FttH, n'a augmenté le prix du dégroupage.

En outre, le réseau cuivre reste une infrastructure déjà largement amortie.

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 même sans aucune 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 2017<sup>42</sup>

« L'articulation curatif-préventif ne fait pas l'objet de définitions de meilleures 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 »

De plus, Orange en tant qu'opérateur efficace a naturellement optimisé ses ressources en mutualisant ses équipes et équipements fibre et cuivre. Ce réseau cuivre, déjà amorti, lui permet donc également de posséder un avantage concurrentiel sur le réseau fibre.

### 2.2.6 Une hausse de tarif destinée à financer le démantèlement du réseau cuivre d'orange est prohibée par le droit de la concurrence

Toute hausse du tarif de dégroupage semble donc n'avoir pour but que de financer le démantèlement du réseau cuivre alors que la jurisprudence interdit de faire financer par les concurrents les coûts de démantèlement d'un monopole historique. Et ce, alors que la valeur du réseau cuivre d'Orange est estimée à plus de 8 Md€<sup>43</sup>.

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 presse<sup>44</sup>, 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"**

<sup>42</sup> [https://www.cfecgc-orange.org/documents/comites-groupe/ccues/cr\\_ccues\\_02\\_2017.pdf](https://www.cfecgc-orange.org/documents/comites-groupe/ccues/cr_ccues_02_2017.pdf)

<sup>43</sup> <https://www.latribune.fr/technos-medias/telecoms/telecoms-le-reseau-cuivre-d-orange-un-tresor-de-plusieurs-milliards-d-euros-922976.html#:~:text=D%C3%A8s%20lors%2C%20le%20r%C3%A9seau%20d,%2C%20que%20d'une%20estimation.>

<sup>44</sup> 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.



*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"*<sup>45</sup>.

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 européenne<sup>46</sup>.

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**<sup>47</sup>.

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 de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français<sup>48</sup>, **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**.

<sup>45</sup> *Ibid.*, points 46 à 49.

<sup>46</sup> CJUE, 26 octobre 2016, Orange contre Commission, C-211/15, [EU:C:2016:798](#), points 25 à 30.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.