

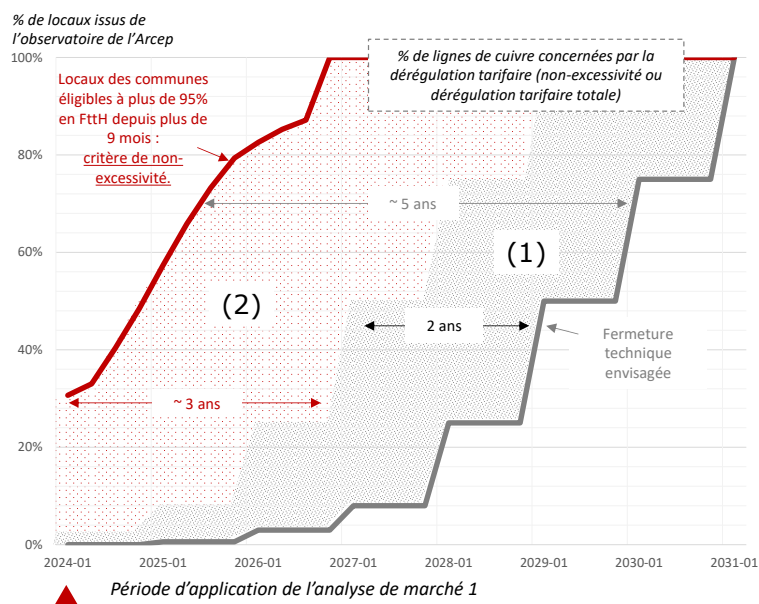
**CONSULTATION PORTANT SUR LE PROJET DE DECISION D'ANALYSE DU MARCHÉ 1
DE FOURNITURE EN GROS D'ACCES LOCAL EN POSITION DETERMINEE
- SECONDE CONSULTATION PUBLIQUE -
(29 juin 2023 au 18 septembre 2023)
SYNTHESE**

Introduction

L'Arcep a fait évoluer son analyse de marché 1 entre la première et la seconde consultation publique. Nous partageons une partie de l'analyse de l'Arcep selon laquelle seule une fermeture technique programmée de manière engageante dans un horizon de moins de trois ans et annoncée publiquement peut accélérer la fermeture du cuivre.

Le dispositif de l'Arcep prévoit désormais deux mécanismes d'allègement de la régulation tarifaire :

- (1) une dérégulation totale des tarifs du cuivre accrochée à la fermeture technique du cuivre programmée et opposable et déclenchée deux ans avant cette fermeture (Orange devra rembourser le trop-perçu s'il retarde la date de fermeture technique programmée) ;
- (2) une obligation de tarification en non-excessivité indépendante de la fermeture technique du cuivre pour toutes les lignes de cuivres des communes où l'éligibilité du FttH dépasse 95% depuis neuf mois.



Part des locaux du territoire (lignes de cuivre) concernées par les remèdes tarifaires géographiques

La généralisation du FttH en France est financièrement sécurisée¹ grâce aux investissements massifs de tous les opérateurs et des pouvoirs publics. Grâce au rythme actuel de déploiement des réseaux

¹ Co-investissement de plusieurs dizaines de milliards d'euros de l'ensemble des opérateurs commerciaux et financements publics complémentaires au travers du Plan France Très Haut Débit notifié à la Commission européenne.

FttH, le franchissement rapide du seuil de 95% d'éligibilité au FttH à la commune est désormais une certitude.

Ainsi, d'un côté, le dispositif de l'Arcep prévoit une dérégulation tarifaire totale deux ans avant la fermeture technique. Comme nous l'indiquons précédemment, ce remède tarifaire (1), accroché à la fermeture technique, est conforme aux préconisations de la Commission européenne et incite économiquement Orange à anticiper la fermeture technique du cuivre (prévue à une échéance lointaine actuellement) et par conséquent à accélérer la migration de l'ensemble des abonnés sur le cuivre.

Cependant, de l'autre côté, le dispositif de l'Arcep (2) autorise Orange à pratiquer des tarifs en non-excessivité sur la base d'un seuil d'éligibilité au FttH qui sera atteint rapidement et de manière certaine.

Le millefeuille de remèdes tarifaires (1) + (2) est *in fine* contreproductif.

En décorrélant totalement le remède de non-excessivité de la date de fermeture technique et en l'accrochant au franchissement inéluctable d'un seuil d'éligibilité au FttH des communes, Orange a la garantie de pouvoir augmenter ses tarifs sans aucune contrepartie dès l'entrée en vigueur de la décision et sur l'essentiel des lignes de cuivre au moins cinq ans avant la fermeture technique du cuivre.

Le remède de non-excessivité (2) prévu par l'Arcep vient donc annuler les incitations pour Orange découlant du remède de dérégulation totale (1).

Avec un tel dispositif, Orange n'a plus aucune incitation économique à anticiper la fermeture technique du cuivre, ni à s'engager et respecter un horizon de fermeture technique du cuivre, ni à accélérer la migration vers le FttH de ses propres abonnés² sur le cuivre.

La fermeture technique restera tardive³ et incertaine alors que la rente de monopole d'Orange sera garantie par le remède de non-excessivité.

En outre, le plafond tarifaire proposé par Orange est déjà excessif sur 2024 et 2025, y compris selon les critères de l'Arcep, et au-delà des deux ans, sans garde-fou (« safety-cap ») Orange continuera d'augmenter ses tarifs malgré l'obligation de non-excessivité.

Dans un contexte où Orange est l'opérateur qui détient environ 55% des abonnés en cuivre et qui migre le plus lentement ses abonnés vers la fibre, le remède tarifaire en non-excessivité est mal ciblé et n'aura aucun impact sur la majorité des abonnés cuivre d'Orange.

Au final, la superposition des remèdes (1) + (2) rend la décision non conforme au projet de recommandation Gigabit de la Commission européenne.

81. Where the wholesale prices for access to copper networks are subject to cost-orientation, in accordance with the recommended costing methodology, and once a decommissioning or replacement plan notified by the SMP has been assessed by the NRA as complying with the first subparagraph of Article 81(2) of Directive (EU) 2018/1972, NRAs may consider a progressive relaxation of the price control obligation, by allowing the SMP operator to progressively increase wholesale prices for access to copper networks. Such a price increase should only be applicable in areas where the notice period for the copper switch-off has started. The NRA should ensure that the period of applicability of the price increase is not prolonged by any undue delay in the implementation of the switch-off plan. Where such a measure is implemented, it should be accompanied by sufficient safeguards in order to preserve competition, including the following.
- (a) the NRA should set the modalities of this price increase in advance;

² Puisqu'Orange n'aura pas à supporter les hausses de tarif de gros pour les abonnés de sa branche de détail.

³ Le plan d'Orange prévoit que la majorité des lignes de cuivre seront fermées techniquement au-delà du prochain cycle d'analyse de marché, c'est-à-dire après 2029.

Le projet de recommandation offre une certaine flexibilité tarifaire sous la forme d'un « assouplissement progressif » avant la fermeture technique complète du réseau de cuivre (2 à 3 ans). L'Arcep définit une étape préalable supplémentaire de dérégulation (sur le périmètre où s'applique le remède de « non-excessivité ») accordant une flexibilité supplémentaire à Orange pendant au moins cinq ans avant la fermeture technique avec une prévisibilité très limitée sur l'évolution des tarifs pour les opérateurs alternatifs.

Pour Iliad, ce projet de décision d'analyse de marché 1 suscite de vives inquiétudes dans le contexte français actuel :

- la dérégulation des tarifs du cuivre, et en particulier le dispositif de tarification en non-excessivité, est accordée à Orange sans contrepartie alors que la fermeture technique est lointaine et incertaine ;
- la dérégulation intervient dans des zones géographiques où Orange reste en monopole au niveau local étant à la fois fournisseur d'infrastructures cuivre et FttH ;
- il est indispensable qu'une analyse concurrentielle approfondie soit conduite sur les zones concernées par les remèdes tarifaires ainsi qu'une analyse d'impact ;
- ces analyses devraient conduire le régulateur à reconsidérer son projet de décision notamment en ce qui concerne les remèdes tarifaires.

En conclusion, nous demandons à l'Arcep de reconsidérer son projet d'analyse de marché, en particulier en ce qui concerne le remède tarifaire en non-excessivité.

Propositions Iliad

Nous souhaitons que l'analyse de marché :

- conditionne l'allègement du contrôle tarifaire du dégroupage, c'est-à-dire la relaxe de l'obligation d'orientation vers les coûts pour certaines lignes cuivre, à deux et uniquement deux critères :
 1. la date de fermeture technique de la ligne a préalablement été programmée de manière engageante et rendue publique ;
 2. cette date de fermeture technique est prévue dans un délai de moins de deux ans et Orange devra restituer l'augmentation tarifaire correspondant à la durée éventuelle d'un retard sur la date de fermeture technique ;
- substitue, pour ces lignes, l'obligation d'orientation vers les coûts par un Price Cap juridiquement opposable, explicitement défini par l'Autorité dans le dispositif de sa décision d'analyse de marché. Ce Price Cap (ou « Safety Cap ») ne devrait pas excéder 7% sur l'ensemble du cycle à venir d'analyse de marché.

Dans la suite de notre contribution, nous souhaitons attirer l'attention de l'Arcep sur plusieurs lacunes de son analyse de marché :

- le projet de décision ne prend pas suffisamment en compte la substituabilité imparfaite entre cuivre et fibre ;
- sur le plan méthodologique, il n'y a aucune cohérence entre le périmètre des remèdes tarifaires envisagés par l'Arcep et l'analyse géographique conduite dans sa définition des marchés pertinents ;
- la décision ne contient aucune analyse ni prise en compte de la dynamique concurrentielle sur les marchés de gros et de détail dans les zones où les remèdes géographiques s'appliqueraient ;
- la décision ne comporte aucune analyse d'impact ni des effets des remèdes pour le secteur notamment en termes d'incitation économique et ni d'éventuels « *déséquilibres financiers susceptibles de distordre la concurrence* » comme le préconisait l'Autorité de la concurrence en 2020.

Certaines de ces remarques avaient déjà été formulées dans notre contribution à la première consultation publique⁴ sur le projet de décision d'analyse de marché 1 pour laquelle nous avons sollicité l'analyse du WIK-Consult⁵ dont le rapport d'expert est joint en annexe 2.

Ces remarques restent donc d'actualité en ce qui concerne la présente consultation du projet de décision d'analyse de marché 1.

⁴ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-ADM7-projdec-marche1_fev2023.pdf

⁵ En particulier les remarques concernant les analyses concurrentielles des marchés de gros et détails dans les zones concernées par les remèdes (§33 du rapport du WIK), les remarques méthodologiques sur l'incohérence entre les zones de remèdes et celles étudiées dans la définition de marché pertinent (§35) ou encore la substituabilité imparfaite entre cuivre et fibre (§36).

**CONSULTATION PORTANT SUR LE PROJET DE DECISION D'ANALYSE DU MARCHÉ 1
DE FOURNITURE EN GROS D'ACCES LOCAL EN POSITION DETERMINEE**

- SECONDE CONSULTATION PUBLIQUE -

(29 juin 2023 au 18 septembre 2023)

CONTRIBUTION

La substituabilité entre cuivre et fibre est imparfaite. Pour une fraction des abonnés averses aux travaux, cette substituabilité est très imparfaite, voire techniquement impossible, et ces abonnés sont captifs du cuivre jusqu'à sa fermeture technique

Les opérateurs ont investi massivement ces dernières années dans la fibre en tant que financeur ou co-financeur et ont donc un intérêt rationnel et immédiat à faire migrer leurs abonnés éligibles vers les réseaux FttH pour rentabiliser ces investissements. Des efforts de commercialisation importants sont consentis par les opérateurs commerciaux de la fibre pour augmenter le taux d'adhésion aux réseaux FttH.

Lorsqu'un opérateur commercial est présent en FttH sur une zone donnée, du point de vue de l'offre, la fibre et le cuivre sont substituables. En revanche, la commercialisation du FttH sur le marché de détail démontre que la substituabilité entre la fibre et le cuivre du point de vue de la demande n'est pas totale sur le périmètre des utilisateurs éligibles à une offre commerciale FttH.

La substituabilité entre fibre et cuivre est imparfaite et le restera à l'horizon du cycle à venir d'analyse de marché. Une partie limitée des abonnés, entre 10% et 30%, n'ont que peu d'appétence spontanée pour la fibre. Une fraction résiduelle des abonnés, 10% à 15% sont averses aux travaux d'installation de la fibre ou bien ces travaux sont impossibles ou coûteux.

Du fait de la couverture universelle du réseau de cuivre, quasiment tous les utilisateurs finals sont (i) *de facto* éligibles au cuivre et (ii) et disposent déjà de la prise téléphonique, extrémité de la paire de cuivre, installée à l'intérieur du logement. Dans la plupart des cas, le service haut débit peut être proposé à tous les utilisateurs dans un délai de quelques jours. Dans le pire des cas, y compris quand la paire de cuivre nécessite une intervention⁶, les services haut débit sont disponibles en moins d'une trentaine⁷ de jours ouvrés et sans surcoûts prohibitifs pour l'utilisateur final.

Le processus d'activation des services sur le cuivre qui constitue une forme de référence pour les utilisateurs finals des services DSL depuis de nombreuses années, n'est absolument pas répliquable sur les réseaux FttH. La principale raison découle de la nécessité de terminer le réseau FttH par le déploiement du raccordement final et la pose de la prise (PTO) à l'intérieur du logement pour tous les utilisateurs finals devenus éligibles à la fibre.

Comme nous l'indiquons dans nos précédentes écritures, pour Iliad, réussir tous les raccordements finaux des utilisateurs éligibles au FttH sera un enjeu crucial du prochain cycle d'analyse de marché pour la simple raison que la réussite de ce raccordement final n'est pas garantie à 100%.

Iliad a adopté il y a plusieurs années des décisions volontaristes en faveur de la migration vers la fibre : pas de différenciation tarifaire entre les offres de détail sur fibre optique et sur cuivre ; arrêt

⁶ Les « constructions » sur le cuivre, qui nécessitent systématiquement une intervention du technicien d'Orange chez le client final de l'opérateur dégroupé et qui peuvent être rapprochées au mode OI du FttH, ont toujours été nécessaires depuis le premier jour du dégroupage et le sont toujours actuellement (représente entre 10 et 20% des commandes xDSL). Le rapprochement du raccordement final FttH avec la « construction » de ligne en cuivre présente des limites mais reste un élément de comparaison compris des utilisateurs finaux.

⁷ Selon les indicateurs de qualité de service de l'accès cuivre au T2 2022, le délai de construction de ligne au 95^e centile est de 26 JO en dégroupage total et de 35 JO en bitstream.

de la commercialisation du DSL depuis 2018 sur les immeubles où Free est présent en fibre optique ; poursuite de l'innovation avec de nouvelles box et offres tirant au mieux parti du FttH.

Grâce à notre politique commerciale volontariste, essentiellement centrée sur le FttH partout où il est disponible, Iliad est l'opérateur qui migre le plus rapidement ses abonnés vers la fibre avec près de [...] des abonnés migrés au cours de la première année qui fait suite à l'éligibilité.

Cependant, [...] de nos abonnés éligibles au FttH n'ont pas encore migré plus de deux après l'éligibilité à la fibre de Free et ce sont plus de [...] de nos abonnés qui sont encore sur le cuivre au bout de 3 ans. La dynamique de migration semble atteindre une forme d'asymptote au bout d'environ 4 ans où environ [...] du parc reste durablement sur le cuivre.

Les causes de ce retard de migration ou « d'adhérence » au cuivre sont multiples :

- l'absence d'intérêt de l'abonné et donc le refus des rendez-vous proposés pour installer la fibre ;
- le doute sur le droit de faire (locataires) ou le refus de faire (propriétaires) les travaux intérieurs à la propriété ;
- les impossibilités ou contraintes extérieures à la propriété de l'abonné (immeuble, domaine public, génie civil).

Les impossibilités ou contraintes extérieures ou intérieures à la propriété de l'abonné sont d'ordre matériel et nécessitent des travaux coûteux qui peuvent entraîner non seulement la création, la réparation ou encore le « curetage » d'infrastructures de génie civil sur le domaine public mais le plus souvent des travaux à l'intérieur du domaine privé :

- en ce qui concerne les travaux sur la partie publique, l'Etat a prévu une enveloppe pour accompagner les RIP sur les raccordements complexes⁸ : néanmoins, ce financement ne concerne pas les autres zones du territoire (AMII, AMEL) ni les travaux de génie civil nécessaires sur le domaine privé ;
- en ce qui concerne la partie privative, aucun opérateur de réseau, y compris de service public (eau, électricité, gaz ou assainissement) ne finance, sur le domaine privatif, les travaux nécessaires au raccordement du local concerné : c'est le client final qui en supporte la charge⁹.

Dans ces cas, les coûts, les démarches et la durée probablement longue des travaux découragent les utilisateurs finals à migrer vers le FttH et les incitent à rester sur le réseau de cuivre aussi longtemps qu'il ne sera pas techniquement fermé.

Seule l'imminence d'une fermeture technique peut amener l'utilisateur à prendre en charge tout ou partie des coûts éventuels sur la partie privative et/ou à entreprendre les démarches en vue d'être accompagné, le cas échéant, sur la réalisation du raccordement final.

Pour les utilisateurs finals qui ne disposent pas encore de prise terminale FttH à l'intérieur de leur logement, l'expérience de « l'absence de substituabilité du point de vue de la demande » n'est pas simplement un concept économique : c'est une réalité concrète et palpable et un obstacle à la migration, parfois bloquant, qui n'existait pas sur le cuivre au moment du lancement de l'ADSL.

⁸ Dans le cadre du plan France Relance, l'Etat a alloué une enveloppe de 150 millions d'euros (doublé avec l'abondement des collectivités locales) pour répondre aux difficultés de déploiement de la fibre optique dans les RIP pour la construction de génie civil manquant sur le domaine public.

⁹ Sur l'emprise du droit du terrain et en limite de propriété privée, le coût peut être partagé entre l'opérateur d'infrastructure et le client final (avec une part majoritaire pour le client final) mais dans ce cas l'opérateur d'infrastructure, en situation de monopole, est compensé financièrement par la puissance publique au titre du service public qu'il rend.

Cette substituabilité imparfaite risque de perdurer au cours du prochain cycle d'analyse de marché

En effet, comme nous l'indiquions dans notre contribution au bilan et perspectives, et en se basant sur les chiffres de l'ANCT et de la DGE qui ont réalisé une étude sur les échecs de raccordements finaux, environ 10% des échecs étaient liés à des difficultés de génie civil sur le domaine public et privé (2,5% en domaine public et 7,5% en domaine privé).

Dans l'hypothèse où environ une quinzaine de millions de raccordements finaux pourraient intervenir d'ici à l'horizon du prochain cycle d'analyse de marché (2028), cela signifie qu'au moins 1 à 1,5 M d'utilisateurs finaux seraient durablement en échec de raccordement final (soit de l'ordre de 1 000 utilisateurs finals par jour ouvré sur la période des 5 années du prochain cycle) du fait d'impossibilités ou contraintes extérieures ou intérieures à la propriété de l'abonné.

Actuellement, il n'y a ni droit à la fibre ni service universel et le secteur n'a pas encore trouvé la « formule magique » permettant de réussir tous les raccordements des utilisateurs finaux éligibles, et cela malgré l'implication financière totale des opérateurs commerciaux sur le FttH qui supportent l'entièreté du financement des raccordements finaux en zone AMII et la quasi-totalité de ce financement en zone RIP. Nous renvoyons l'Autorité à nos écritures sur la consultation publique sur la « Synthèse des travaux sur les modalités tarifaires des raccordements finals des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné ».

Il faut ajouter aux situations mentionnées ci-dessus également les cas où l'abonné a des doutes sur le droit de faire (locataires) ou refuse de faire (propriétaires) les travaux intérieurs à la propriété. Le raccordement final peut alors être significativement retardé même s'il n'est pas nécessairement plus difficile ou significativement coûteux. Ces cas correspondent en général aux abonnés qui n'ont pas migré la première année de leur éligibilité à la fibre mais qui parviennent à le faire au cours des 3 années suivantes (cf. graphe ci-dessus).

Enfin, il restera les abonnés qui ne souhaitent pas la fibre (« irréductibles ») et qui refuseront le raccordement final jusqu'au jour où la fermeture technique du cuivre sera imminente et que la perte des services sera inéluctable.

Au plan méthodologique l'analyse de l'Arcep est incohérente : la dérégulation géographique proposée par l'Arcep intervient sur des zones qui ne correspondent pas du tout à celles examinées par l'Autorité dans sa définition de marché pertinent

Dans sa définition de marché pertinent, l'Arcep identifie 13 zones du territoire et conduit une analyse concurrentielle de ces zones selon 4 critères parmi lesquels la part des lignes fournies par des opérateurs alternatifs et celles dépendants des infrastructures d'Orange, toutes technologies confondues.

L'Arcep conclut p.43 son analyse en indiquant : « *L'analyse cumulative des quatre critères démontre qu'aucune zone du territoire ne se distingue par des conditions concurrentielles suffisamment favorables. Les différentes zones apparaissent encore dépendantes des infrastructures d'Orange à date.* »

Néanmoins, considérant que son analyse ne permettrait pas d'aboutir à des marchés géographiques suffisamment stables dans le temps, l'Arcep conclut à la dimension nationale du marché.

Comme nous l'avons indiqué dans notre précédente contribution, Iliad ne conteste pas la définition de marché de l'Arcep.

Cependant, les zones géographiques où s'appliqueraient les remèdes n'ont rien à voir avec les 13 zones du territoire identifiées au stade de la définition de marché pertinent et ne sont pas non plus basées sur les mêmes critères.

Cette incohérence dans l'analyse ne serait *a priori* pas dommageable si une analyse concurrentielle sur les zones concernées par les remèdes tarifaires avait été produite en soutien du projet de décision... néanmoins le projet de décision actuel ne semble pas faire état de cette analyse concurrentielle ou de ses enseignements.

Pourtant, l'incohérence entre les zones de la définition de marché pertinent et les zones de remèdes géographiques envisagées, qui contraste avec la pratique européenne en la matière, rend cette analyse concurrentielle indispensable pour justifier des remèdes.

Le projet de décision ne fait pas apparaître non plus d'analyse d'impact des remèdes envisagés pour les acteurs du secteur.

En l'absence de telles analyses concurrentielles et analyse d'impact produites dans le projet de décision, Iliad propose dans cette contribution une analyse concurrentielle et une analyse d'impact sur les zones concernées par les remèdes tarifaires sur la base des données accessibles publiquement.

Les remèdes envisagés par l'Arcep ne sont pas justifiés et sont contreproductifs vis-à-vis de l'objectif de transition du cuivre vers la fibre

L'Arcep propose de déréguler le tarif du cuivre dans les communes couvertes par la fibre à plus de 95% depuis 9 mois. En d'autres termes, le projet de décision semble conclure que le réseau FttH exerce une telle pression concurrentielle sur le cuivre qu'il est possible de laisser Orange fixer les tarifs du cuivre en non-excessivité.

Nous ne partageons pas ces conclusions pour les raisons détaillées ci-après.

L'Arcep n'a pas produit d'analyse concurrentielle sur les marchés de gros ou de détail sur le périmètre concerné par le remède tarifaire de non-excessivité en soutien de sa décision. Pourtant Orange, puissant sur le cuivre et largement prépondérant sur la fibre, est en monopole local sur le marché de gros du haut et du très haut débit.

En introduisant un tel remède de non-excessivité sur le périmètre des communes couvertes en FttH à plus de 95%, l'Arcep s'apprête à déréguler des zones où Orange (et ses filiales) est l'opérateur de gros en monopole local sur le marché de gros du haut et du très haut débit.

Nous l'avons détaillé plus haut, jusqu'à preuve du contraire¹⁰, le contexte du marché révèle une substituabilité imparfaite et durable entre le cuivre et la fibre. Dans le cadre de son avis n° 20-A-07 du 15 septembre 2020¹¹, l'Autorité de la concurrence avait indiqué au considérant 172 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

¹⁰ « Formule magique » ou « solution miracle » qui permettrait de réussir le raccordement final quasiment à tous les coups.

¹¹ Avis n° 20-A-07 du 15 septembre 2020 sur la décision d'analyse de marché 3a en vigueur (devenu marché 1).

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.

Or le dispositif proposé ne semble pas prendre en compte une partie de l'analyse concurrentielle : il ne pénalise que les opérateurs alternatifs et ne fournit pas les incitations permettant de contenir les risques de « *création de rente temporaire* » ou de « *distorsion de concurrence* » au profit de l'opérateur puissant, pourtant identifiés et pointés par l'Autorité de la concurrence lors du précédent cycle.

En effet, la décision semble avoir omis de vérifier la structure du marché de gros sur le périmètre résultant de l'application des critères envisagés. En l'absence d'analyse concurrentielle des remèdes produite à l'appui du projet de décision, Iliad a donc effectué une évaluation de la situation concurrentielle sur les zones géographiques concernées.

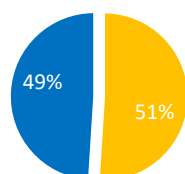
Pour conduire cette analyse, Free s'est appuyée sur :

- l'observatoire HD et THD de l'Arcep pour déterminer la vitesse de déploiement du FttH observée sur les dernières années dans chaque commune. Notre analyse s'appuie sur la vitesse de déploiement de cohortes de communes se situant à des niveaux similaires de couverture FttH ;
- l'analyse du rythme des déploiements FttH à la maille de chaque commune permet de construire une courbe de déploiement FttH moyenne basée sur les déploiements réels récents et de construire une estimation de la trajectoire de déploiement du FttH dans les prochaines années pour chaque commune du territoire ;
- cette analyse permet d'estimer le nombre de communes qui franchiraient le seuil de 95% d'éligibilité au FttH depuis 9 mois sur les prochaines années et d'évaluer le périmètre et l'impact des remèdes proposés par l'Arcep.

Afin de vérifier la situation concurrentielle sur le marché de gros sur le périmètre des zones concernées par les tarifs en non-excessivité, nous avons évalué la part de marché FttH d'Orange sur le périmètre des communes concernées : le résultat n'est pas rassurant sur le plan concurrentiel.

En plus d'une position d'opérateur puissant sur le cuivre, Orange est l'opérateur prépondérant sur le FttH en particulier dans les zones où les remèdes tarifaires vont s'appliquer dès 2024.

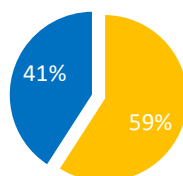
En effet, au moment de l'entrée en vigueur probable des tarifs en non-excessivité mi-2024 (suite à une éventuelle publication de l'Arcep tout début 2024), il y aurait environ 16 millions de locaux, et donc de lignes de cuivre, concernés par une tarification non-excessive. Sur ce périmètre Orange OI et ses filiales détiendraient une part de marché de gros sur le FttH supérieure à 50%. Le reste des lignes FttH de ce périmètre de 16 millions de locaux étant exploité par d'autres OI (en bleu ci-dessous).



Part de marché de gros FttH d'Orange (en orange) à mi-2024 sur le périmètre des communes couverte à plus de 95% en FttH depuis plus de 9 mois

Cette part de marché FttH devrait encore augmenter rapidement avec l'augmentation du volume de locaux concernés par les tarifs non-excessifs en fin 2024 et au cours de l'année 2025.

Fin 2025, le périmètre de locaux concernés par le tarif non-excessif dépasserait les 30 millions sur lesquels Orange OI et ses filiales détiendrait 59% de part de marché de gros FttH. Ce niveau correspond à la part de marché de long terme d'Orange OI et de ses filiales sur le marché de gros FttH.



Part de marché de gros FttH d'Orange (en orange) fin 2025 sur le périmètre des communes couverte à plus de 95% en FttH depuis plus de 9 mois

Orange est en monopole local sur le marché de gros du haut et du très haut débit sur le périmètre concerné par le remède de tarification non-excessive. Notre analyse n'est pas contredite par l'Arcep qui n'a produit aucune analyse concurrentielle sur les marchés de gros et de détail pour les zones concernées par les remèdes tarifaires envisagés.

Compte tenu de la situation concurrentielle, il nous paraît donc insensé que l'Arcep puisse envisager sereinement d'alléger ses remèdes tarifaires sur de telles zones géographiques et laisser l'opérateur puissant, en monopole local sur ces zones, pratiquer une tarification en non-excessivité.

L'Arcep n'a pas produit d'analyse d'impact de ses remèdes tarifaires sur les périmètres géographiques concernés. Pourtant, en examinant les effets de ces remèdes, on s'aperçoit que le remède tarifaire en non-excessivité envisagé reste injustifié et sera contreproductif.

En l'absence d'analyse d'impact des remèdes produite à l'appui du projet de décision, Iliad a effectué une évaluation des effets des remèdes sur les zones géographiques concernées.

Les résultats de cette analyse sont présentés dans le graphique ci-dessous qui montre le pourcentage de locaux, et donc de lignes de cuivre, qui seraient concernés par les différents remèdes tarifaires géographiques envisagés par l'Arcep dans son projet de décision :

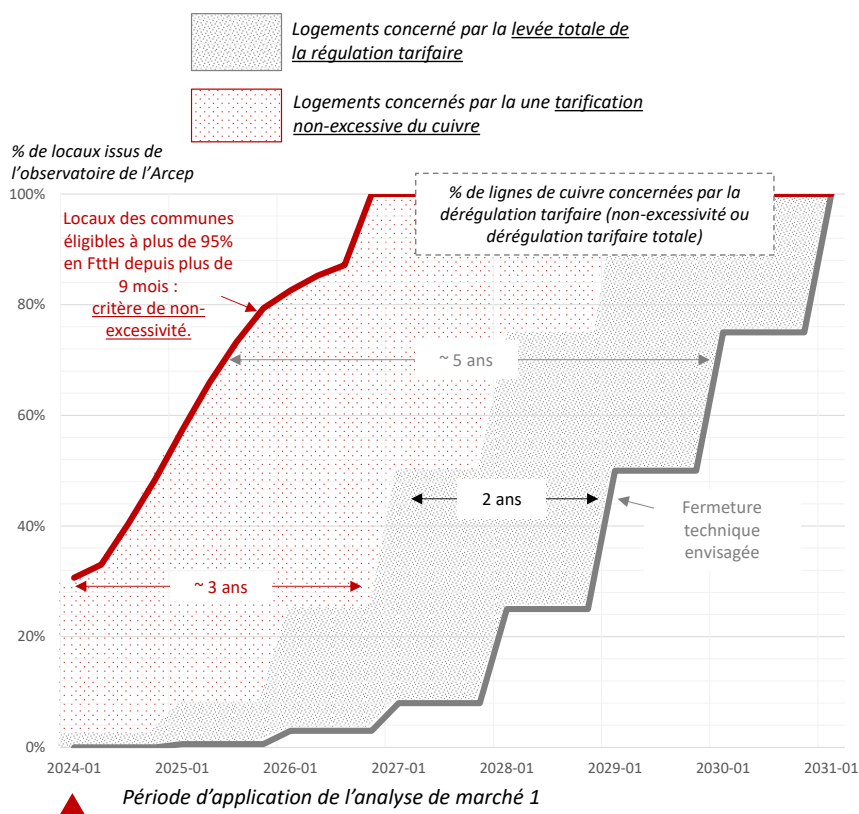


Figure 1 : part des locaux du territoire (lignes de cuivre) concernées par les remèdes tarifaires géographiques

Tout d'abord, on peut constater que la dérégulation tarifaire envisagée ne se concentre pas uniquement sur la période des deux années qui précèdent la fermeture technique du cuivre, mais auront *in fine* un impact sur l'essentiel des lignes de cuivre, dès l'entrée en vigueur de la décision et pendant toute la durée du prochain cycle d'analyse de marché.

Si le remède de dérégulation tarifaire totale deux ans avant la fermeture technique programmée est conforme aux recommandations européennes, ce n'est pas le cas du remède tarifaire en non-excessivité. Nous estimons que le projet de décision devrait être révisé pour y retirer le remède tarifaire en non-excessivité qui intervient au moins cinq ans avant la fermeture technique notamment pour les trois raisons suivantes :

- (1) il va générer une rente de monopole pour Orange dès 2024, c'est-à-dire cinq ans au moins avant la fermeture technique envisagée par Orange ;
- (2) dans la mesure où ce remède n'est pas accroché à la fermeture technique du cuivre, il viendra affaiblir plus largement le dispositif visant à accélérer la migration du cuivre vers la fibre ;
- (3) il est contraire au principe de prédictibilité de la régulation dans la mesure où il n'offre de visibilité que sur les deux premières années du prochain cycle d'analyse de marché.

(1) Le remède tarifaire en non-excessivité génère une rente de monopole injustifiée pour Orange pendant au moins cinq ans avant la fermeture technique

L'unique argument en soutien du remède tarifaire en non-excessivité, et qui en constitue également le critère de déclenchement (éligibilité au FttH supérieure à 95%), est la supposée pression concurrentielle du FttH sur le cuivre.

- *L'argument de l'Arcep est contraire à la doctrine économique*

Nous l'avons déjà indiqué dans nos précédentes écritures, cette analyse de l'Autorité nous semble viciée. Si le FttH exerçait effectivement une pression concurrentielle sur le cuivre, Orange aurait tendance à en baisser le prix, pas à le monter. L'arrivée d'une concurrence nouvelle fait rarement monter les prix des produits historiques.

L'augmentation du tarif n'aurait pas lieu dans une situation de marché concurrentielle : hors monopole, les prix des produits en voie d'obsolescence ont tendance à diminuer. Un opérateur en monopole ou en situation de dominance peut fixer ses prix indépendamment de la concurrence. L'opérateur dominant maximise son profit mais fixe des prix, souvent trop élevés, s'éloignant de l'optimum collectif.

La régulation intervient alors pour fixer un prix similaire à celui qui existerait en situation de concurrence (s'il y avait plusieurs boucles locales cuivre en superposition par exemple).

Plus largement, la fin programmée de nombreuses technologies n'a pas entraîné une explosion des tarifs sur les marchés de gros ou détail. Dans un marché aussi concurrentiel que le marché mobile, aucun opérateur mobile ne s'est risqué à augmenter les tarifs des utilisateurs qui sont encore équipés de téléphones compatibles uniquement avec les technologies 2G et le dernier abonné 2G ne payera pas 10 000 € par mois. Dans d'autres marchés encadrés ou régulés, l'arrêt des services Minitel n'a pas entraîné une augmentation des tarifs pour les utilisateurs grands-publics ou encore les nombreuses entreprises qui avaient encore recours aux fonctionnalités du Minitel pour des utilisations professionnelles entre entreprises de type « machine-to-machine ». Plus proche encore de l'activité de l'Arcep, la fin programmée du RTC n'a pas donné lieu à une augmentation des tarifs de gros ou de détail des services téléphoniques régulés, que ce soit en origination ou en terminaison, à destination du grand-public, des entreprises ou encore des utilisateurs régaliens qui y ont encore recours.

- *En proposant spontanément d'augmenter fortement les tarifs en 2024 et 2025, Orange a apporté la preuve que le FttH n'exerce pas une pression concurrentielle suffisante sur le cuivre pour justifier d'un allègement de la régulation tarifaire*

En formulant l'engagement public¹² d'augmenter le tarif du cuivre de 14% par an en moyenne sur les deux prochaines années (2024 – 2025) pour le périmètre des lignes de cuivre soumises à une tarification en non-excessivité, Orange apporte la preuve que le FttH n'exerce pas une pression concurrentielle suffisante pour justifier d'un allègement de la régulation tarifaire.

Comment expliquer un tel niveau d'augmentation en non-excessivité ?

L'argument de « l'incidence de la baisse des volumes » sur ses coûts déjà utilisé par Orange en 2020 ne tient pas. Cet effet, qui n'est pas une surprise dans un contexte « de transition des réseaux en cuivre aux réseaux NGA (FttH notamment) » a déjà été pris en compte par le régulateur dans les coûts réglementaires (amortissement) et dans la méthode de tarification (« construire ou acheter »). Par ailleurs, compte tenu des marges très confortables de l'opérateur historique sur le cuivre, il ne semble pas y avoir d'urgence sur le sujet. Nous y revenons en détail en annexe 1 de cette contribution.

C'est justement parce qu'un nombre significatif d'abonnés sont encore « captifs » du cuivre, de fait ou par choix (cf. développements précédents sur la substituabilité imparfaite entre le cuivre et la fibre en France), qu'Orange est en mesure d'augmenter le tarif du cuivre, dès 2024, à des niveaux inédits. L'opérateur ne prend d'ailleurs aucun engagement de plafond tarifaire sur l'année 2026 où le périmètre de lignes de cuivre concernées par une tarification en non-excessivité atteindra un pic.

¹² Inscrit dans le projet d'analyse de marché 1 en consultation publique p.139.

A partir de cette date, libéré de tout engagement, Orange pourra encore augmenter plus fortement ses tarifs sur le cuivre malgré l'obligation de non-excessivité (cf. partie ci-après intitulée « *Le remède tarifaire en non-excessivité envisagé est hasardeux à mettre en œuvre* »).

Les caractéristiques actuelles du marché du haut et du très haut débit en France ne semblent pas en mesure de désinciter l'opérateur puissant à augmenter significativement ses tarifs lorsqu'il en a l'opportunité.

Pourtant, c'est dans ce contexte de marché, où l'opérateur puissant sait qu'une partie importante du parc d'abonnés haut et très haut débit est encore dépendant du cuivre que l'Arcep propose de déréguler les tarifs dès 2024 sur l'essentiel des lignes de cuivre.

Le remède de tarification en non-excessivité tel qu'envisagé dans le projet de décision semble totalement inapproprié.

(2) Le remède tarifaire en non-excessivité s'avère contreproductif

La généralisation du FttH en France est financièrement sécurisée¹³ grâce aux investissements massifs de tous les opérateurs et des pouvoirs publics. Grâce au rythme actuel de déploiement des réseaux FttH, le franchissement rapide du seuil de 95% d'éligibilité au FttH à la commune est désormais une certitude.

D'un côté le projet de décision prévoit une dérégulation tarifaire totale deux ans avant la fermeture technique. Comme nous l'indiquons précédemment, ce remède, accroché à la fermeture technique, est conforme aux préconisations de la Commission européenne et incite économiquement Orange à anticiper la fermeture technique du cuivre (prévue à une échéance lointaine actuellement) et par conséquent à accélérer la migration de l'ensemble des abonnés sur le cuivre.

Cependant de l'autre côté, la décision envisage d'autoriser Orange à pratiquer des tarifs en non-excessivité sur la base d'un seuil d'éligibilité au FttH qui sera atteint rapidement et de manière certaine.

Cette superposition de remèdes tarifaires est *in fine* contreproductive.

En décorrélant totalement le remède de non-excessivité de la date de fermeture technique et en l'accrochant au franchissement inéluctable d'un seuil d'éligibilité au FttH des communes, Orange a la garantie de pouvoir augmenter ses tarifs sans aucune contrepartie dès l'entrée en vigueur de la décision et sur l'essentiel des lignes de cuivre au moins cinq ans avant la fermeture technique du cuivre.

Le remède de non-excessivité tel qu'il est envisagé dans son déclenchement et sa mise en œuvre vient donc annuler les incitations pour Orange.

Avec un tel dispositif, Orange n'a plus aucune incitation économique à anticiper la fermeture technique du cuivre, ni à s'engager et respecter un horizon de fermeture technique du cuivre, ni à accélérer la migration vers le FttH de ses propres abonnés¹⁴ sur le cuivre.

Le millefeuille de remèdes tarifaires envisagé par le projet de décision annule toutes les incitations économiques pour Orange. La fermeture technique restera tardive¹⁵ et incertaine alors que la rente de monopole d'Orange sera garantie par les remèdes.

¹³ Co-investissement de plusieurs dizaines de milliards d'euros de l'ensemble des opérateurs commerciaux et financements publics complémentaires au travers du Plan France Très Haut Débit notifié à la Commission européenne.

¹⁴ Puisqu'Orange n'aura pas à supporter les hausses de tarif de gros pour les abonnés de sa branche de détail.

¹⁵ Le plan d'Orange prévoit que la majorité des lignes de cuivre seront fermées techniquement au-delà du prochain cycle d'analyse de marché, c'est-à-dire après 2029.

Dans un contexte où Orange est l'opérateur qui détient environ 55% des abonnés en cuivre et qui migre le plus lentement ses abonnés vers la fibre, le remède tarifaire en non-excessivité est mal ciblé et n'aura aucun impact sur la majorité des abonnés cuivre d'Orange.

Pourtant les effets qui découleront du dispositif réglementaire envisagé seront incontrôlables *ex ante* par le régulateur et irréversibles.

(3) Le remède tarifaire en non-excessivité envisagé est hasardeux à mettre en œuvre. Il génère une imprévisibilité et une insécurité tarifaire incontrôlable ex ante par l'Arcep et dont les effets seront irréversibles.

Comme nous l'avions indiqué dans nos précédentes écritures, un remède de non excessivité, nullement justifié comme nous l'avons développé plus haut, nous semble hasardeux à mettre en œuvre. Sauf à considérer la stabilité des tarifs, l'Autorité aura toutes les difficultés à définir et à vérifier que les tarifs d'Orange sont non excessifs. Un tel remède, qui n'existe pas au demeurant dans le code européen s'agissant d'un produit de gros, ne saurait par ailleurs apporter de la prévisibilité aux acteurs sauf si le niveau tarifaire est matérialisé *ex ante*.

Le droit de la concurrence ne serait par ailleurs d'aucun secours pour définir la notion : si un prix excessif par un opérateur en position dominante peut être constitutif d'un abus, les décisions sur ce type de pratiques sont restées, tant en droit communautaire que français, très rares et laissent penser que seuls des prix manifestement disproportionnés par rapport à la valeur d'un service pourraient être qualifiés d'excessifs.

En outre, il nous semble utile de rappeler les obligations tarifaires de non-excessivité qui ont été imposées par l'Autorité sur le marché de gros amont de la diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre et sur le marché 4 (devenu marché 2) de fourniture en gros d'accès de haute qualité.

Dans la décision n°12-1137, l'Autorité a imposé une interdiction de pratiquer des tarifs excessifs sur le marché de gros amont des sites répliquables mais non encore répliqués. Cette non excessivité est « évaluée sur le fondement du niveau des variations tarifaires opérées d'une année sur l'autre pour un site donné. L'Autorité considère ainsi que TDF devrait s'abstenir, pour un site donné, d'augmenter ses tarifs d'une année à l'autre de plus de 6% sans pouvoir procéder à une augmentation de plus de 15% sur l'ensemble du cycle ». Le taux de 6% « correspond à l'évolution annuelle observée en moyenne sur les sites pour lesquels TDF a augmenté son tarif entre 2009 et 2011. ».

Ces augmentations restent des plafonds, l'Autorité ayant pris le soin de rappeler : « Toutefois, il convient de préciser que l'hypothèse avancée par l'Autorité ne constitue pas une présomption irréfragable de non-excessivité et est sans incidence sur une éventuelle définition stricte de la notion de non-excessivité, qui pourrait notamment être déterminée par une autre autorité. »

Les exemples récents démontrent que l'Arcep semble avoir conscience des risques associés à une dérégulation tarifaire et à l'introduction d'un principe de non-excessivité : ces risques ont toujours poussé l'Arcep à rester très prudente vis-à-vis d'un tel remède.

En effet, sur l'ex-marché 4 (devenu marché 2), l'Autorité a imposé à Orange une obligation de non-excessivité pour les offres ATM, offres pour lesquelles Orange a annoncé la fin de commercialisation pour fin 2020 et une fermeture technique à mi 2022.

Dans la décision 20-1448, l'Autorité note que « du fait de sa qualité d'opérateur verticalement intégré, les mouvements tarifaires effectués sur les offres de gros n'ont pas de conséquence sur les incitations d'Orange à migrer les accès ATM des clients de sa branche de détail. Dès lors, il est nécessaire et proportionné que le caractère non-excessif du tarif s'apprécie également au regard des accès ATM d'Orange commercialisés sur le marché de détail entreprises. Ainsi, une éventuelle hausse de tarifs importante visant à « vider » le réseau ne pourrait avoir lieu que si Orange a migré, à la date de ces hausses, la très grande majorité de ses accès ATM commercialisés sur le marché de détail entreprises. Par exemple, une telle hausse ne pourrait intervenir que lorsque **le parc des accès ATM de détail d'Orange aura diminué de 95 % à compter du 1er mars 2020.** » (gras ajouté)

Dans le cas de la dérégulation du tarif de l'ATM sur le marché 2 en 2020, l'Autorité avait introduit un garde-fou concurrentiel en imposant à Orange qu'il ait migré « la très grande majorité de ses accès ATM commercialisés sur le marché de détail » avant d'être autorisé à pratiquer des tarifs non-excessifs sur ses offres de gros.

Le dispositif actuellement envisagé par le projet de décision est d'autant plus surprenant qu'il ne contient aucun garde-fou (par exemple un « price-cap » ou « safety-cap ») vis-à-vis d'Orange. Nous l'avons déjà indiqué dans nos précédentes écritures et nous le rappelons, Orange est l'opérateur qui migre le plus lentement ses propres abonnés cuivre vers la fibre et sa branche de détail détient la majorité des abonnés du marché encore sur l'infrastructure de cuivre.

Nous regrettons que de tels garde-fous (« price-cap » ou « safety-cap ») ne soient pas introduits dans le dispositif envisagé par l'Arcep.

Le plafond tarifaire proposé par Orange est déjà excessif sur 2024 et 2025, y compris selon les critères de l'Arcep, et sans garde-fou Orange continuera d'augmenter ses tarifs malgré l'obligation de non-excessivité

Précisions sur le remède de non-excessivité

Pour les accès soumis à l'obligation de non-excessivité, Orange a transmis, le 23 juin 2023, à l'Autorité une proposition d'engagement (voir Annexe 8). Cette proposition prend la forme d'un plafond pour le tarif récurrent mensuel de l'accès à la boucle locale en dégroupage total, exprimé en euros courants et hors montants au titre de l'IFER, pour les années 2024 et 2025 :

- 9,95 € par accès et par mois du 1er janvier 2024 au 31 décembre 2024 ;
- 10,70 € par accès et par mois du 1er janvier 2025 au 31 décembre 2025.

La proposition d'engagement entrerait en vigueur à compter de la notification par l'Arcep de la décision le rendant contraignant.

L'Autorité souhaite, par cette consultation publique, recueillir notamment l'avis des acteurs sur cette proposition d'engagement. L'Autorité examinera la portée de ces engagements, au regard notamment de la recommandation accès de 2013 qui évoque le « 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 ».

L'Arcep a souhaité interroger le secteur sur l'engagement tarifaire d'Orange formulé ci-dessus.

Le tarif proposé par Orange pour 2024 et 2025 est excessif selon Iliad : nous rappelons ci-dessous les analyses déjà produites à l'Autorité

Iliad avait déjà fourni à l'Autorité une analyse ainsi que des indications quantitatives sur un plafond tarifaire qui pourrait être justifié pour le tarif du cuivre dans sa contribution à la consultation publique.

Etant donné que la fermeture technique du cuivre est très tardive, Le plan présenté par Orange n'accélère pas ou très peu et tardivement la transition vers la fibre ; il ne crée pas d'externalité positive en faveur du FttH pour le secteur ou les opérateurs alternatifs.

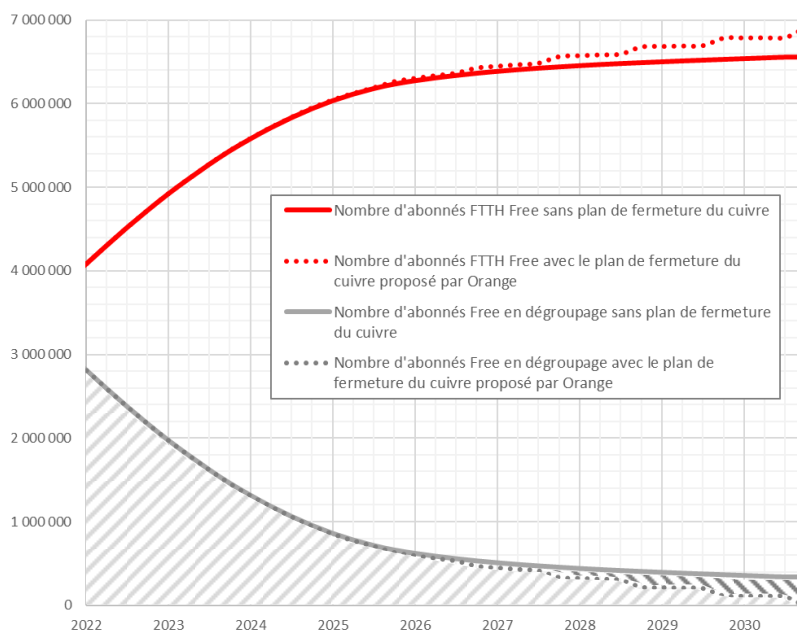


Figure 2 : effet du plan de fermeture proposé par Orange sur la dynamique de migration du parc de Free du réseau cuivre vers le réseau FttH

En l'absence du plan de fermeture proposé par Orange, sur 10 ans, Free paierait à Orange le dégroupage correspondant à la surface hachurée située sous la courbe grise (trait plein). Le plan d'Orange permet un gain d'environ 7% (zone hachurée foncée) résultant du rythme de fermeture technique envisagé.

Par conséquent, une hausse totale de plus de 7% des tarifs du dégroupage sur toute la période de fermeture du cuivre (avec des effets immédiats et certains) ne serait pas compensée par les économies générées par le vidage du réseau (économies tardives et incertaines, le plan pouvant « glisser »).

Or l'engagement d'Orange propose d'augmenter le tarif du dégroupage de 14% par an en moyenne sur 2024 et sur 2025. Nous l'avons montré précédemment (figure 1) que l'essentiel des lignes de cuivre seront concernées par l'allègement tarifaire dès 2025.

La proposition d'engagement tarifaire d'Orange excède donc très largement le plafond de 7% qu'Iliad estime acceptable. En l'absence d'engagement d'Orange au-delà de 2025, la situation va empirer et les tarifs d'Orange risque d'exploser.

Le tarif proposé par Orange pour 2024 et 2025 est excessif également au regard des décisions passées de l'Arcep

Il nous semble utile de rappeler les obligations tarifaires de non-excessivité qui ont été imposées par l'Autorité sur le marché de gros amont de la diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre.

Dans la décision n°12-1137, l'Autorité a imposé une interdiction de pratiquer des tarifs excessifs sur le marché de gros amont des sites répliquables mais non encore répliqués. Cette non excessivité est « évaluée sur le fondement du niveau des variations tarifaires opérées d'une année sur l'autre pour un site donné. L'Autorité considère ainsi que TDF devrait s'abstenir, pour un site donné, d'augmenter ses tarifs d'une année à l'autre de plus de 6% sans pouvoir procéder à une augmentation de plus de

15% sur l'ensemble du cycle ». Le taux de 6% « correspond à l'évolution annuelle observée en moyenne sur les sites pour lesquels TDF a augmenté son tarif entre 2009 et 2011. ».

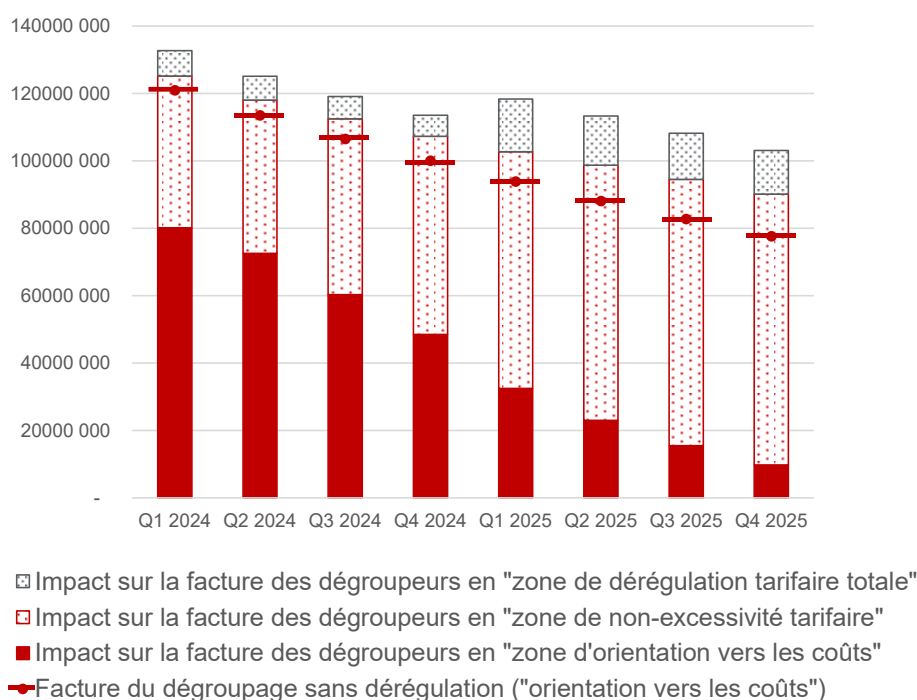
Dans ses engagements de tarif en non-excessivité Orange propose d'augmenter ses tarifs de plus de 6% par an sur 2024 et 2025 et dans la mesure où il est improbable qu'Orange décide de baisser ses tarifs au-delà de 2025, l'augmentation tarifaire va largement excéder 15% sur l'ensemble du prochain cycle d'analyse de marché.

En conclusion, la proposition d'engagement d'Orange **est excessive** à la fois selon l'analyse d'Iliad mais également selon des décisions passées de l'Arcep.

Les remèdes tarifaires en non-excessivité envisagés génèrent une imprévisibilité

Nous avons également réalisé une estimation de l'impact financier des remèdes pour les opérateurs alternatifs sur le cuivre.

Le graphique ci-dessous présente une estimation des revenus de gros sur le cuivre pour Orange.



Le transfert financier en faveur d'Orange résultant des remèdes (rente de monopole) débutera dès les premiers trimestres de l'entrée en vigueur du prochain cycle d'analyse de marché.

Sur la période 2024 et 2025, les remèdes conduisent à une sur-rémunération pour Orange d'au moins 150¹⁶ millions d'euros de la part de tous les opérateurs alternatifs sur le cuivre en France. Sur la durée des cinq années du prochain cycle d'analyse des marchés, nous évaluons le transfert financier des opérateurs alternatifs vers Orange (rente) à près de 700 millions d'euros sur 5 ans.

¹⁶ Hypothèses pour l'évaluation de l'impact tarifaire : tarif du cuivre orienté coût : 8,2 € HT ; tarification « non excessive » issue de la proposition d'Orange dans le projet de décision du marché 1 : 9,95 € HT en 2024 et 10,70 € HT en 2025 ; tarif en non-excessivité et tarif totalement dérégulé égaux à 17 € HT (même augmentation que celle observée en Finlande à la suite d'engagements de non-excessivité échus de l'opérateur historique).

Cette sur-rémunération est générée principalement par le remède « de non-excessivité » (qui ne résulte pas d'une analyse concurrentielle approfondie et intervient environ cinq ans avant la fermeture technique).

Dans le cas où le projet de décision serait révisé en ne retenant qu'un seul remède de dérégulation tarifaire totale déclenché deux ans avant la date de fermeture technique¹⁷, l'impact financier du remède pour les opérateurs alternatifs serait d'environ 40 millions d'euros transférés à Orange sur les années 2024 – 2025 (sur la base des mêmes hypothèses de tarification) et environ 280 millions d'euros pour l'ensemble des cinq années du cycle d'analyse de marché.

Bien sûr, Orange n'aura pas à supporter de telles factures sur les lignes de ses propres abonnés sur cuivre.

Enfin il est utile de rappeler que le cadre réglementaire européen n'impose pas de déréguler le cuivre. La Commission a ainsi validé récemment plusieurs décisions de régulateurs nationaux visant au contraire à stabiliser le prix du dégroupage, y compris dans des pays comme l'Espagne, le Portugal ou les Pays Bas plus avancés que la France en matière de FttH

Les exemples d'autres pays européens placés dans des situations de couverture et pénétration du FttH similaires à la France n'ont pas fait le choix d'augmenter le tarif de la paire de cuivre ou introduire un mécanisme de non-excessivité tarifaire. Certaines de ces approches pourraient être plus pertinentes pour encadrer le tarif et fournir de la prévisibilité.

- L'Espagne est le grand pays européen le plus avancé en matière de FttH ; le cuivre représente environ 6% des accès fixes ; L'opérateur historique Telefonica a déjà fermé plus de 10% de ses NRA, a cédé une partie rentable de son cuivre à un tiers qui souhaite le moderniser, pour se désendetter et vise une fermeture accélérée du reste de la boucle locale de cuivre d'ici à 2025 ; Le régulateur (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) a laissé inchangé le prix du dégroupage depuis 2013 à hauteur de 8,6 €/mois ; La dernière décision tarifaire a été notifiée en juin 2021 ; la Commission a donné son accord par lettre n°ES/2021/2330-2331 du 19 juillet 2021 ; la CNMC a publié le 26 juillet 2023 une décision permettant à Telefonica de procéder à la fermeture complète de son réseau cuivre ainsi que la liste des répartiteurs concernés mise à jour sur le site web du régulateur. La CNMC n'a pas modifié le tarif du dégroupage ;
- En Allemagne le déploiement de la fibre optique est peu avancé et le câble exerce une pression concurrentielle significative ; le cuivre représente environ 68% des accès fixes ; le régulateur (BNetzA) a publié le 29 juin 2022 le plafond tarifaire du cuivre pour les dix prochaines années : le tarif du dégroupage n'excédera pas 10,65 €/mois pour les cinq prochaines années (2022 à 2027), puis 11,08 €/mois pour les cinq années suivantes (2027 à 2032), offrant une visibilité sur 10 ans ; la Commission a donné son accord par lettre DE/2022/2377-2378 du 24 juin 2022 ;
- Aux Pays-Bas, les deux infrastructures historiques de boucles locales de cuivre et de câble se superposent et couvrent l'intégralité des locaux du pays (respectivement 100% pour le cuivre et 98,4% pour le câble) ; Les deux opérateurs historiques de ces boucles locales métalliques utilisées pour fournir des services haut et très haut débit sont tous deux opérateurs puissants en dominance conjointe sur le marché ; Le cuivre représente 28% des accès fixes et le marché est largement dominé par le câble ; Le régulateur (Autoriteit Consument & Markt) impose un

¹⁷ Cet allègement, deux ans avant une fermeture technique annoncée, paraît seul conforme au projet de recommandation Gigabit de la Commission (§81).

mécanisme de « Safety Cap » pour la tarification de l'offre de gros de dégroupage du cuivre, corrigée annuellement de l'inflation, dans toutes ses décisions depuis 2011. Ce « Safety Cap » est encore en vigueur alors que la couverture du cuivre est la même que celle du câble et que le FttX est en cours de déploiement avec une cible de couverture de 80% des locaux à horizon 2026 (FttP pour KPN, FttH pour Open Dutch Fiber). La Commission a donné son accord par lettre NL/2018/2099 / NL/2018/2100 du 30 août 2018 ;

- Au Portugal, la technologie DSL sur cuivre est disponible pour environ 85% de la population mais elle est fortement concurrencée par le câble et le FttH dont la couverture combinée continue de progresser et couvre près de 87% des locaux ; Le cuivre représente moins de 5% du total des accès fixes contre plus de 60% pour le FttH et environ 30% pour le câble ; le régulateur (Anacom) a défini un marché pertinent incluant cuivre , fibre et câble ; le tarif du dégroupage du cuivre reste régulé et orienté vers les coûts et se situe à 8,99 €/mois. La Commission a donné son accord par lettre PT/2017/2044 du 14 décembre 2017 ;
- En Norvège, le régulateur a lancé en mars 2022, dans le cadre de l'exercice en cours d'analyse des marchés du haut débit, une consultation publique proposant de substituer à l'orientation vers les coûts un mécanisme de stabilité des tarifs du dégroupage en fixant d'ores et déjà le tarif jusqu'en 2025. Ce projet doit faire l'objet d'une notification auprès de l'autorité de surveillance AELE (EFTA Surveillance Authority) dans le courant 2023.

Par conséquent, compte tenu de plusieurs exemples européens, il serait manifestement faux de prétendre que la dérégulation envisagée par l'Arcep lui serait imposée par la Commission ou le cadre européen ou découlerait d'une forme d'automatisme économique ou juridique.

Conclusion : nous demandons à l'Arcep de reconsidérer son projet d'analyse de marché 1

Le projet de décision d'analyse de marché 1 de l'Arcep prévoit une dérégulation tarifaire du cuivre qui suscite de vives inquiétudes dans le contexte français actuel :

- la dérégulation des tarifs du cuivre, et en particulier le dispositif de tarification en non-excessivité, est accordée à Orange sans contrepartie alors que la fermeture technique est lointaine et incertaine ;
- la dérégulation intervient dans des zones géographiques où Orange reste en monopole au niveau local étant à la fois fournisseur d'infrastructures cuivre et FttH ;
- il est indispensable que l'Arcep réalise une analyse concurrentielle approfondie sur les zones concernées par les remèdes tarifaires ainsi qu'une analyse d'impact ;
- cette analyse devrait conduire le régulateur à reconsidérer son projet de décision notamment en ce qui concerne les remèdes tarifaires.

Propositions Iliad

Nous souhaitons que l'analyse de marché :

- conditionne l'allègement du contrôle tarifaire du dégroupage, c'est-à-dire la relaxe de l'obligation d'orientation vers les coûts pour certaines lignes cuivre, à deux et uniquement deux critères :
 1. la date de fermeture technique de la ligne a préalablement été programmée de manière engageante et rendue publique ;
 2. cette date de fermeture technique est prévue dans un délai de moins de deux ans et Orange devra restituer l'augmentation tarifaire correspondant à la durée éventuelle d'un retard sur la date de fermeture technique ;
- substitue, pour ces lignes, l'obligation d'orientation vers les coûts par un Price Cap juridiquement opposable, explicitement défini par l'Autorité dans le dispositif de sa décision d'analyse de marché. Ce Price Cap (ou « Safety Cap ») ne devrait pas excéder 7% sur l'ensemble du cycle d'analyse de marché.

Annexe 1

Le modèle tarifaire du dégroupage actuellement utilisé par l'Arcep, qui applique les recommandations communautaires et fournit le signal approprié « construire ou acheter » est pertinent, notamment pour prendre en compte « l'incidence de la baisse des volumes provoquée par la transition des réseaux en cuivre aux réseaux NGA »

Le modèle de tarification en orientation vers les coûts utilisé par l'Arcep est totalement adapté au contexte actuel de migration vers la fibre

Dans sa recommandation sur les « obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit » de 2013, la Commission européenne incitait les régulateurs à utiliser un modèle de tarification appropriée pour favoriser l'investissement dans les réseaux à très haut débit et accompagner la migration depuis le cuivre vers ces réseaux.

La Commission européenne indiquait :

*« 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. »*

Le contexte de la migration du cuivre vers la fibre en France correspond exactement à celui pointé par la Commission européenne dans sa recommandation et L'Arcep applique pour l'orientation vers les coûts du cuivre une méthode de tarification qui répond en tout point aux objectifs.

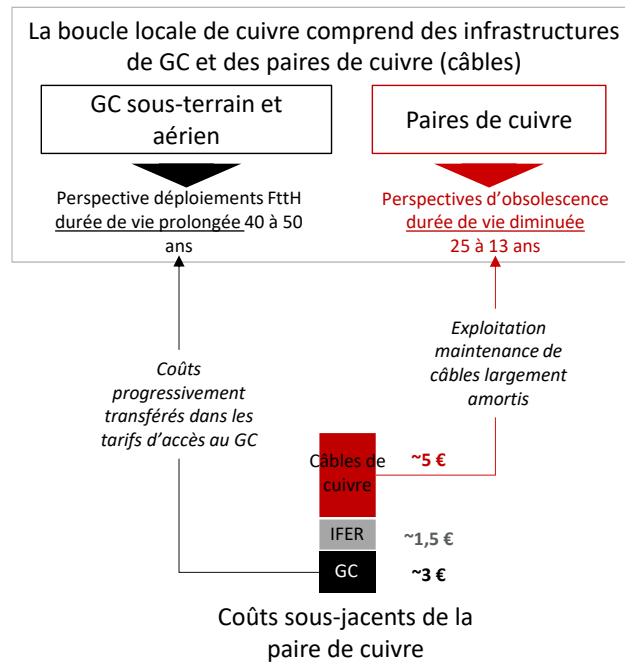
C'est la bonne méthode (« construire ou acheter ») qui envoie les bons signaux (tarifs du cuivre stables et prévisibles sur la durée) et préservent un cadre d'investissement clair (investissements encore massifs à venir dans les raccordements finaux) au bon moment (migration vers le FttH d'ici à l'horizon du prochain cycle d'analyse de marché).

Les tarifs actuels ont d'ores et déjà été fixés dans une perspective d'extinction

En 2012, l'Arcep modifie la durée d'amortissement des actifs de la boucle locale cuivre en justifiant ainsi sa décision 2012-0007 :

« L'avènement de la fibre aura pour effet d'accélérer l'obsolescence des câbles en cuivre, ce qui, conformément à l'orthodoxie comptable, conduit à envisager une réduction de la durée d'amortissement des câbles »

« il semble pertinent **d'envoyer au marché un signal fort sur la transition du cuivre vers la fibre optique** et de permettre que, en 2025, les câbles en cuivre actuellement en service soient complètement **amortis** »



En 2017, l'Arcep change la méthode de comptabilisation des coûts de la boucle locale cuivre :

« les estimations qu'a pu réaliser l'Autorité à titre purement prospectif sur la prochaine décennie à partir des coûts d'Orange semblent montrer que le signal économique et tarifaire envoyé par cette méthode [coûts comptables] pourrait s'avérer inapproprié dans un contexte de transition technologique où le vidage du réseau cuivre vers les réseaux très haut débit s'accélère »

« **il est souhaitable**, ainsi que le recommande également la Commission européenne, de **fournir aux acteurs** d'une part de la prévisibilité, et d'autre part, **d'avantage de stabilité sur le niveau tarifaire du dégroupage**, qui est l'élément le plus structurant du marché actuel de l'accès local en position déterminée »

« Si le principe même d'un encadrement tarifaire permet de donner de la prévisibilité à court et moyen terme, **il importe de maîtriser à plus long terme d'éventuelles variations erratiques du tarif de dégroupage** »

« **la boucle locale optique mutualisée** telle qu'en cours de déploiement en France **devrait être l'infrastructure de référence d'accès fixe local** comme l'est aujourd'hui encore la boucle locale cuivre »

Il n'y a aucune urgence vitale à augmenter les tarifs du cuivre du fait de la baisse des volumes. Plus largement, le cuivre a été rentable pour Orange depuis 20 ans, l'opérateur historique ne fait pas face à un « péril mortel » du fait du vidage de son réseau de cuivre obsoléscent

Le « baromètre de la diffusion des nouvelles technologies en France », publié par le CREDOC en 2002, fournit un éclairage utile sur les perspectives à cette date de la boucle locale de cuivre et titrait « quel avenir pour le téléphone fixe ? »

Quel avenir pour le téléphone fixe?

Parallèlement, la proportion d'individus qui n'ont pas d'abonnement au téléphone fixe continue de s'accroître. Aujourd'hui, plus d'une personne sur neuf ne dispose pas d'accès au réseau filaire : surtout les jeunes (26% des moins de 25 ans) et les plus démunis (21% des titulaires de revenus inférieurs à 6 000 F par mois). En fait, **les possesseurs d'un mobile tendent à abandonner le fixe lorsqu'ils ont peu de moyens. L'effet de substitution est très net chez les ouvriers et les étudiants.** A la vérité, l'avenir du téléphone fixe dépend non seulement de la progression du téléphone mobile, mais aussi de la bataille que se livrent actuellement les fournisseurs d'accès à Internet : le choix des internautes (une simple

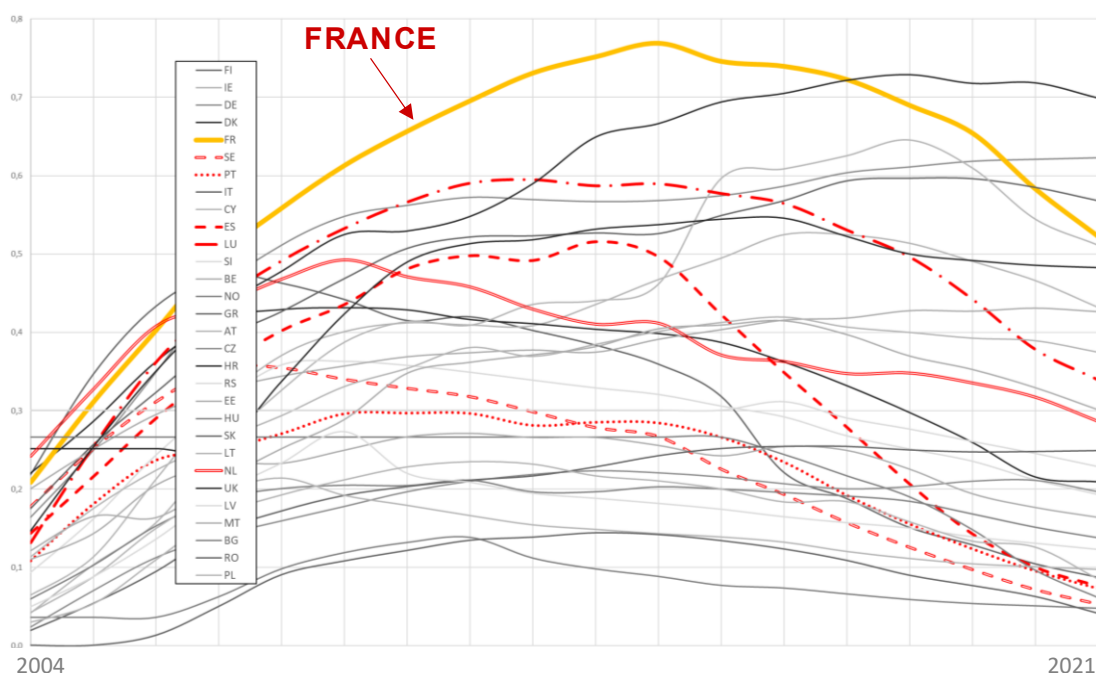
Le mouvement de substitution fixe mobile qui s'amorçait au début des années 2000 aurait entraîné le déclin de la téléphonie fixe sur cuivre et par conséquent du réseau de cuivre de « France Télécom ». Une convergence d'évènements « providentiels » tels que la généralisation des technologies xDSL, innovantes à cette époque, et l'ouverture de l'accès à la boucle locale aux opérateurs alternatifs grâce au décret dégroupage (décret n° 2000-881), soutenu par les équipes de l'ART, a retardé la « mort » programmée du réseau métallique.

La concurrence par les infrastructures apportée par le dégroupage a marqué l'explosion du marché de l'ADSL et du haut débit en France. Pourtant, avant 2000 et depuis le lancement des premières offres ADSL par Wanadoo en 1995, le marché ADSL en France restait relativement discret et en progression lente (de 0 à 3% de la population en haut débit DSL entre 1995 et 2000). En outre, l'activité de « France Télécom » et sa filiale Wanadoo, alors le seul FAI et opérateur d'infrastructure ayant « accès » à la boucle locale de cuivre, était largement déficitaire sur l'activité de fourniture de service Internet (le chiffre d'affaires étant porté principalement par l'activité d'annuaire)¹⁸.

Au début des années 2000, dans un contexte de déclin de la téléphonie fixe et d'incertitude de son activité de FAI, le rebond de l'utilisation du réseau cuivre et le niveau de pénétration et de rentabilité qui en a découlé par la suite ne pouvaient être qu'inespérés pour « France Télécom ».

Par rapport à d'autres opérateurs historiques en Europe, le taux d'utilisation et de pénétration du réseau de cuivre d'Orange a été considérable alors même que le tarif du cuivre en France est resté dans la moyenne haute.

¹⁸ <https://www.01net.com/actualites/internet-plombe-wanadoo-141886.html>



Evolution du taux de pénétration du xDSL sur cuivre

Au sud de l'Europe le fixe sur cuivre a eu un taux de pénétration faible, de l'ordre de 55% en Italie par exemple contre plus de 85% en France. Au nord de l'Europe, la moitié des accès fixes sont en câble. Le taux de remplissage du cuivre pour les accès haut débit n'a jamais dépassé 50%.

Au bilan, à tarif du dégroupage constant, quel que soit le scénario de vidage actuel du cuivre, Orange aura bénéficié sur la période de 2000 à 2030 d'un taux de remplissage et d'un revenu supérieur à la plupart des opérateurs historiques européens¹⁹.

Les tarifs du cuivre couvrent les coûts

Dans son audition devant la commission des affaires économiques au sénat le 30 novembre 2022, Christel Heydemann, directrice générale d'Orange a affirmé qu'Orange consacre chaque année 500 millions d'euros pour l'entretien et la maintenance du réseau cuivre. Ces coûts sont amenés à s'accroître (+37% selon Orange) en dépit de la baisse du nombre de lignes actives. « Orange se prépare à un changement majeur de modèle économique : baisse des revenus annuels sur le marché de gros à 1 milliard d'euros après 2025 et hausse des coûts de 500 millions d'euros par an pour la location de la fibre où nous ne sommes pas OI. Trou d'air de 1,5 milliard d'euros par an dès 2025. ».

S'agissant d'un changement de modèle, Orange a longtemps été l'opérateur ayant le monopole d'exploitation de 100% du réseau cuivre. Avec la multiplicité des acteurs d'infrastructures sur la fibre, Orange devient client d'autres opérateurs sur certaines parties du territoire (environ 40%). Orange devient donc, à l'instar de tous les autres opérateurs, un opérateur alternatif sur certains réseaux. Ce n'est ni singulier ni injuste. Cela place Orange dans un modèle comparable à celui des autres opérateurs qui, tous, doivent supporter des coûts importants pour accéder aux réseaux fibre des autres opérateurs et notamment celui d'Orange.

Orange laisse à penser qu'ils perdent beaucoup d'argent avec les principaux arguments suivants :

¹⁹ Les 2 seuls pays, sur 27, où le taux de remplissage du cuivre peut dépasser celui d'Orange en moyenne sur 2000 – 2030 sont l'Allemagne et le Royaume-Uni, du fait du très faible développement de la fibre dans ces deux pays.

- Orange soutient être en déficit sur le réseau cuivre dont l'entretien et la maintenance lui coûteraient 500 millions d'euros par an ;
- L'Arcep se serait trompée dans ses calculs de coût et les opérateurs alternatifs ne leur paieraient pas ce qu'il faut sur les réseaux fibre.

Le réseau cuivre a été construit essentiellement dans les années 1970. La durée de vie des actifs de génie civil de boucle locale a été établie par l'Arcep en 2005 à 40 ans, celle des câbles en cuivre à 25 ans (décision n°05-0834 du 15 décembre 2005). Les actifs de la boucle locale cuivre sont donc aujourd'hui totalement amortis.

La seule question légitime est dès lors de savoir si les coûts d'exploitation et de maintenance d'Orange sont couverts par les recettes perçues par Orange au titre de l'utilisation de sa boucle locale de cuivre.

Or, les données chiffrées publiques montrent qu'Orange est bénéficiaire sur le cuivre et continuera à l'être.

En effet, les recettes tirées par Orange au titre du dégroupage sur le marché de gros auprès des opérateurs tiers et auprès de sa branche de détail (autoconsommation²⁰) couvrent largement les coûts d'entretien et de maintenance du réseau cuivre. Au total ces recettes représentaient en 2021 plus de 1,6 milliard d'euros²¹. Si l'on déduit la fiscalité spécifique aux réseaux de télécommunication fixes (taxe IFER), Orange a dégagé en 2021 un total de recettes (dégroupage et autoconsommation) d'environ 1,3 milliard d'euros sur le cuivre qui couvrent largement les 500 m€ cités par Orange.

Plus globalement, depuis la privatisation de France Télécom en 1997, Orange a tiré des revenus de la boucle locale cuivre extrêmement confortables. Lors de la privatisation de France Télécom en 1997, la boucle locale cuivre était valorisée à 60,174 milliards de francs, soit 9,2 milliards d'euros au sein des comptes de France Télécom. Depuis lors, Orange a tiré d'importants revenus de cet actif. Sur la période 2004-2021 Orange aura ainsi perçu 36 milliards d'euros de recettes au titre du dégroupage. Ce montant est donc considérable en comparaison de la valeur inscrite dans les comptes de France Télécom. En outre, suite à la fermeture progressive de la boucle locale de cuivre (largement amortie), cette infrastructure conservera une valeur résiduelle²² correspondant à la valeur du métal de cuivre qui pourrait être revendu suite à la dépose de tout ou partie du réseau.

S'agissant du second point sur le modèle de tarification en vigueur, ce dernier est recommandé par le cadre européen depuis 2013 et a fait l'objet de nombreuses discussions et consultations publiques en amont de sa mise en œuvre. Il semble étonnant qu'Orange conteste aujourd'hui un modèle qui a été recommandé de longue date par le cadre européen (consultations publiques au niveau européen), largement discuté en France (consultations publiques en France) et utilisé depuis déjà quelques années.

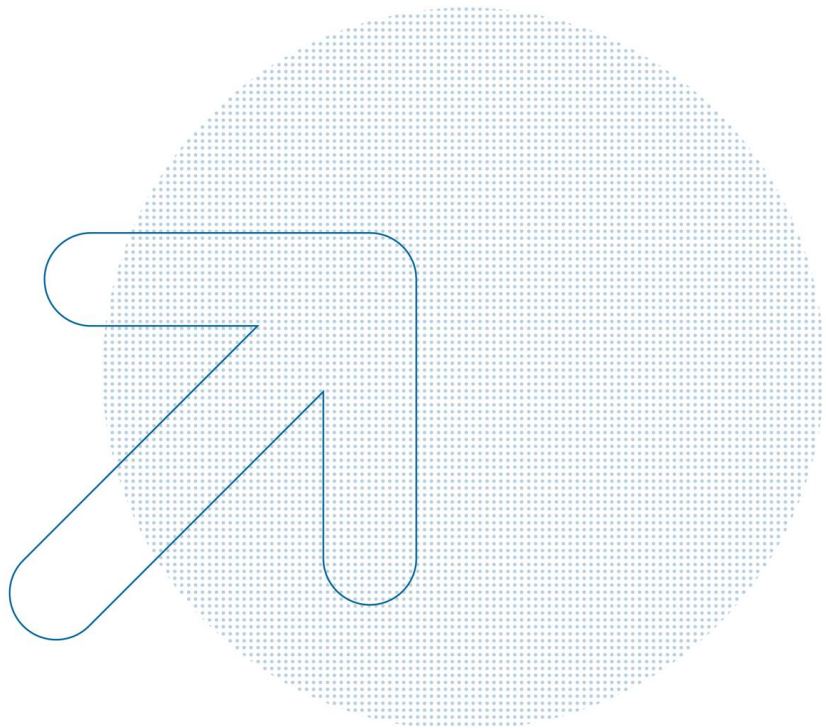
Enfin, la situation d'Orange est à mettre en regard de celle des autres opérateurs. Les opérateurs alternatifs supportent des déficits sur l'activité fixe depuis quelques années et cela encore pour les prochaines années. Tous les opérateurs alternatifs ont ainsi dû céder des actifs réseaux (pylônes, fibre) pour financer le déploiement du FttH. Orange reste a contrario l'opérateur le moins endetté et ayant cédé peu d'actifs et pour qui l'activité fixe dégage une trésorerie abondante.

²⁰ L'autoconsommation correspondent aux recettes internes perçues par la branche de gros d'Orange pour les paires de cuivre utilisées par la branche de détail d'Orange pour la fourniture des services ADSL des abonnés d'Orange.

²¹ En moyenne 14 millions d'accès * 9.65 €/ mois * 12 mois.

²² Selon un article de « La Tribune » du 23 juin 2022, intitulé « Télécoms : le réseau cuivre d'Orange, un trésor de plusieurs milliards d'euros », en fonction du cours des métaux et en prenant en compte les frais de dépose et les coûts de recyclage des câbles, la valeur résiduelle nette du métal pourrait être comprise entre 4 et 6 Mds€ pour Orange.

Annexe 2



Expert opinion on ARCEP's Regulation of broadband markets for the period 2024-2028 in France, in particular price control of ULL

Authors:

Dr Karl-Heinz Neumann

Dr Thomas Plückebaum

Dr Sonia Strube Marins

Imprint

WIK-Consult GmbH
Rhöndorfer Str. 68
53604 Bad Honnef
Germany
Phone: +49 2224 9225-0
Fax: +49 2224 9225-63
eMail: info@wik-consult.com
www.wik-consult.com

Person authorised to sign on behalf of the organisation

General Manager	Dr Cara Schwarz-Schilling
Director	Alex Kalevi Dieke
Director Head of Department Networks and Costs	Dr Thomas Plückebaum
Director Head of Department Regulation and Competition	Dr Bernd Sörries
Head of Administration	Karl-Hubert Strüver
Chairperson of the Supervisory Board	Dr Thomas Solbach
Registered at	Amtsgericht Siegburg, HRB 7043
Tax No.	222/5751/0926
VAT-ID	DE 329 763 261
Date: August 2022	

Contents

1	Introduction, purpose and scope of the study	1
2	Major findings of ARCEP's market analysis and future regulation of broadband markets	2
2.1	Analysis of the relevant markets	2
2.1.1	Market 1	2
2.1.2	Market 2	4
2.1.3	Market 3b	5
2.1.4	Market for Physical Infrastructure Access (PIA)	5
2.2	Copper Switch-off in the context of market analysis	6
3	A critical reflection of ARCEP's market analysis	9
4	A critical reflection of ARCEP's price regulation approach for ULL	12
4.1	The economic rational of ARCEP's ULL price control approach	12
4.2	ULL pricing and migration	14
4.3	What have other NRAs done?	16
4.4	ARCEP's pricing proposal in light of the draft Gigabit Connectivity Recommendation	18
4.5	What will Orange's pricing approach for ULL be?	19
4.6	Analysis of the price level constraint safeguard	21
4.7	What will the "non-excessive pricing" constraint imply?	22
4.8	How effective will the ERT be as a competitive safeguard?	23
4.9	Competitive impact of Orange's adopted pricing policy	26
5	What are potential alternatives to remedy differentiation	28
5.1	Uniform cost-based pricing for ULL	28
5.2	Long-term price cap	28
5.3	Shortening the delay between commercial and technical closure	29
5.4	Limiting the period of ULL price increase	30
5.5	Competitive neutral levy on active copper lines in fibre-ready areas	30
6	Final conclusions	32

1 Introduction, purpose and scope of the study

1. ARCEP has published its intended regulatory approach for fixed broadband access over the next regulatory period from 2024-2028 on 20 February 2023. ARCEP has published market reviews of markets 1 and 2 of the Relevant Markets Recommendation, of the market for Wholesale central access at a fixed location and for physical infrastructure access. The adopted and revised regulatory approach is primarily embedded in ARCEP's analysis for market 1. ARCEP's market analysis and regulatory approach is closely related to the symmetric regulation of fibre network roll-out as well as the implementation of Orange's copper switch-off plan. On the remedy side, ARCEP has proposed a new regime of copper ULL pricing and the introduction of an economic replicability test to avoid competitive distortions following from its deregulation of copper ULL pricing.
2. Against this background, Iliad has asked WIK-Consult to provide an in-depth economic analysis and critique of ARCEP's approach of geographically differentiated tariff remedies for copper ULL. In developing a critical economic analysis of the intended price regulation, WIK-Consult also should analyse, reflect, and criticize certain elements and aspects of ARCEP's market analysis which are the basis and as such decisive and relevant for ARCEP's conclusions for the regulatory approach to wholesale prices.
3. In this document we provide this expert opinion and have structured our analysis as follows: In Section 2 we give an overview of the proposed market reviews and remedies as well as the framework for copper switch-off and the copper switch-off plan of Orange. Sections 3 and 4 consist of a critical reflection of the market analysis and the proposed remedies respectively. In Section 5 we present our final conclusions.

2 Major findings of ARCEP's market analysis and future regulation of broadband markets

2.1 Analysis of the relevant markets

2.1.1 Market 1

4. ARCEP proposes to define the market for wholesale local access (WLA) provided at a fixed location as including (i) access to the copper local loop and sub-loop, through total or partial unbundling; and (ii) passive access to fibre local loops. Access to cable, WiMAX or other alternative technologies are not included in the market. ARCEP does not define separate markets for high and very high capacity products.
5. ARCEP conducts a detailed geographical market analysis in two steps. In the first step (which is common to markets 3a, 3b and 4), ARCEP groups together municipalities in geographic areas which fulfil the following criteria (indicating that the municipalities are susceptible to present similar competitive conditions):
 - a. The technologies deployed (i.e. presence of cable networks),
 - b. the infrastructure operator present or prospectively deploying the network,
 - c. population density and the category of co-financing area, i.e. dense area or less-dense area which includes the zones AMII (Appel à Manifestation d'Intentions d'Investissement), AMEL (appel à manifestation d'engagements locaux) and RIP (réseaux d'initiative publique).

The second step assesses the competitive conditions using specific indicators which depend on which market is being analysed. For market 3a, these indicators are :

- a. the share of premises served by at least 3 commercial FTTH operators,
- b. the FTTH take-up rate in% of broadband subscriptions (incl. high and very bandwidth subscriptions),
- c. the share of alternative operators (AOs)' lines relying on Orange's infrastructure (all technologies included) and,
- d. the share of high-quality access products supplied by AOs on the business market relying on Orange's infrastructure.

Based on these criteria, ARCEP in its draft market analysis of market 1 finds that there are some variations of competitive conditions but that these are not sufficient and stable enough to justify defining separate markets because of Orange's extensive presence with its FTTH and copper networks in all 13 areas. Therefore, the market is considered to be national.

6. Orange is designated as having SMP in the market for wholesale local access at a fixed location and is required to provide
 - access to the unbundled local loop on its copper network,
 - passive access to its fibre local loop (in the non-residential segment)¹,
 - ARCEP intends to confirm the obligation on Orange to maintain the provisioning of ancillary services which are necessary to ensure that wholesale local access is effective and commercially viable (such as backhaul based on a dark fibre link between two MDFs/ODFs and between an MDF/ODF and an alternative operator's point of presence).
7. Orange is required to provide access seekers with a set of wholesale offers covering backhaul, co-location and unbundling services under non-discriminatory terms and conditions. ARCEP proposes to implement the non-discrimination obligation for copper-based wholesale inputs based on an Equivalence of Output (EoO) basis. Further, ARCEP proposes to impose on Orange the obligation to ensure technical replicability of any new retail offer provided on its copper local loops or sub-loops, including bundled offers.
8. Concerning access to the fibre network of Orange, ARCEP reaches the conclusion that the close monitoring of the symmetric obligations related to the co-financing regime for fibre roll-out by ARCEP during the last cycle has shown that these commitments were respected by Orange and ensured a sufficient level of non-discrimination. In consequence, ARCEP considers that it is neither necessary nor proportionate to impose on Orange a specific (asymmetric) non-discrimination obligation on the FTTH terminating segment.
9. With reference to non-residential customers, ARCEP requires Orange to adapt the wholesale offers to the needs of operators wishing to specifically address these customers.
10. ARCEP proposes a geographically differentiated price regulation of ULL access based on the definition of three zones depending on which criteria the zone fulfils with reference to copper switch-off and differentiates between three categories of price regulation for access to the ULL:
 - access for which a price deregulation is justified in zones where commercial closure has been carried out by Orange (zone 1 category). The price regulation is proposed to be lifted after 6-12 months of commercial closure. The retail tariffs on the copper network would be subject to an Economic Replicability Test (ERT),

¹ In the mass-market ARCEP reaches the conclusion that the symmetrical regulation of fibre network roll-out is sufficient to address the competition problems observed.

- access for which cost-orientation is not appropriate anymore and can be replaced by an obligation of non-excessive pricing. This would apply to connections for residential customers in areas which fulfil the criteria for a rapid commercial closure at the address (zone 2 category). The retail tariffs would be subject to an Economic Replicability Test,
 - access for which the cost-orientation obligation should be maintained in the remaining areas (zone 3 category).
11. Cost accounting and accounting separation obligations are proposed with respect to Orange's copper and passive fibre wholesale offers.

2.1.2 Market 2

12. ARCEP proposes to define the market for wholesale high-quality access provided at a fixed location as including active products fulfilling specific business requirements in terms of high-quality data connectivity services, irrespective of the transmission capacity, interface or underlying infrastructure. The relevant product market covers high-quality access enabling to connect the core network of an operator to a business end-user as well as a network element.
13. The regulated wholesale products would not be restricted solely to the connection of retail business customers. They could also be used for the connection of the network elements.
14. ARCEP analyses the geographic scope of the market in analogy to market 1. However, in the second step, when performing the analysis of the competitive conditions, ARCEP refers to the following quantitative criteria:
- a. The share of high quality access (HQA) sold by alternative operators in the non-residential retail market dependent on Orange's local loop infrastructure.
 - b. Share of retail high quality accesses of alternatives transiting on the active wholesale market.
 - c. Orange's wholesale market shares for all technologies.
 - d. The rate of alternative high quality active access offered on FTTH networks.
15. ARCEP concludes that it is not possible to identify stable, different competitive situations at sub-national level between the areas of the territory and therefore, the geographic scope of the market for wholesale high quality access provided at a fixed location is considered to be national.
16. ARCEP requires Orange as SMP operator to provide access and imposes a non-discrimination obligation with more strict obligations regarding KPI, SLA and SLG and the equivalence of access ensured by the technical replicability and an

obligation of equivalence of input. In order to ensure the technical replicability, Orange must guarantee that the technical and operational processes for the provision of the wholesale services ensure the possibility for third party operators to replicate that retail offer.

17. As regards the price obligation, ARCEP proposes to differentiate the price obligation according to typologies of services provided and to the level of competition in the different geographic areas.

2.1.3 Market 3b

18. ARCEP defines the market for wholesale central access provided at a fixed location for mass-market products as including broadband and high speed broadband services provided – at regional access points – over copper-based DSL infrastructures, fibre-based infrastructures and coaxial cable networks, independently of the interfaces' technology (IP, ATM, Ethernet). Access delivered over alternative technologies (e.g. WiMAX, Wi-Fi, satellite, power lines) is excluded from the market.
19. ARCEP defines two distinct geographic markets, one covering very dense areas and the other part covering the remaining French territory, excluding the very dense areas.
20. Orange is designated with SMP in the non-competitive areas and ARCEP proposes to impose a full set of remedies on Orange, including access, non-discrimination, transparency, accounting separation, cost accounting and price control. Orange is mandated to meet reasonable requests for access to its copper network and to ensure that wholesale broadband access is available at different levels of the network (i.e. IP, ATM55, and Ethernet).

2.1.4 Market for Physical Infrastructure Access (PIA)

21. ARCEP defines a separate market for wholesale access to physical infrastructure for fibre deployment in electronic communications networks which includes both underground telecoms ducts and aerial poles. The geographic scope of the market is national and includes French overseas departments, regions, and communities. ARCEP proposes to impose the full set of remedies on Orange:
 - Access,
 - non-discrimination,
 - transparency,
 - accounting separation,

- cost accounting and
- price control.

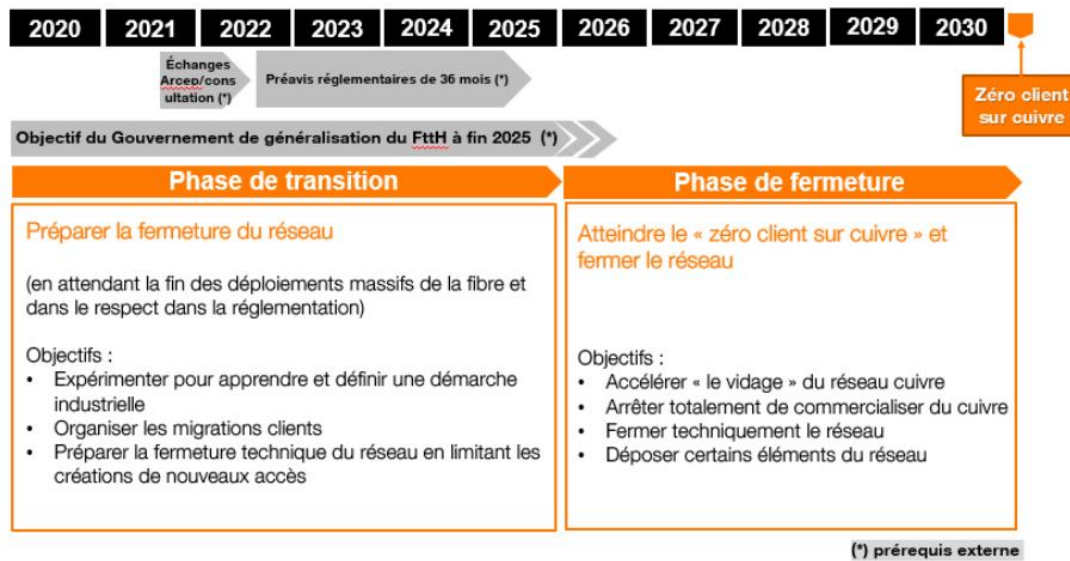
2.2 Copper Switch-off in the context of market analysis

22. ARCEP allows Orange to perform the copper switch-off in two steps:
 - the stop sell or commercial closure (no new copper connections are marketed at retail and wholesale level) and
 - the technical closure (no provision of products and services on the copper network anymore).
23. ARCEP defines the following geographical units for copper switch-off:
 - NRA (noeud de raccordement à l'abonné),
 - Municipality,
 - Municipal district.
24. The rules for stop sell (commercial closure) and technical closure differ for residential and non-residential customers.
25. For residential customers the commercial closure of a zone can only be notified when:
 - all premises in the zone are covered with FTTH;
 - the technical and economic conditions of the infrastructure operator's (IO's) wholesale offer have been implemented effectively and are operational. They enable the commercial operators to replicate the retail offers they provide on the copper local loop. As indicators for this criterion ARCEP could e.g. require at least two commercial operators to be present at the mutualisation point or at least 10,000 accesses have been activated by AOs or 10% of the lines have been activated by AOs;
 - at least one FTTH retail offer is available to the covered premises in the zone.
26. The notice periods for commercial closure differ depending on the presence of commercial operators at the MP, the availability of wholesale access to the FTTH network and the degree of migration of customers to fibre.
27. Orange must by default respect a 36-month notice period before notifying the commercial closure of wholesale and retail offers on the copper network in a given area (municipality or zone covered by an NRA). ARCEP proposes to allow a reduced notice period of 18 months in zones where the status of FTTH rollouts, the

presence of commercial operators at the MPs and the migration of customers from copper to fibre are already particularly advanced at the time of the notification.

28. Orange must respect a minimum 12-month timeline between the time when the criteria for commercial closure are fulfilled and technical closure becomes effective. The notice period for technical closure is 36-months. In those cases, where a reduced notice period is allowed for commercial closure, a reduced notice period for technical closure of 30-months is allowed (18 months + 12 months).
29. ARCEP proposes to allow a rapid commercial closure at the address (the switch-off zone would be the premises covered by the MP, i.e. in very dense areas this would be the locations in a building) when the conditions for commercial closure are fulfilled and all national commercial operators are present at the MP. The notice period for rapid commercial closure at the address is of 2 months for the mass market and 6 months for the business segment.
30. ARCEP proposes to allow a rapid technical closure of copper wholesale and retail services at the address for residential customers in a zone covered by the MP concerned with a notice period of 18-24 months. For business customers the rapid technical closure is not allowed.
31. In its copper switch-off plan, Orange foresees a transition phase, in which the preparation of the switch-off will take place by completing the FTTH roll-out by 2025 and achieving the national commercial closure in 2026. In addition, an automated approach to commercial and technical closure will be developed. The switch-off phase begins with a national commercial closure. In the switch-off phase, the technical switch-off takes place in automated processes in accordance with the regulatory framework.

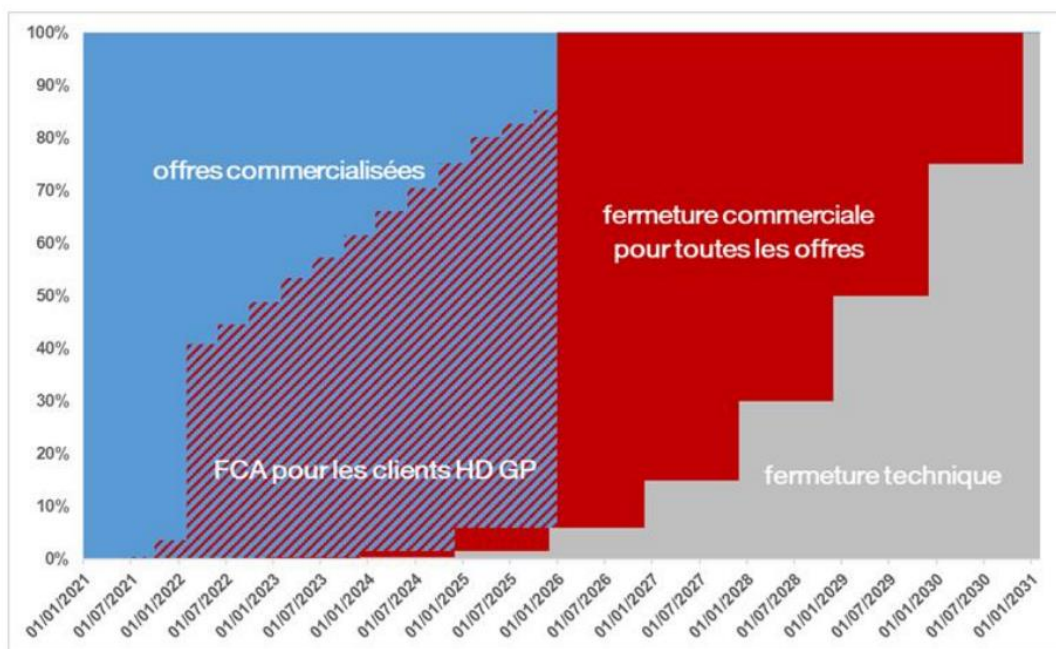
Figure 1: Orange's copper switch-off plan



Source: Orange (2022): Plan de fermeture du réseau de boucle locale cuivre d'Orange, https://www.arcep.fr/fileadmin/user_upload/grands_dossiers/reseau-cuivre/projet-plan-fermeture-cuivre-Orange_juil2022.pdf (last accessed on 03.04.2023).

32. In its copper switch-off plan, Orange foresees a massive commercial closure at the end of 2025 while the technical closure mainly takes place in the last two years before 2030 when the copper switch-off is planned to be complete.

Figure 2: Evolution of copper switch-off in France



Source: Orange (2022): Plan de fermeture du réseau de boucle locale cuivre d'Orange, https://www.arcep.fr/fileadmin/user_upload/grands_dossiers/reseau-cuivre/projet-plan-fermeture-cuivre-Orange_juil2022.pdf (last accessed on 03.04.2023).

3 A critical reflection of ARCEP's market analysis

33. ARCEP performs a detailed geographical analysis which to a large extent is in line with the Recommendation on Relevant Markets. However, considering that ARCEP justifies the differentiation of remedies based on different competitive conditions it would have been important to include retail market shares in the criteria to assess competitive conditions in the geographical units analysed which ARCEP missed to do.

34. According to the draft Gigabit Connectivity Recommendation² in those cases where the geographical segmentation of remedies seems appropriate

“It logically follows that in such cases, at least one review of the remedies segmentation will be necessary before the end of the time frame of the market analysis. In some cases, multiple periodic reviews might even be needed, usually done annually. The Commission considers that such reviews of remedies should provide legal certainty and predictability for market players. Therefore, their conditions should already be set in the original remedies decision accompanying the market analysis they are based on. These conditions should include in particular the timeframe of the review (for instance a yearly periodicity) and the precise criteria applied to define the areas where different remedies will apply. These criteria, as well as the different set of remedies applied in the various areas defined, should remain constant if one or more reviews of remedies are foreseen or take place within the framework of the initial market analysis.”

35. The approach taken by ARCEP to differentiate the remedies is inconsistent in a sense that it is not based on the criteria used for the geographical market definition. Further, the criteria do not seem to provide the certainty and predictability for market players required in the draft Gigabit Connectivity Recommendation.

36. In the context of copper switch-off the requirement of complete coverage of areas is an issue which has not been resolved yet. However, the availability of an alternative wholesale product which can be considered a substitute for the wholesale product on the copper network for all connections is essential to ensure competition. Therefore, if differentiated remedies are allowed it should be clear and finally decided how ARCEP will deal with the requirement of complete coverage in the context of copper switch-off.

37. Against the background that there is a relevant share of customers for which commercial operators face barriers in deploying the final drop between the PBO

² European Commission (2023): COMMISSION RECOMMENDATION of XXX on the regulatory promotion of Gigabit connectivity, Brussels, XXX [...](2023) XXX draft, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/gigabit-connectivity-recommendation> (last accessed on 05.04.2023)

and the PTO, the possibility of a price increase for the ULL could have a relevant negative impact on competition at retail level.

38. While it could be justified to differentiate remedies to accelerate migration from copper to fibre networks such an approach should anticipate the rules provided for in the draft Gigabit Connectivity Recommendation of the Commission as it is already in the final stage of adoption.³
39. The framework for copper switch-off in France provides a long timeframe for switch-off even when faster technical closure is possible.
40. Commercial operators have experienced difficulties in connecting end users to the fibre network for example because the access line is not reachable or eligible yet (connected to the NRO of the alternative operator) or because there are technical or other practical barriers to connecting the end-user to the PBO (final drop from the PBO of infrastructure operator to the PTO of the end user). In consequence, the criteria for rapid commercial closure may lead to situations where it is not possible to connect end-users.
41. End-users may not be reachable because the infrastructure operator uses the option of rolling out the fibre network between the PM and the PBO on demand (within a deadline of 6 months).
42. According to the draft Gigabit Connectivity Recommendation NRAs should ensure that

“the decommissioning process does not lead to discriminatory behaviour. This includes potential discrimination between the retail branch of the SMP operator (if it is vertically integrated) and access seekers on access conditions to the copper network during the migration and decommissioning phase. In particular, the SMP operator should not continue to provide access to its own retail arm after it has ceased providing services to access seekers as a result of the lifting of access obligations by NRAs with a view to allowing for decommissioning in accordance with Article 81(2), second subparagraph of Directive (EU) 2018/1972.”

The rules for copper switch-off in France do not address all forms of discrimination during copper migration and switch-off. For example, according to alternative operators Orange has an advantage when migrating end-users to fibre. If this is the case, Orange can use the rapid commercial closure to migrate their own copper customers to fibre but refrain from notifying the rapid commercial closure in PM zones where alternative operators have a high share of customers on copper. Further, AOs mention that there is a situation of asymmetric information

³ The draft Recommendation has been sent to the Body of European Regulators (BEREC) for a consultation, with a duration of two months. After taking into account the opinion of BEREC, the Commission will adopt its final Recommendation.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_985

concerning the identification of line IDs on copper and fibre networks. This can lead to situations where there is a mismatch when identifying a copper line for migration to fibre.

4 A critical reflection of ARCEP's price regulation approach for ULL

4.1 The economic rational of ARCEP's ULL price control approach

43. ARCEP has always seen access to the copper local loop as a major regulatory tool to generate competition between operators. Because of its character as an essential infrastructure, right from the beginning of access to ULL it was made subject to cost-based price regulation. In order to provide predictability to access seekers and Orange, ARCEP has also, as in the previous regulatory period, set a pricing framework decision for the period 2021-2023.⁴ The costs for determining the ULL price are derived from a bottom-up modelling of a shared optical local loop network (BLOM). This approach is in line with the Commission's Non-Discrimination Recommendation from 2013.⁵ The resulting price over the period 2021-2023 is a stable price of € 9,65/ month.
44. In its price cap decision 2020-1493 ARCEP already stated that it could review the pricing framework during the regulatory period, if Orange presented a concrete plan to close the copper network. In that context, ARCEP considered it appropriate to allow Orange to adjust the level of ULL tariffs upwards, even within the regulatory period 2021-2023. Such a tariff increase should only be dependent on the presentation of a concrete switch-off plan but also depending on the guarantees Orange provides regarding the speed of the transition from copper to fibre.
45. Orange notified a draft plan for the closure of its copper network to ARCEP on 31 January 2022. This plan was consulted between February and April 2022 together with the ARCEP consultation document on the evolution of tariff control for ULL for the years 2022 and 2023.⁶
46. In this document ARCEP announced its view that the tariff remedy could be alleviated for those accesses that have been subject to commercial closure. ARCEP, however, recognised that in the current transitional phase it is important to ensure that tariff changes remain gradual and predictable. Therefore, tariffs should be subject to a non-excessive constraint. Furthermore, terms and conditions of the tariff changes should be specified ex ante to provide predictability for the players.

4 See ARCEP (2020): Décision n°2020-1493 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 16 décembre 2020 fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/20-1493.pdf (last accessed on 05.04.2023)

5 See EU Commission (2013): COMMISSION RECOMMENDATION of 11 September 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013/466/EU), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0466&from=EN> (last accessed on 03.04.2023)

6 See Orange (2022): Plan de fermeture du réseau de boucle locale cuivre d'Orange, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/plan-fermeture-boucle-locale-cuivre-orange-notifie-fev22.pdf (last accessed on 03.04.2023); https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-plan-fermeture-cuivre-fev22.pdf (last accessed on 03.04.2023)

47. On 22 February 2023, in a separate procedure ARCEP notified to the European Commission tariffs for access to the local loop for the year 2023.⁷ This decision amended the previous price cap decision no. 2020-1493. ARCEP recognised in this decision that Orange's cost would increase due to an increase in the IFR tariffs in 2023. Therefore, ARCEP regarded it justified and proportionate to modify the tariff ceiling applicable. As a result, the monthly recurrent tariff for full access to the local loop is increased slightly from € 9.65 to € 10.04.
48. According to ARCEP's market analysis, three types of copper access will be differentiated. The ULL price regulation will be different in each of these zones. Thus, ARCEP will follow an approach of geographical differentiation of the price control remedy by zones (see section 2.1.1).
49. In the first zone, Orange has already notified commercial closure of the copper network which means that no new customer can get service over an copper access line. In this zone ULL price control would be totally lifted. Orange would face an unconstrained pricing flexibility to set wholesale prices. Price control would be totally lifted 6 to 12 month from the actual commercial closure of a particular area. All the conditions of commercial closure as well as for technical closure have to be met in that area. ARCEP also considers lifting the price control in areas or for access lines which cannot be closed commercially but where technical closure is foreseen in 12 or 24 month.
50. Areas or accesses which are not commercially closed (yet) but which meet the criteria for rapid commercial closure form the second zone. ULL prices in this zone will not be totally deregulated but have to meet a "non- excessive" constraint. Lifting price control could occur 6 to 12 month after these lines meet the requirements of rapid commercial closure. This means that the users in these areas can be connected to a fibre network. Furthermore, the four nationwide active operators which are present at the mutualisation point are able to offer a high-speed broadband product over fibre. Constraints to commercial closure in this area are mostly related to business customers. Lifting the price control is intended 6 to 12 months after these areas meet the conditions for rapid commercial closure.
51. In all areas/ for all access lines which do not meet the requirements for rapid commercial closure, ULL prices remain price controlled and have to be cost- based (as before). In these areas fibre access either is not (yet) available or the competitive conditions in fibre do not effectively constrain copper pricing. Not regulating ULL prices here would allow Orange to earn unjustified economic rents.

7 See ARCEP (2023): NOTIFICATION A LA COMMISSION EUROPEENNE, Encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre : modification de la décision n° 2020-1493, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/projdec-tarif-degroupage-modif-2020-1493-notif-Commission-UE_fev2023.pdf (last accessed on 03.04.2023)

4.2 ULL pricing and migration

52. According to ARCEP's economic rational there is a clear chain of reaction from ULL pricing to migration of end-users from copper to fibre. Higher ULL prices shall incentivize alternative operators to force migration. Furthermore higher ULL prices shall lead to higher retail prices for copper- based products. Higher retail prices should incentivize end-users to migrate from copper to fibre products. The question is how this economic incentive structure works in reality. How strong are price signals? Are there other factors which matter?
53. In economic theory, pricing has a crucial impact on market participants' behaviour. Therefore, economists often argue and believe that efficient pricing is essential to achieve efficient behaviour of operators, access seekers and end customers. NRAs have the possibility to steer retail prices by setting wholesale prices, as these two are strongly related. The underlying economic assumption of being able to influence behaviour by price setting is that the market participants make their decisions based on margins and quickly adapt when price changes occur. For example a small change of wholesale prices leads to retail price reactions and therefore impacts the investment decisions of operators. Economic pricing paradigms are highly relevant and therefore important also to be considered when setting wholesale prices. Yet, the relevant experience from telecommunication markets has shown that often operators and end customers do not react at margin. Strategic reactions usually do not respond to marginal price changes but (if at all) only to major changes of price levels and pricing structure. Therefore, prices are one parameter in the strategy determination which steers the outcome of economic behaviour, but not the only ones.
54. Policy makers and regulators should be aware of this behaviour and of the relative importance of the pricing system compared to other factors when assessing concrete measures which impact the market and its participants. The importance of pricing might be increased by price segmentation (price discrimination): Different user groups or operators react differently on pricing measures and demand may therefore be elastic or inelastic depending on the market segment under observation. Therefore, in some segments pricing will play a significant role for decision makers and others may be subject to rather other factors. In particular, if a certain behaviour ought to be triggered, regulators have to analyse this adjustment's impact and conclude whether or not adjusting the pricing scheme is an efficient measure to achieve the objective or whether other measures would be more suited. For this assessment, regulators have to be aware or identify
- The relative importance of pricing,
 - Other factors influencing the market participants in their decision making,
 - Quantify the relative importance of all relevant factors, and

- Determine the efficient measure (or mix of measures) based on the gathered information.

Wholesale price setting will affect two aspects of the market equilibrium. Firstly, high copper access costs consequently will lead to high retail prices for copper-based products if the access seekers are able to pass on wholesale costs to the end customers. If copper-based product prices are relatively close to the fibre-based ones, an end customer might find the fibre product attractive and be incentivised to migrate. On the other side, in case of an overcompensation for its legacy network, of which major parts may already be depreciated, the incumbent will not have incentives to switch-off this network and force migration towards fibre.

55. There are limits of provoking end customer and market participants reactions by pricing and therefore steer the desired outcome. As experience shows, user behaviour yet is far more complex than being able to be steered by one parameter. In this point of discussion, fibre migration is the desired outcome which is also influenced by other factors and all factors differently affect user groups. Customers with high bandwidth preferences will rather independently of the retail prices switch to fibre as soon as it is available, given their higher willingness to pay for high bandwidth. Experience in France shows, that about 15% of customers will remain unaffected by pricing due to reluctance of opening their in-house cabling to be replaced by fibre, which might also be reasoned by legal causes. Just like there is a group of high bandwidth affine users, there will remain a group of subscribers without the need to upgrade a telephony-only or a narrow band subscription. Therefore, it will remain a fourth group of end customers that may be addressed by specific financial incentive measures to motivate their migration. As a result, only this group will react to wholesale caused retail price changes. A way of migrating other customers groups is by realising new accesses only by fibre, if available.
56. Consequently, regulatory authorities should be aware that pricing alone is not the only means to achieve efficient fibre migration. As explained, pricing will only affect a limited share of all subscribers and their willingness to migrate. In order to force migration at the expense of customers' satisfaction, wholesale and retail prices would need to be raised to unreasonable levels. At the same time, network operators competing for customers, will not establish the perfect migration equilibrium, as the explanations of the previous sections have pointed out.
57. Confronting end-users which the copper switch-off scenario may be a much more effective means to migrate them to fibre. Under a forced migration approach, these customers only face the option of loosing the fixed-line service or to migrate to fibre.

4.3 What have other NRAs done?

58. The regulatory approaches of NRAs in Europe towards the regulation of (full) unbundling vary to some degree. While 14 NRAs are still fully regulating the provision of ULL, 4 NRAs (Austria, Bulgaria, Netherlands, Romania) have fully deregulated ULL. 9 NRAs have chosen different forms of partial deregulation. Full regulation in the respective Member States generally means price control of cost-oriented prices.
59. ULL prices vary to a significant degree from 2.8 €/ month (Lithuania) to 11.62 € (Ireland). Only in two countries ULL prices exceed the level of 10 €, namely Germany with 10.65 € and Ireland with 11.62 €. The median price level is in the range of 7 € to 8 €.
60. For the French discussion and the Authority's decision it may be useful to shed some light on a few national cases and NRA decisions in more detail. For that purpose we have chosen Austria, Germany, Netherlands, Spain and Norway.
61. In its decision dated 10 October 2022, the Austrian NRA RTR totally deregulated the (former) markets 3a and 3b (wholesale markets or local and central access at a fixed location).⁸ Deregulation is based on commercially agreed (with the oversight of RTR) wholesale agreements with the vast majority of competitors for VULA on copper and fibre networks of the incumbent. Under these agreements ULL access will be expiring as a wholesale service by the end of 2024. It is important to mention that ULL never played a major role as a wholesale input for competition in Austria. At the maximum no more than 5 % of all copper lines were unbundled. At October 2022 only a few thousand unbundled lines were left. About already 10 years ago, the incumbent A1 Austria had offered a technically and commercially attractive VULA service which totally dominates the use of ULL.
62. On 29 June 2022, the German NRA BNetzA decided on a 10 year price cap period for ULL. This 10 year period is subdivided into two sub-periods: For the period from 1 July 2022 until 30 June 2027, the ULL price is 10.65 € per month and for the period from 1 July 2027 to 30 June 2032 a slight increase to 11.08 €. It is remarkable that the ULL price was 11.19 € prior to the NRA decision of 29 June 2022. This decision ended a yearlong legal dispute over the regulatory decisions the years before. In its pricing decision the NRA verified a commercial agreement between market players on the basis of its own BULRIC cost model. As a result, the commercially agreed prices are below the level calculated by the cost model. According to BNetzA's argumentation, a long-term price cap for ULL supports the

8 See TKK (2022): Bescheid M 1/20-312 and M 1.1/20-123, https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/entscheidungen/entscheidungen/M_1_1_20_Bescheid_Web.pdf (last accessed on 03.04.2023)

deployment of fibre networks and competition in the market.⁹ A long-term price decision generates a long-term planning horizon to support long-term investments. Furthermore, stable ULL prices over a long period support migration. Users also benefit from stable wholesale prices.

63. The full deregulation of ULL in the Netherlands follows from a court decision of 17 March 2020 which annulled the NRA decision on wholesale fixed access.¹⁰ KPN continues to voluntarily provide copper ULL, de facto applying the safety cap mechanism from previous NRA decisions regarding ULL pricing. The voluntary provided ULL price by KPN is 9.73 €¹¹
64. Spain is a little bit ahead of France in fibre deployment and copper switch-off. End of 2021 Spain had a fibre coverage of 89% of HH.¹² Copper switch-off started already in 2018. 769 MDFs were closed by March 2021. 100% of the copper network will be replaced by fibre in 2025 according to current plans. In an NRA decision of 6 October 2021¹³ CNMC confirmed that there is no change in the cost-orientation of the ULL price on the basis of a BU-LRIC model. CNMC continued to apply a ULL price of 8.60 €. This tariff has not changed since 2013. On 23 February 2023, the NRA took a decision to reflect increased electricity prices, and decided to apply increases in co-location related fees, but not to the ULL price.
65. In half-year 1 2022, Norway had a fibre coverage of 82 %.¹⁴ The copper network is intended to be switched-off by the end of 2025. In March 2022, the regulator Nkom launched a public consultation related to a new market analysis round for markets 3a and 3b¹⁵ proposing to cease applying the current cost-orientation methodology for ULL prices but to ensure tariff stability by already setting a rate for each year until 2025 (close of the copper network).

9 See BNetzA (2022): Decision BK3C-22/002, p. 145 f.

10 See <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:CBB:2020:177> (last accessed on 03.04.2023)

11 See <https://www.kpn-wholesale.com/producten-diensten/breedband/mdf-access.htm> (last accessed on 03.04.2023)

12 European Commission, Digital Scoreboard.

13 See https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Telecomunicaciones/Mercado/Resoluci%C3%B3n_ANME-DTSA-002-20_VP.pdf (last accessed on 03.04.2023)

14 See https://ekomstatistikken.nkom.no/#!/article/dekning_regionalt2022

15 See <https://www.nkom.no/ekom-markedet/markeder/marked-3a-og-3b-lokal-og-sentral-tilgang-til-faste-aksessnett>

4.4 ARCEP's pricing proposal in light of the draft Gigabit Connectivity Recommendation

66. In February 2023 the Commission has published the draft Gigabit Connectivity Recommendation. This new Recommendation is intended to replace the Non-Discrimination Recommendation of 2013¹⁶ and the NGA Recommendation from 2010.¹⁷ The new Recommendation also addresses a gradual relaxation and withdrawal of remedies in the context of the decommissioning of the copper network. These corresponding provisions show some similarities to ARCEP's price deregulation proposal but also major differences.
67. Para. 81 of the draft Gigabit Connectivity Recommendation entails the following provisions of a gradual relaxation and withdrawal of remedies.

"Where the wholesale prices for access to copper networks are subject to cost-orientation, in accordance with the recommended costing methodology, and once a decommissioning or replacement plan notified by the SMP has been assessed by the NRA... NRAs may consider a progressive relaxation of the price control obligation, by allowing the SMP operator to progressively increase wholesale prices for access to copper networks. Such a price increase should only be applicable in areas where the notice period for the copper switch-off has started. The NRA should ensure that the period of applicability of the price increase is not prolonged by any undue delay in the implementation of the switch-off plan. Where such a measure is implemented, it should be accompanied by sufficient safeguards in order to preserve competition ..."

68. The draft Gigabit Connectivity Recommendation requires a final assessment of the switch-off plan before the copper pricing system may be adapted. ARCEP has not (yet) published such a final assessment of Orange's copper switch-off plan.
69. ARCEP's approach of full deregulation with regard to price control for zone 1 does only partially comply with the draft Gigabit Connectivity Recommendation. While para. 81 recommends to allow the SMP operator to progressively increase ULL prices – which would be in line with ARCEP's approach – it considers a progressive relaxation of the price control obligation. ARCEP's approach for zone 1 is not a relaxation of the price control obligation but a full abandoning of it.
70. ARCEP's price regulation approach for zone 2 is not compliant with the draft Gigabit Connectivity Recommendation. Para. 80 foresees that a price increase should only be applicable in areas where the notice period for the copper switch-off has started.

16 See European Commission (2013): COMMISSION RECOMMENDATION of 11 September 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013/466/EU), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0466&from=EN> (last accessed on 03.04.2023)

17 See European Commission (2010) : COMMISSION RECOMMENDATION of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA) (Text with EEA relevance) (2010/572/EU, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010H0572&from=EN> (last accessed on 03.04.2023)

This condition is not met in zone 2, because there is no rapid commercial closure there notified yet with a defined timing of technical closure.

71. Para. 81 of the draft Gigabit Connectivity Recommendation also includes a safeguard regarding any undue delay in the implementation of the switch-off plan to protect access seekers against a prolonged ULL price increase. ARCEP's proposal does not foresee such a safeguard, neither for zone 1 nor for zone 2.
72. The Commission foresees further safeguards in order to preserve competition which are missing in ARCEP's approach. The draft Gigabit Connectivity Recommendation requires that the modalities of the (ULL) price increase should be set in advance. For zone 1 no modalities for a price increase are foreseen at all. In zone 2 they are specified to a rather limited degree.
73. Another condition requires that all end-users and access seekers in the areas concerned by the price increase can effectively migrate to the fibre network. As mentioned in Section 3, the commercial operators observe barriers in connecting customers to fibre networks and in the case of connecting locations with fibre at the PBO by demand delays the migration of end-users to fibre.
74. The draft Gigabit Connectivity Recommendation also requires that the ULL price increase should not lead to excessive retail prices. ARCEP's proposal does not address the impact on retail prices at all. In zone 1 ULL price increases could even be excessive and it is not excluded that retail prices may become excessive too. In zone 2 wholesale prices are constraint to be non-excessive but no constraints against excessive retail prices are introduced.

4.5 What will Orange's pricing approach for ULL be?

75. If an incumbent SMP operator gets regulatory pricing flexibility, it is realistic to assume that he will use this flexibility to increase the ULL wholesale price. Access seekers cannot avoid to pay the higher wholesale price if they are not able to motivate their customers to migrate to fibre products. That is ARCEP's intention. The only open question is, to what extent ULL prices will be increased by Orange.
76. At two events Orange has announced how it might use the new price regulation regime for ULL. At Orange's Capital Market Day on 16 February 2023¹⁸ the company announced a ULL price increase of around € 2 which would be an increase by more than 20 %. Together with further price increases for access to civil engineering this should generate additional revenues of all in all around

18 See Bloomberg (2023): Bloomberg Transcript, Capital Markets Day, Orange SA, ORA FP, 2023-02-16 p. 37

€ 130 m in 2025. This intention was further elaborated in a Les Echos article the next day.¹⁹

77. While it is rather easy to predict that the wholesale prices will change, it is less clear how Orange will react regarding its retail prices for copper-based products. According to our assessment, different reactions on retail prices may be expected in zone 1 and in zone 2.
78. In zone 1 we would expect that Orange will change its own retail prices for copper-based services in parallel to the competitors' price changes. If competitors increase their retail prices to compensate for the margin loss due to the wholesale price increase, it is rational for Orange to follow or even to increase retail prices more. Due to the commercial closure in these areas, Orange could not get new copper customers from competitors by not increasing retail prices. Otherwise, Orange would renounce to earn a higher margin without any pressure to do that. Thus, in zone 1 deregulation will lead to higher retail prices. Under the new market equilibrium, they will be increased at least by the amount of the wholesale price increase.
79. The situation in zone 2 is more complex. Here the new market equilibrium will depend on the level of margin which is included in the actual copper-based product prices. If the current retail prices are margin squeeze free but without a margin above that level at current wholesale prices, then Orange has to increase the retail price (at least) by the amount of the wholesale price increase. Otherwise, Orange's retail and wholesale prices would not meet the economic replicability test,²⁰ which is an obligation which Orange has to meet. Competitors then have the choice, whether they compensate their loss in margin by also increasing their retail prices. Or, they do not follow Orange's price increase with the intention to win copper customers from Orange and accept the decrease of their margin. This is possible because there is no commercial closure of all access lines of the copper network in zone 2 yet and they can order new copper lines to satisfy new customers. This might be a small effect if one takes into account the amount of access lines not yet commercially closed. But it remains relevant.
80. The situation is quite different, if the current retail prices entail a sufficient margin such that they do not have to be increased due to the wholesale price increase and would still meet the replicability test. Then Orange has the choice whether it would prefer to earn higher retail profits or whether it would prefer to get a higher market share by competing for copper customers of competitors. Different to its competitors Orange is not under pressure to increase retail prices in this scenario because its

19 <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/christel-heydemann-recentre-orange-sur-ses-fondamentaux-et-taille-dans-les-couts-1907333> (last accessed on 03.04.2023)

20 See Section 4.8.

margin will not change due to the wholesale price change. Competitors then have the crucial choice of accepting lower margins or to lose market share.

81. There is another unpredictable outcome of ULL prices possible. Orange may use its pricing flexibility to give up uniform ULL prices. Orange may not increase ULL prices in certain areas of zone 1 or zone 2 respectively and increase them in other areas. Orange may also choose to increase ULL prices in various areas to a different degree. The market position of Orange for copper and for fibre products in a certain area may give reason for such a differentiated pricing approach. These potential strategic options for Orange further increase uncertainty and unpredictability for competitors.

4.6 Analysis of the price level constraint safeguard

82. ARCEP foresees certain safeguards regarding the extent of wholesale price changes which are incorporated in the regulation regarding reference offers.²¹ These constraints are related to ULL prices which are subject to the non-excessive pricing constraint. No such obligation is foreseen for ULL tariffs in the unregulated zone 1.
83. While changes of the standard offers are subject to a three month termination period, this termination period can be reduced in case of a tariff decrease or if processes are improved. For tariff increases, the termination period shall be related to the extent of the increase. If Orange plans a price increase with a cumulative effect of more than 10 % within the last 12 month, then the notice period should be extended from 3 month to 12 month. For the year 2024 the price changes will be assessed on the basis of the cost-based tariff for 1 January 2024 as an exemption.
84. This constraint does not protect access seekers against a major extent of a price increase. Under this rule, Orange could still increase ULL price by e.g. 50 %. Access seekers only get a longer notice period before such a major price change becomes effective. Thus, this rule is not effective in limiting the level of price changes. It only provides a longer period to adapt to drastic price changes, which is of course of value to access seekers.
85. Drastic wholesale price changes can be disruptive to competitors and to competition. Therefore, ARCEP should have protected competitors better against erratic and drastic price changes. ARCEP could have and should have in our view

21 See Section 4.4.3 c of ARCEP (2023): CONSULTATION PUBLIQUE Du 20 février au 3 avril 2023 Projet de décision d'analyse du marché 1 de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-ADM7-projdec-marche1_fev2023.pdf (last accessed on 03.04.2023)

put limitations on the amount of price changes Orange is allowed to materialize year by year under the non-excessive pricing constraint.

86. Also in the zone where Orange has full pricing flexibility, drastic wholesale price changes can be disruptive to competition. ARCEP should limit the amount of price changes for this zone as well and should not give an unlimited pricing flexibility.

4.7 What will the “non-excessive pricing” constraint imply?

87. ULL prices in areas or for access lines which are not closed commercially but which meet the conditions for commercial closure for rapid face a non-excessive price constraint. ARCEP remains vague, how this constraint is to be specified. ARCEP only refers to tariffs for comparable wholesale products in France or in other countries.²²
88. In an earlier consultation²³ ARCEP discussed several schemes to specify the non-excessivity obligation. According to a first scheme, a price would meet non-excessivity if it would not exceed the corresponding cost-based price by x % or by y €. In a second scheme this intended x % or y € increase would be smoothed over a number of years. In this case the price increase increment per year would be y/n €, with n the number of years to smoothen the increase. If the incumbent would systematically use the maximum allowed increment each year, the maximum level of non-excessivity would be reached in exactly n years of increase.
89. Unfortunately, ARCEP did not specify non-excessivity according to one of the schemes as referred to in para. 88 in its final market analysis and remedy formulation. However, in the explanatory note accompanying the draft Gigabit Connectivity Recommendation the European Commission specifies that NRAs should in principle only allow the increase of copper prices where several conditions are met. One of the conditions requires that *“The timeline and level of this price increase are set in advance, for instance in the NRA’s decision on the lifting of remedies according to article 81(3), to ensure certainty and predictability for operators”*.²⁴

22 See ARCEP (2023), CONSULTATION PUBLIQUE Du 20 février au 3 avril 2023 Projet de décision d'analyse du marché 1 de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-ADM7-projdec-marche1_fev2023.pdf (last accessed on 03.04.2023), Section 4.6.1

23 See ARCEP (2022): CONSULTATION PUBLIQUE Du 7 février 2022 au 4 avril 2022 Evolution du contrôle tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2022 et 2023, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-evolution-controle-tarifaire-acces-boucle-locale-cuivre-2022-2023_fev2022.pdf (last accessed on 03.04.2023), Section 3.1

24 European Commission (2023): COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EXPLANATORY NOTE Accompanying the document Commission Recommendation On the regulatory promotion of Gigabit connectivity, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/gigabit-connectivity-recommendation> (last accessed on 05.04.2023)

90. This leaves access seekers very much in the dark what Orange will change and how the obligation would effectively constrain Orange's price behaviour. The criterion of giving reference to a comparable wholesale price in France may give an answer. The only relevant comparator is the copper ULL price in zone 1 and in zone 3. This means that the ULL price in zone 2 would either be the same price Orange will set in the unregulated zone or the price will be cost-based. Instead of proposing a rather unclear price obligation, ARCEP should have taken a clear decision, what the constraint actually means and implies.
91. Also referring to international benchmarking does not provide too much certainty to access seekers (and to Orange) about non-excessivity. Having undertaken a lot of international price benchmarks, we know that benchmarking can be a weak tool to generate clear-cut and predictable and reliable results.²⁵
92. There is not too much experience in the regulatory regimes of the Member States with a non-excessive price control obligation.
93. At the French level, it seems that ARCEP has so far imposed this obligation only on two specific occasions:
 - In the upstream wholesale terrestrial broadcasting market (ex-market18), a prohibition on excessive pricing has been imposed in the upstream wholesale market for replicable but not yet replicated sites²⁶;
 - In the market for wholesale high-quality access (ex-market 4), a non-excessive pricing obligation was imposed on Orange for ATM offers, for which Orange has announced the end of commercialisation by the end of 2020 and technical closure by mid-2022²⁷.

The implementation of these decisions does not provide any clear methodological principles on the concept to be identified that can be reused.

4.8 How effective will the ERT be as a competitive safeguard?

94. To avoid competitive distortions on the end-user markets by increased ULL prices, ARCEP intends to oblige Orange to meet an economic replicability test for copper-based products in zone 1 and zone 2.²⁸ This obligation requires Orange to increase its retail prices due to a wholesale price increase if otherwise a margin squeeze for competitors would occur. Applying the ERT constraint enables competitors to

²⁵ See also Section 4.3

²⁶ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/12-1137.pdf p.56

²⁷ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/20-1448.pdf p. 94

²⁸ See ARCEP (2023), CONSULTATION PUBLIQUE Du 20 février au 3 avril 2023 Projet de décision d'analyse du marché 1 de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-ADM7-projdec-marche1_fev2023.pdf (last accessed on 03.04.2023), Section 4.3.3 e

replicate Orange's retail prices at the increased level of wholesale prices. This is conceptually a logical and coherent regulatory obligation to prohibit competitive abuse of wholesale pricing to predate competitors.

95. We have shown in Section 4.5 that the ERT only guarantees a parallel development of wholesale and retail prices of the incumbent under specific circumstances. If there are sufficient margins included in the current level of retail prices, the ERT does not generate a parallel development of retail and wholesale prices and does not protect competitors. The ERT is a complex regulatory tool which requires a detailed set of specifications before it really and effectively functions as a competitive safeguard against abusive pricing behaviour of the incumbent. ARCEP only specifies a few elements of the ERT to be applied:

- The test results shall be provided by Orange upon request of the Authority,
- The test shall be conducted in case of a wholesale price increase or before a decrease of retail prices for copper-based products,
- The test should be conducted product-by-product.

These elements of the test are straight forward but they leave many conceptual aspects open and unclear.

96. ARCEP's leaves the following conceptual elements of an ERT unspecified:

- On which access lines should the test be applied. Does the scope cover FCA lines only or also copper lines in zone 1 and zone 3?
- Is the test only applied ex ante or also ex post, i.e. each year?
- Can competitors request to conduct an ERT, if they have indications of a margin squeeze?
- If the test is to be applied by Orange, how will the Authority check correctness and prudence of the test, the parameters used and the calculated result?
- What is the relevant business model of an efficient operator as a basis for the test?
- Is the business model related to a single wholesale access product or is it related to a combination of various wholesale inputs?
- Should the reference operator of the test to be determined according to the EEO, the adjusted EEO or the REO standard?
- In case of applying the adjusted EEO standard, how to deal with rival's costs which are unknown to the SMP operator?
- In case of applying the adjusted EEO standard, how to calculate the cost differences compared to the SMP operator ?
- Which cost standard to be applied for downstream costs?

- How to aggregate products for different customer groups? How to treat the products of a low cost brand of the incumbent.
- How to conduct the test for product bundles, where only one part of the bundle is produced on the basis of regulated wholesale products?
- How to deal with and how to allocate bundle discounts?
- On which cost standard should the test be applied?
- Should the same cost standard be applied to (own) network costs and to downstream costs?
- Is a margin of zero sufficient for effective competition? If not, how to determine a sufficient margin?
- Should the WACC used for calculating the capital cost of the regulated wholesale input be the same as the WACC to be used for conducting the ERT or should it be the WACC of the (unregulated) retail business?
- In case the WACC reflecting the risk of the retail business is to be used, should the capital costs of the SMP operator or the capital cost of its rivals be relevant if they are different?
- Which price elements should be included in the relevant revenues for the product?
- How to allocate non-recurring price elements over time?
- Is customer lifetime or minimum contract duration the proper approach to determine the relevant period for allocation?
- Should customer lifetime be determined as contract lifetime or as company lifetime?
- Is the customer lifetime of the SMP operator or its rivals the relevant basis for the ERT?
- Should temporary discounts be included in the price calculation?
- How should non-recurring wholesale price elements be allocated over time?
- If the price schedule includes discount schemes, which specific combination should be taken?
- Should the test be conducted period-by-period, in a multi-period-approach or as a steady state test?
- How to verify the forecast assumptions of a multi-period test approach?
- What are the relevant costs for other wholesale inputs than the regulated NGA inputs? – Is it the SMP operator's prices or commercially negotiated prices?
- Should retail costs be represented category-by-category or should it be represented by a global mark-up factor?

- Should common cost be allocated according to an EPMU rule?

All these elements have to be defined before a fair ERT can be applied. The Authority should not give the incumbent the authority to decide on its own.

97. There is limited experience in ARCEP with applying margin squeeze tests.
- In the past, when ARCEP carried out margin squeeze tests when France Telecom's tariffs were subject to tariff approval by the Minister after ARCEP's opinion; this practice was abandoned in 2003 with the end of tariff control of retail offers.
 - On market 4 (business market) where the obligation is imposed on Orange as a means of implementing the non-discrimination obligations and concerns its retail offers on dedicated optical local loops. In practice, they have proven to be of limited effect to allow greater competition in this market.

4.9 Competitive impact of Orange's adopted pricing policy

98. Giving the incumbent pricing flexibility for ULL with the intention to increase the ULL prices will change the competitive equilibrium and balance in the market. The effects will not only be limited to the market for copper-based products. It will also impact and distort the competition in the fibre markets.
99. In Section 4.5 we have already shown that higher ULL prices may change the competitive balance in the market for copper-based products. In particular in zone 2 Orange will get additional options for its strategic behaviour. Orange will get the favourable option whether to earn higher profits for its own copper-based retail customers or to win more customers and to increase its market share. Competitors on the other hand, only have the crucial choice between accepting lower margins or to lose customers.
100. If the competitive balance in the market for copper-based products changes, that will have an indirect effect on fibre markets. If Orange actually wins more copper customers, it will also have the chance to win more fibre customers and a higher market share there at the end of the migration process. The probability that Orange's copper customers will become Orange's fibre customers is rather higher compared to the probability that they switch to competitors in the migration process.
101. The main economic effects on competition follow from the financial impact of the ULL prices changes on market players. Higher ULL prices will lead to a financial transfer from access seekers to Orange at the amount of the price increase. Orange itself calculates additional revenues of 130 m € for an 2 € ULL price increase for

the year 2025.²⁹ These additional revenues represent in total additional profits because there are no additional costs related to such a price increase. Additional revenues and profits arise from any retail price increase Orange will materialize.

102. Higher ULL prices will directly reduce EBITDA and the cash flow of access seekers. They cannot avoid this effect. They might only limit it if they pass it through to end-users or get more end-users motivated to switch to fibre products. It is realistic to assume that access seekers will only be able to compensate for part of the financial impact.
103. A decreased level of cash flow has direct impacts on the ability to invest in fibre and on the competitive behaviour. A lower level of cash flow directly limits the ability of competitors to invest in fibre. Because new investments are not only financed by cash flow but also from debt, the negative impact on investment is larger than just the loss in cash flow due to higher ULL charges because of the leverage effect of financing. Absolute and relative lower levels of competitors' investment in fibre makes the dominant position of Orange in the fibre market even stronger. A lower EBITDA also lowers the ability of competitors to compete in the end-user market(s). More limited financial resources lead to lower marketing and sales budgets and limit the ability to compete on price by using promotions and incentives. Competitors then have the crucial choice between accepting a lower profitability – if they can – or to face a lower level of competitiveness.
104. Orange's competitive and financial position is affected in quite the opposite direction. Higher ULL charges will be a financial gift which will flow like "mana from heaven" to the company. Orange can choose to further strengthen its investment path in fibre networks. Orange can also strengthen its competitive position in the market, e.g. by lowering fibre prices. A third option would be to transfer all or part of the higher profits to its shareholders. All options are attractive and viable.
105. The negative effects on access seekers and the positive effects for Orange cumulate each other because they all work in the same direction. Thus, the effects on the relative market position of the incumbent against its competitors is even stronger than just considering the effects in isolation.

29 <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/christel-heydemann-recentre-orange-sur-ses-fondamentaux-et-taille-dans-les-couts-1907333> (last accessed on 03.04.2023)

5 What are potential alternatives to remedy differentiation

5.1 Uniform cost-based pricing for ULL

106. In our critical reflection of ARCEP's market analysis in Section 3 we point out that the distinction of three different zones in market 1 as a basis for a differentiation of remedies between these areas does not apply criteria which are consistent with the geographical market definition (and does not reflect regional differences in competition conditions), does not provide for predictability and therefore is not convincing. If there is no proper basis for a regional differentiation of remedies, ARCEP should stay with its current approach of having a uniform national market and a uniform ULL price control remedy.
107. Under this approach ULL prices would be regulated as cost-based prices by using a cost modelling approach as applied in previous regulatory periods.
108. Cost- based ULL prices would generate clear expectations on the price path. This approach would take away a lot of market uncertainties related to Orange's ULL pricing policy if Orange had pricing flexibility. Furthermore, all the competitive distortions following from a ULL price increase as described in Section 4.9 would not occur.
109. If ARCEP has concerns over the speed of migration following from cost-based ULL prices, ARCEP may combine this approach with shortening the delay between technical and commercial closure.

5.2 Long-term price cap

110. Migration from copper to fibre and switching-off the copper network will lead to a secular infrastructural transformation. In a relatively clear time line France will be a full fibre country. This transformation is over all its elements and steps a major challenge for all market participants. Therefore, this transformation needs a reliable and predictable regulatory framework.
111. ARCEP's approach of pricing does not provide a high level of security and predictability. In zone 1 Orange has full pricing flexibility regarding ULL prices. The constraints of pricing in zone 2 are also such, that they de facto will not constrain Orange's pricing flexibility. Thus, competitors will face high uncertainties about the price path. Orange could increase by 2 € as already announced. They could also double prices. They could change it every three month or year by year if they increase by more than 10 % in zone 2. Orange might even differentiate prices within a zone. We do not see any constraint in ARCEP's approach which might hinder Orange to materialize one of the examples mentioned above.

112. Compared to the regime of stable prices in the period 2021-2023 and the only slight increase for 2023 to reflect a change to the flat rate tax on network businesses, competitors will face major uncertainties about the future price path. These uncertainties do not support a smooth and efficient migration to fibre.
113. If ARCEP strongly believes that an increase of ULL prices will support the migration to fibre – which we do not – then ARCEP should at least take away the uncertainties about the future price path for market participants. Under the current concept these uncertainties are asymmetrically distributed over market players. Orange knows what it is intending to do. Competitors do not know. We therefore propose as a solution to significantly reducing the asymmetric uncertainty by introducing a long-term price cap for ULL. This should be valid at least for the full upcoming regulatory period (2024-2028). If legally possible, the price cap should even last until 2030, the period for which the switch-off of the copper network is planned. If such a long price cap period would not be possible for legal reasons, then ARCEP should definitively make clear what the intended pricing approach would be after the price cap period. The price cap should define to what extent Orange could increase ULL prices in each year.

5.3 Shortening the delay between commercial and technical closure

114. One can assume that an efficient operator would not run two fixed access networks in parallel at least not beyond a reasonable migration period. Running two parallel networks would lead to a duplication of cost, i.e. for operation, documentation, maintenance, repair, skill, spare parts, additional complexity of operating systems. For instance, a cable which is only used by a few customers, still requires maintenance as a whole cable and dedicated skill for repair and operation. Thus, an efficient operator will gradually migrate its whole access network, region by region, retail and wholesale end-customers together. The efficient operator would not leave a long period between finally deploying its fibre network and switching-off the copper network in a particular area.
115. Orange's switch-off plan does not seem to be compatible with the behaviour of an efficient operator. A period of up to seven years between commercial and technical closure is not a contribution towards forced migration but it may even slow down migration.
116. We have shown in Section 4.5 that increasing ULL wholesale prices might not even lead to an increase of retail prices, If that is the outcome of the competitive interaction between Orange and its competitors, end-users are not affected by the wholesale price increase at all. The long period of switch-off will not motivate legacy customers to migrate.

117. But even if retail prices increase for copper-based products it is not self-evident, that customers then are forced to migrate as we have discussed in Section 4.3. This is supported by the fact, that operators were not able to migrate the 20 % - 30 % legacy customers with price incentives for fibre retail products if they migrate.
118. Only a forced migration approach seems to motivate legacy customers to migrate. Under forced migration customers are faced with the alternative to migrate or to loose fixed-line service in a certain period of time. A strategy of forced migration requires a relative short period of time between commercial and technical closure. We would assume that this period should not exceed two years and might even be shorter for a specific switch-off area. As ARCEP provides for a 12-month period between fulfilment of conditions for commercial closure and technical closure it is possible that the timeline between commercial and technical closure is shorter than those two years. However, according to Orange's copper switch-off plan it is likely to be considerably longer.
119. It is realistic to assume that a strategy of forced migration is much more effective to accelerate copper switch-off than a soft migration approach of just increasing prices. Therefore, significantly shortening the period between commercial and technical closure is a real and more effective strategy for ARCEP than increasing wholesale prices for ULL.

5.4 Limiting the period of ULL price increase

120. We have shown in Section 4.5 that it is up to Orange to decide for what period the ULL prices will be increased. This flexibility can cause counterproductive incentive effects with regard to the duration of copper switch-off. The later the technical switch-off, the longer the period of high(er) ULL prices and the higher the wholesale revenues for Orange.
121. ARCEP should therefore regulate and limit the duration of any ULL price increase. This could be done by two different rules. ARCEP could either allow a maximum period of any start of a price increase before technical closure of the network in that particular area. Or, ARCEP should simply set a maximum period for any ULL price increase.

5.5 Competitive neutral levy on active copper lines in fibre-ready areas

122. We have shown in Section 4.9 that ARCEP's approach of increasing ULL prices for major part of the access lines is not competitive neutral but can lead to major distortions between the incumbent and its competitors. If ARCEP is of the strong opinion that increasing ULL prices is a major step forward to faster migration to fibre

– which we doubt – then ARCEP should introduce a migration tax which is at least competitive neutral and which does not burden only one part of the market.

123. A migration tax or levy which is competitive neutral should in particular develop a solution where the proceeds of the tax will not flow to the incumbent as an economic rent but should flow to a specific fund. Under ARCEP's current concept the additional revenues from increased ULL charges simply flow as additional revenues to Orange. Because higher ULL prices exceed the decision relevant costs of the incumbent even more because the increased ULL prices are significantly above the relevant cost.
124. Competitive neutrality means that not only the active copper lines used by competitors will be subject to a migration tax/ levy but also the active copper lines which Orange uses to provide end-user services.
125. A competitive neutral levy where the proceeds do not flow to the incumbent may also help to overcome a potential disincentive effect of ARCEP's concept with regard to copper switch-off. If Orange would earn even more profits on using its copper network actively, this will not foster but decrease incentives to switch off the copper network. Facing fibre reluctant copper customers with a forced migration approach runs the risk of losing those customers, at least partially. Using the copper network for a longer period at higher prices looks more attractive to Orange. The incentive structure would be more oriented towards a faster switch-off if Orange would not benefit from increased copper prices.
126. To get the incentive structure right it does not matter where the proceeds from the migration levy go, as long as they do not flow to the owner of the copper network. They could for instance flow to the general state budget. Because the revenues from the levy are generated from the telecommunications ecosystem we, however, recommend that these extraordinary revenues remain within that ecosystem. The revenues could for instance be used to finance the profitability gap of completing the fibre coverage in France in remote and rural areas.

6 Final conclusions

127. Even under its own decisions and criteria ARCEP could not allow an ULL price increase. In its price cap decision 2020-1493 ARCEP considered it appropriate to encourage Orange to adjust the level of ULL tariffs upwards depending on Orange's guarantees regarding the speed of copper switch-off.³⁰ According to Orange's switch-off plan there may be a gap of 7 years between commercial and technical closure of the copper network. Thus is quite a long period and is not supporting migration as we have analysed in Section 4.2.
128. ARCEP would follow and develop a unique approach in the EU. No other NRA has used an increased ULL price to accelerate migration. Instead, price stability and predictability is in the forefront of the NRAs strategy. This even holds for countries which have already a larger fibre coverage and made more progress towards copper switch-off. Benchmarking also shows that the ULL prices in France already at their current level are among the highest in the EU.
129. The major effect of ARCEP's approach will result in a redistribution of profits and resources from competitors to the incumbent operator. This does not support competition in copper but in particular not in the fibre markets. The effects on migration are minimal if they will occur at all. Increasing ULL prices will therefore not enhance efficiency but will decrease it. In any case, users will suffer and welfare losses will occur.
130. There are better alternatives to ARCEP's approach. Among them are the following:
- Uniform cost-based prices for ULL,
 - Long-term price cap,
 - Shortening the delay between commercial and technical closure,
 - Limiting the period of ULL price increase,
 - Competitive neutral levy on all active copper lines in fibre-ready areas.

Each of these alternatives is more efficient than ARCEP's proposed approach and will better support competition and users.

30 See ARCEP (2020) : Décision n°2020-1493 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 16 décembre 2020 fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/20-1493.pdf (last accessed on 05.04.2023)