

Décision n° 2024-2815-RDPI
de l'Autorité de régulation des communications électroniques,
des postes et de la distribution de la presse
en date du 19 décembre 2024
se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant
la société SFR et la société Orange

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document confidentiel.
Les données et informations protégées par la loi sont présentées
de la manière suivante : [SDA : ...]

L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « l'Arcep » ou « l'Autorité »),

Vu la directive (UE) 2018/1972 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32, L. 32-1, L. 34-8, L. 37-1, L. 38, L. 36-8, R. 11-1 et D. 301 et suivants ;

Vu la décision n° 2006-1007 de l'Autorité en date du 7 décembre 2006 portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom ;

Vu la décision n° 2017-1347 de l'Autorité en date du 14 décembre 2017 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché ;

Vu la décision n° 2019-1685 de l'Arcep en date du 10 décembre 2019 modifiée portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la décision n° 2020-1445 de l'Autorité en date du 15 décembre 2020 portant sur la définition du marché de fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur à ce titre ;

Vu la décision n° 2020-1446 de l'Autorité en date du 15 décembre 2020 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur à ce titre ;

Vu la décision n° 2023-2801 de l'Autorité en date du 14 décembre 2023 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur à ce titre ;

Vu la décision n° 2023-2802 de l'Autorité en date du 14 décembre 2023 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur à ce titre ;

Vu la demande de règlement de différend, enregistrée à l'Autorité le 26 juin 2024, présentée par la Société Française du Radiotéléphone – SFR (ci-après « SFR »), Société Anonyme au capital de 3 423 265 720 €, dont le siège social est 16 rue du Général Alain de Boissieu 75015 Paris, et immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro 343 059 564 ;

La société SFR demande que l'Autorité :

« Déclar[e] les Demandes A, B et C recevables ;

Enjoign[e] à Orange, dans un délai de quatre semaines à compter de la notification de la décision de l'ARCEP à intervenir :

- **S'agissant de la demande A**, de :
 - Appliquer entre le 1^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2021, une baisse d'au moins 8% à chacun des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) appliqués à SFR dans le cadre des Conventions¹, et procéder aux régularisations qui s'imposent ;
 - Appliquer entre le 1^{er} janvier 2022 et le 31 décembre 2022, une baisse d'au moins 25% à chacun des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) appliqués à SFR dans le cadre des Conventions, et procéder aux régularisations qui s'imposent ;
 - Appliquer en 2023 et 2024 des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) correspondant à un prix d'approvisionnement du MWh de 107 euros hors taxe maximum, et procéder aux régularisations qui s'imposent.
- **S'agissant de la demande B**, de :
 - Appliquer un tarif du kW commandé dans les Conventions pour l'énergie 230 et 48 volts fournie dans les salles de cohabitation correspondant à celui applicable dans les espaces dédiés (après mise en œuvre de la Demande A) à compter de la date débutant deux ans avant le dépôt de la saisine, et procéder aux régularisations qui s'imposent ;
- **S'agissant de la demande C**, de :
 - Permettre à SFR de baisser, sans frais ni pénalités, la puissance équipée par emplacement dans l'ensemble des sites et des espaces d'Orange couverts par les Conventions, à 0,5 kW (SFR pouvant en conséquence modifier la puissance équipée souscrite par emplacement par palier de 0,5 kW, et ce dans la limite d'une puissance minimum de 0,5 kW) ;
 - Ajuster le prix de l'abonnement mensuel pratiqué à due concurrence (le prix d'un abonnement pour un emplacement équipé à 1 kW étant divisé par 2 par exemple pour un emplacement dont la puissance souscrite passera à 0,5 kW) et procéder aux régularisations qui s'imposent à compter de la date débutant deux ans avant le dépôt de la saisine. Ces régularisations devront intervenir en appliquant un tarif basé sur la puissance commandée déclarée par SFR pour l'emplacement en cause (arrondie le cas échéant au 0,5 kW supérieur si cette puissance déclarée ne correspond pas à un multiple de 0,5 kW).
- Transmettre à SFR les Conventions amendées intégrant les modifications résultant de ses Demandes A, B et C »²

¹ Les conventions d'accès à la boucle locale cuivre d'Orange et d'hébergement d'équipements pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique (ci-après « les Conventions »).

² Saisine de SFR, p.65 et 66.

Sur la compétence matérielle de l’Autorité, SFR soutient que l’Autorité est compétente pour trancher le différend qui l’oppose à Orange, dès lors d’une part, que l’Arcep peut connaître des différends techniques et tarifaires portant sur l’exécution d’une convention d’accès (en l’occurrence la convention d’accès à la boucle locale cuivre conclue le 27 mai 2015 et la convention d’hébergement d’équipements pour l’exploitation des boucles locales en fibre optique conclue le 7 décembre 2017 (ci-après « les Conventions ») et d’autre part, qu’elle peut être saisie des différends portant sur la mise en œuvre des obligations imposées à Orange par les décisions n° 2020-1445, n° 2020-1146, n° 2023-2801 et n° 2023-2802 susvisées dont relèvent celles relatives aux prestations d’énergie.

Sur la recevabilité des demandes, SFR estime que pour chacune de ses demandes, l’échec des négociations est formalisé.

Sur la demande A, SFR indique notamment avoir contesté la hausse des tarifs pour l’année 2023 par un courrier du 25 octobre 2022 auquel Orange a répondu le 14 décembre 2022 en maintenant sa position sur la hausse annoncée. SFR ajoute qu’un nouveau courrier a été adressé à Orange le 7 février 2023, par lequel SFR a rejeté formellement la hausse et a annoncé son intention de retenir le paiement des facturations y afférentes. SFR soutient qu’Orange a répondu le 21 avril 2023 en maintenant que la hausse était justifiée. SFR fait également valoir qu’il a, par des courriers du 7 mars 2024 et du 29 mai 2024, de nouveau contesté la tarification imposée par Orange pour la fourniture d’électricité, mais cette fois à compter du 1^{er} juillet 2020 au regard des éléments de coûts d’Orange dont elle a eu connaissance au travers d’une attestation produite par celui-ci dans le cadre d’une procédure devant le juge des référés du tribunal de commerce de Paris qui oppose les deux parties. SFR soutient qu’Orange a, par deux courriers en date des 28 mars 2024 et 13 juin 2024, refusé de faire droit à la demande.

Sur la demande B, SFR fait valoir que, par courrier du 3 septembre 2019, il a contesté les tarifs qui lui étaient appliqués dans les salles de cohabitation et a demandé à Orange de lui fournir des informations sur la construction de ces tarifs. SFR indique que cette demande aurait été refusée par Orange le 26 septembre 2019. SFR soutient que, par des courriers du 7 mars 2024 et du 29 mai 2024, il a contesté l’application par Orange d’un tarif du kW bien plus élevé pour l’énergie fournie dans les salles de cohabitation que celui applicable, notamment, dans les espaces dédiés et a demandé expressément à Orange de faire droit à sa demande B. SFR fait valoir qu’Orange a, par deux courriers en date des 28 mars 2024 et 13 juin 2024, refusé de faire droit à sa demande.

Sur la demande C, SFR soutient qu’afin de pouvoir contester les paliers minimums de puissance imposés dans certains sites, il a formulé le 3 septembre 2019 une demande d’informations sur les équipements déployés dans les sites d’Orange à laquelle Orange a refusé de faire droit par courrier du 26 septembre 2019. SFR fait notamment valoir que, dans son courrier du 17 novembre 2022³ relatif à la « Résiliation des départs énergie 48 V », il soulignait que le palier de puissance équipée devait pouvoir correspondre à celui de la puissance commandée. SFR fait également valoir que, par des courriers du 21 février 2023 puis du 7 mars 2024, il a demandé formellement à Orange de mettre en place une granularité de commande de départs équipés par pas de 0,5 kW sur l’ensemble des sites mis à disposition par Orange. SFR fait valoir qu’Orange a rejeté sa demande au motif que le sujet avait été abordé lors de la réunion multilatérale (ci-après « multilatérale ») « hébergement NRO » ou « HNRO » du 8 mars 2024 et soutient à cet égard que les échanges en réunion sous l’égide de l’Autorité ne sauraient faire obstacle à la caractérisation d’un différend. SFR considère notamment qu’en réponse à sa nouvelle mise en demeure en date du 29 mai 2024, Orange par un courrier du 13 juin 2024 a refusé de faire droit à sa demande et n’a pas apporté de visibilité sur les propositions qu’il annonce et auxquelles il renvoie quant à de nouveaux paliers d’énergie, ni formulé d’engagement sur le fait que ces propositions correspondraient aux évolutions sollicitées par SFR.

³ Pièce n°32 de SFR.

Sur le fond,

Concernant **en premier lieu, la demande A** de SFR relative à la diminution des tarifs de la puissance commandée, SFR invoque plusieurs arguments pour justifier son caractère nécessaire, justifié et proportionné.

D'une part, concernant les demandes portant sur la période du 1^{er} juillet 2020 au 31 décembre 2022 (ci-après « **demandes A1 et A2** »), SFR fait d'abord valoir que, dès lors qu'Orange a enregistré sur cette période une baisse de ses coûts d'achat d'électricité (de [SDA]% entre 2020 et 2021 et de [SDA]% entre 2020 et 2022) sans la répercuter dans ses tarifs, il est nécessaire de faire droit à sa demande afin que les tarifs qui lui sont appliqués soient orientés vers les coûts.

SFR soutient ensuite que les demandes A1 et A2 sont justifiées au regard des obligations imposant à Orange de pratiquer des tarifs reflétant les coûts d'un opérateur efficace et de ses obligations contractuelles, Orange s'étant engagé dans les conventions qui la lient à SFR à revoir annuellement ses tarifs et à justifier de leurs évolutions. SFR fait également valoir que ses demandes sont justifiées au regard des objectifs de régulation (développement de l'investissement efficace, de l'innovation et de la compétitivité, exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence efficace et loyale, égalité des conditions de concurrence, absence de discrimination ; ci-après « les objectifs de régulation précités »), dans la mesure où l'application de ces tarifs a altéré sa compétitivité tout en favorisant la situation d'Orange.

SFR soutient également que ses demandes A1 et A2 sont proportionnées car elles n'imposent aucune contrainte à Orange qui doit seulement régulariser les tarifs qu'il lui a appliqués.

Enfin, SFR fait valoir que la révision des tarifs de la puissance commandée devra être mise en œuvre à compter du 1^{er} juillet 2020, pour assurer un effet utile à la décision de règlement de différend à venir ainsi que l'effectivité du recours. Selon SFR, dès lors qu'il n'a pu avoir connaissance qu'en novembre 2023 de la baisse des coûts d'approvisionnement d'Orange, l'Arcep devra écarter l'application des dispositions de l'article L. 36-8 CPCE qui limitent la rétroactivité de la décision à intervenir aux deux années qui précèdent la saisine et qui, selon lui, serait contraire aux objectifs de la directive (UE) n° 2018/1972 qui ne prévoit pas de limite temporelle s'agissant du pouvoir de règlement des différends confié aux autorités de régulation nationales. SFR fait encore valoir que devant la Commission de régulation de l'énergie et l'Autorité de régulation des transports, la limitation de la période sur laquelle l'autorité peut régler le différend ne s'applique pas.

D'autre part, concernant la demande portant sur la période débutant le 1^{er} janvier 2023 (ci-après « **demande A3** »), SFR soutient que sa demande est nécessaire dès lors que les prix d'Orange correspondent à des coûts inefficaces. SFR fait valoir à cet égard que les prix d'achat du MWh en 2023 ([SDA] €) et 2024 ([SDA] €) ne sauraient être considérés comme correspondant au coût d'approvisionnement d'un opérateur efficace dès lors que :

- SFR dont les coûts d'achat du MWh étaient proches de ceux d'Orange en 2022 a subi une hausse très inférieure à celle d'Orange avec un prix d'achat du MWh en 2023 de [SDA] malgré sa capacité de négociation plus faible qu'Orange ;
- en dehors de France, les coûts d'approvisionnement d'Orange en électricité sont restés stables entre 2022 et 2023, l'évolution des prix de gros mensuels moyens d'électricité étant par ailleurs comparables aux prix français ;
- selon ses estimations, Orange aurait acquitté en moyenne auprès de ses fournisseurs un tarif de [SDA] € du MWh pour ses approvisionnements hors Accès Régulé à l'Électricité Nucléaire Historique (ci- après « ARENH ») alors que le prix moyen annuel sur le marché *spot* en France du MWh s'établit à moins de 100€ en 2023.

SFR soutient par ailleurs que la demande A3 est justifiée au regard des obligations réglementaires qui s'imposent à Orange et des objectifs de régulation précités.

SFR fait en outre valoir que la demande est proportionnée dans la mesure où elle ne suscite aucune contrainte opérationnelle pour Orange, qui devra uniquement ajuster ses tarifs et procéder aux régularisations qui s'imposent.

Enfin, SFR soutient que la demande A3 devra être mise en œuvre à compter du 1er janvier 2023 dès lors que la première contestation de SFR concernant la hausse des tarifs en 2023 est intervenue le 25 octobre 2022.

Concernant **en deuxième lieu, la demande B** de SFR relative à l'alignement des tarifs de puissance commandée de salle de cohabitation sur ceux de salle dédiée, SFR invoque plusieurs arguments pour justifier son caractère nécessaire, justifié et proportionné.

SFR soutient notamment que la demande B est nécessaire pour que SFR supporte, dans les salles de cohabitation, des tarifs du kW commandé qui correspondent effectivement à des coûts efficaces. À cet égard, SFR fait valoir que l'application d'une tarification majorée pour les salles de cohabitation ne peut résulter que d'un écart de l'indicateur d'efficacité énergétique ou « *Power Usage Effectiveness* » (ci-après « PUE »). Selon SFR, l'écart de 54 % entre le tarif du kW commandé appliqué en salle de cohabitation et celui appliqué en espace dédié n'a donc pas lieu d'être dès lors que d'une part, Orange n'a jamais justifié auprès de SFR qu'il y aurait davantage de climatisation dans les salles de cohabitation que dans les espaces dédiés et que d'autre part, l'incidence de la présence d'une climatisation dans un site conduit à majorer le PUE de [SDA]% au maximum.

SFR fait valoir que la demande B est justifiée au regard des obligations tarifaires qui pèsent sur Orange et des objectifs de régulation précités dans la mesure où, selon lui, Orange applique un PUE surestimé pour la détermination des tarifs du kW commandé dans les salles de cohabitation et donc majore les tarifs du kW commandé sans aucune justification.

SFR ajoute que la demande B est proportionnée puisqu'elle ne suscite aucune contrainte technique ou opérationnelle sur Orange mais lui impose uniquement de se conformer à ses obligations réglementaires.

Enfin, SFR soutient que la demande B devra être mise en œuvre sur la période débutant deux ans avant le dépôt de la saisine compte tenu de la date de la première contestation de SFR le 3 septembre 2019.

Concernant **en dernier lieu, la demande C** de SFR relative à la modification des paliers de commande de puissance équipée, SFR invoque plusieurs arguments pour justifier son caractère nécessaire, justifié et proportionné.

SFR soutient que la demande C est nécessaire dès lors que les paliers minimums de puissance équipée appliqués par Orange pour les salles de cohabitation et les espaces dédiés (2kW) et pour les espaces restreints et les très petits sites (1kW) sont injustifiés et inéquitables car ils conduisent à ce que SFR supporte des tarifs qui correspondent à des puissances minimales supérieures à ses besoins, et ce d'autant plus dans le cadre du basculement massif de lignes dégroupées par SFR sur des lignes fibre. SFR ajoute qu'aucune contrainte technique ne justifie l'imposition de ces paliers minimums et qu'Orange prévoit déjà la possibilité de commander une puissance équipée par pas de 0,5 kW pour les emplacements « nSU »⁴ dans la convention d'hébergement d'équipements pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique.

SFR fait valoir que la demande C est justifiée au regard des obligations réglementaires qui pèsent sur Orange (obligation d'orientation vers les coûts, obligation de pertinence des coûts, obligation de non-discrimination) et des objectifs de régulation précités.

⁴ Selon l'offre d'hébergement dans les locaux d'Orange pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique, un emplacement « nSU » désigne un emplacement individuel dans une baie installée par Orange et partagée entre plusieurs opérateurs.

SFR soutient que la demande C est proportionnée puisqu'elle vise à contraindre Orange au respect de ses obligations sans que cela n'entraîne la moindre contrainte technique ou opérationnelle pour lui, comme en attesterait le fait qu'Orange ne facture plus la mise en œuvre des baisses de puissance équipée, le fait qu'un minimum de puissance de 0,5 kW peut être souscrit pour les emplacements nSU dans tous les sites d'Orange et la circonstance qu'Orange se soit engagé à étudier sa demande dans le cadre de travaux menés en réunion multilatérale sous l'égide de l'Arcep.

Enfin, SFR soutient que la demande C devra être mise en œuvre à une date débutant deux ans avant le dépôt de la saisine, la date de la première contestation de SFR concernant cette demande datant du 3 septembre 2019.

Vu les courriers du 26 juin 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis à la société Orange la demande de règlement de différend de la société SFR ;

Vu les courriers du 5 juillet 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et désigné les rapporteurs ;

Vu les observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 13 août 2024, présentées par la société Orange (ci-après « Orange », Société Anonyme au capital de 10 640 226 396 €, dont le siège social est 111 quai du Président Roosevelt CS 70222 92449 Issy-Les-Moulineaux cedex, et immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le numéro 380 129 866, représentée par son directeur des affaires réglementaires, Monsieur Philippe Béguin ;

Sur la compétence de l'Autorité, Orange soutient que la demande A de SFR est irrecevable dès lors qu'elle conduirait l'Arcep à se prononcer sur les conditions tarifaires entre Orange et ses fournisseurs d'énergie lesquelles ne relèvent pas de son office. À cet égard, Orange fait valoir que le principe d'efficacité ne crée pas une compétence de l'Arcep pour vérifier la qualité et l'efficacité de la négociation d'Orange avec ses fournisseurs.

Sur la recevabilité des demandes, Orange fait valoir que les demande B et C de SFR sont irrecevables en l'absence d'échec des négociations caractérisé entre les parties.

S'agissant de la demande B, Orange soutient que le courrier du 3 septembre 2019 auquel SFR fait référence est une simple demande d'informations et que SFR n'a formulé pour la première fois sa demande que le 7 mars 2024. En s'appuyant sur la décision n° 2024-1429-RDPI de l'Arcep, Orange fait en outre valoir que les courriers de SFR n'avaient pas pour objet d'ouvrir une quelconque discussion de sorte que SFR a artificiellement créé un refus d'Orange sans que de réelles négociations n'aient eu lieu avant la saisine.

S'agissant de la demande C, Orange soutient qu'il n'avait pas refusé la demande de SFR à la date de la saisine dès lors notamment qu'il lui a indiqué qu'il travaillait sur le sujet de la modification des paliers minimums de commande de puissance équipée en réunion multilatérale- en présence de l'Arcep (le 8 mars 2024 et le 31 mai 2024), et qu'il reviendrait vers SFR ultérieurement.

Sur la portée rétroactive des demandes, Orange fait d'abord valoir que la **demandes A1** n'est pas recevable pour la période entre le 1^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2021 et que la **demande A2** n'est recevable qu'à compter du 21 juin 2022 dès lors que l'article L. 36-8 du CPCE limite la rétroactivité à une période de 2 ans avant la saisine en règlement de différend.

Ensuite, Orange soutient que la **demande B** n'est pas recevable pour la période allant jusqu'au 7 mars 2024, date de la première contestation de SFR sur le sujet.

Enfin, Orange soutient que la **demande C** n'est pas recevable pour la période allant jusqu'au 7 mars 2024, date de la première contestation de SFR sur le sujet.

Sur le fond,

Concernant **en premier lieu, la demande A** de SFR relative à la diminution des tarifs de la puissance commandée, Orange soutient notamment que **les demandes A1 et A2** par lesquelles SFR demande

une révision des tarifs de la composante puissance commandée en se fondant sur la confrontation *a posteriori* entre les coûts constatés d'Orange sur 2020-2022 et les tarifs de gros en vigueur sur cette même période constituent une remise en cause directe du principe selon lequel les tarifs de gros sont établis sur la base des coûts prévisionnels. Selon Orange, faire droit à ces demandes entraînerait une « *révision systématique a posteriori* » des tarifs renversant la logique de contrôle des tarifs de gros par l'Arcep et engendrant un manque total de prévisibilité et de stabilité pour les tarifs de gros concernés. Orange fait valoir que, dans une décision relative à la non-poursuite d'une procédure de sanction en date du 17 juin 2009 et validée par le Conseil d'Etat dans sa décision du 4 juillet 2012, l'Arcep a eu l'occasion de confirmer qu'elle appréciait le principe d'orientation vers les coûts du tarif mensuel récurrent du dégroupage total « *en tenant compte des coûts prévisionnels et d'éléments complémentaires mais en écartant les coûts constatés audités* ».

Orange ajoute en substance que les tarifs pratiqués en 2020 n'ont pas permis de recouvrer les coûts de l'année 2020 et que dès lors, SFR tient un raisonnement biaisé. Selon Orange, la baisse des coûts mentionnée par SFR par rapport à l'année 2020 n'induit donc pas que les tarifs pratiqués par Orange en 2021 puis 2022 auraient dû suivre, par rapport aux tarifs 2020, la même évolution que les coûts, puisqu'il considère que le tarif 2020 était sous-estimé. Orange indique qu'en tout état de cause, sur l'ensemble de la période 2020-2022, les tarifs de la composante puissance commandée sont globalement confortés par les coûts constatés. Orange fait par ailleurs valoir que l'écart entre le coût prévisionnel et le coût constaté pour l'année 2022 résulte de mesures adoptées par le gouvernement pour l'année 2022 qui ne pouvaient être anticipées et qu'une révision précipitée des tarifs n'aurait pas eu de sens dans un contexte de forte incertitude et de marché haussier. Enfin, Orange rappelle qu'il n'a pas procédé à l'augmentation de ces tarifs pour les années 2021 et 2022, alors que cela aurait pu être possible sur la base des coûts prévisionnels d'approvisionnement d'électricité d'Orange.

Orange soutient en outre que les demandes A1 et A2 remettraient en cause sa capacité à recouvrer ses coûts et conduiraient à un manque à gagner global estimé à [SDA] millions d'euros.

Orange fait ensuite valoir que **la demande A3** repose sur une « appréciation faussée de la soi-disant inefficacité d'Orange » alors qu'Orange a eu une stratégie prudente et efficace en prenant position étape par étape et en ayant couvert [SDA]% de ses besoins pour 2023 à mi-année 2022. Il soutient encore que SFR omet le contexte exceptionnel dans lequel s'inscrit le marché de gros français de l'électricité en 2022 et des différents événements (indisponibilité de la moitié du parc nucléaire, guerre en Ukraine, tensions sur les marchés du gaz et des matières premières) qui ont créé un climat de forte incertitude pour l'ensemble des acteurs économiques, avec des répercussions sur les prix de l'énergie.

Sur la comparaison avec le prix au MWh qu'aurait obtenu SFR pour l'année 2023, Orange soutient qu'elle ne suffit pas à elle seule à décréter l'inefficacité d'Orange, laquelle devrait être appréciée plus largement dans le cadre d'un *benchmark* avec des acteurs de taille comparable. Orange fait valoir à cet égard, qu'il ressort de deux enquêtes CLEEE-FNCCR (ci-après « enquêtes CLEEE ») réalisées en juin 2022 et septembre 2023 que le positionnement d'Orange tant au niveau de la stratégie d'achat sur le marché à terme en 2022 qu'au niveau du prix moyen obtenu pour l'année 2023, s'avère ainsi meilleur que celui de plus de la moitié des entreprises de taille similaire.

Sur la comparaison de SFR par rapport aux autres territoires européens où le groupe Orange est présent, Orange estime qu'elle doit être écartée dans la mesure où, d'une part, Orange est tenu de s'approvisionner sur le marché français pour ses besoins d'électricité en France et que d'autre part, la politique d'approvisionnement en énergie et les prix obtenus sur le marché de l'électricité doivent être comparés indépendamment pays par pays, les répercussions en France de la crise ayant été plus importantes que dans d'autres pays européens.

Par ailleurs, Orange fait valoir que le prix moyen facturé de [SDA] €/MWh dont SFR s'est acquitté au cours des [SDA] ne peut constituer une référence acceptable pour un opérateur de la taille d'Orange alors que, compte-tenu du prix de l'électron sur le marché à terme Orange n'aurait pu obtenir ce coût d'achat qu'à condition de concentrer 100% de ses achats respectivement sur les premières semaines

de 2022 pour 2023 et les dernières semaines de 2023 pour 2024, remettant en cause sa stratégie de couverture progressive de ses besoins en tant qu'opérateur efficace.

Enfin, Orange soutient que la demande A3 de SFR remettrait en cause sa capacité à recouvrer ses coûts et conduirait à un manque à gagner global estimé à [SDA] millions d'euros.

Concernant **en deuxième lieu, la demande B** de SFR relative à l'alignement des tarifs de puissance commandée de salle de cohabitation sur ceux de salle dédiée, Orange avance deux arguments.

D'une part, Orange fait valoir que la simplification en 2012 de la grille tarifaire de la composante « puissance commandée » par la mise en place d'un seul tarif par type d'emplacement s'est inscrite dans l'objectif de favoriser le dégroupage ce qui s'est traduit par la mise en place d'un gradient tarifaire accentuant la baisse de tarifs pour les plus petits emplacements, le principe d'orientation vers les coûts étant apprécié au global et non par type d'emplacement. Selon Orange, les différentes mises à jour des tarifs applicables n'ont pas modifié les rapports entre les tarifs tels qu'ils résultaient de l'application du gradient tarifaire mis en place en 2012.

D'autre part, Orange fait valoir que le PUE est plus élevé en salle de cohabitation dès lors qu'elles sont plus grandes que les salles dédiées et qu'elles sont toutes climatisées contrairement aux salles dédiées.

Par ailleurs, Orange soutient que la demande B de SFR remettrait en cause sa capacité à recouvrer ses coûts et conduirait à un manque à gagner global estimé entre [SDA] et [SDA] millions d'euros.

Concernant **en dernier lieu, la demande C** de SFR relative à la modification des paliers de commande de puissance équipée, Orange fait valoir que la détermination de paliers de puissance équipée différents par types d'emplacement, correspond d'abord à une réalité technique puisque le dimensionnement dépend directement de la puissance maximale totale susceptible d'être délivrée au niveau des emplacements ; ensuite, reflète historiquement des besoins opérationnels avérés différents au niveau de la consommation d'électricité des opérateurs tiers selon le type d'emplacement ; enfin, s'est inscrite dans la dynamique en faveur de l'extension du dégroupage vers les plus petits sites, tout en veillant au respect du principe d'orientation vers les coûts.

Orange indique que la demande C est légitime pour ce qui concerne la possibilité de baisser la puissance équipée minimale par emplacement. Cependant, Orange soutient que la demande de permettre cette baisse tout en maintenant le niveau actuel du tarif récurrent mensuel pour 0,5 kW n'est pas justifiée dès lors que la révision des paliers impliquerait de revoir la grille tarifaire de la composante « puissance équipée ». Selon Orange, la mise en place d'un palier minimum de 0,5 kW quel que soit le type d'emplacement aurait pour effet de diminuer significativement la somme des puissances équipées par opérateur tiers (dénominateur de la formule tarifaire permettant d'établir les tarifs de la puissance équipée) et donc, à numérateur constant, d'augmenter significativement le tarif récurrent mensuel pour 1kW équipé.

En outre, Orange fait valoir que la révision des paliers minimums sans revoir la grille tarifaire aurait pour conséquence directe une division par [SDA] du revenu annuel pour Orange et un manque à gagner de [SDA] à [SDA] millions d'euros.

Vu les observations en réplique, enregistrées à l'Autorité le 27 août 2024, présentées par la société SFR, (ci-après « observations en réplique n° 1 de SFR »), par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, la société SFR maintient en substance son argumentation.

Sur la compétence de l'Arcep, SFR fait valoir qu'il est classique que l'Arcep puisse apprécier le caractère justifié et efficace des coûts dont s'acquitte un opérateur pour statuer sur les tarifs qu'il pratique. SFR indique ensuite que la Commission de régulation de l'énergie (CRE) est incompétente pour connaître des demandes de SFR qui portent sur les tarifs appliqués par Orange dans le cadre des conventions d'hébergement d'équipements pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique et

d'accès à la boucle locale cuivre d'Orange. SFR soutient enfin que, dans le cadre de la procédure devant le juge des référés du tribunal de commerce de Paris, Orange n'a eu de cesse de soutenir que l'Arcep était compétente pour connaître de ses tarifs et de leur efficacité notamment dans le cadre d'une procédure de règlement de différends.

SFR maintient que ses demandes B et C sont recevables au regard des échanges intervenus entre les parties et du refus explicite et réitéré d'Orange d'y faire droit. S'agissant de la demande B, SFR fait valoir que la décision n° 2024-1429-RDPI de l'Arcep en date du 25 juin 2024 n'est pas transposable au cas d'espèce dès lors qu'Orange a refusé, dès son courrier du 26 septembre 2019, de faire droit à une demande d'informations de SFR et que les demandes précises de SFR, qui figuraient dans des courriers du 7 mars 2024 et du 29 mai 2024 et ouvraient la porte à des discussions avec Orange, ont fait l'objet de refus de la part d'Orange par des courriers en date des 28 mars et 13 juin 2024. S'agissant de la demande C, SFR maintient que l'Arcep considère de manière constante que le fait pour une partie de refuser une demande en raison de la mise en place d'un groupe de travail ne saurait faire obstacle à la caractérisation du différend même si le sujet en question concerne l'ensemble des acteurs.

Sur la portée rétroactive de ses demandes, SFR considère que la rétroactivité demandée pour les demandes **A1 et A2** est recevable. SFR fait valoir que l'article 26 de la directive (UE) 2018/1972, qui est d'harmonisation totale, ne pose aucune limite temporelle quant à la période sur laquelle l'autorité de régulation nationale doit trancher le différend et que les dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE en limitant la rétroactivité à deux ans méconnaîtraient les objectifs auxquels l'autorité de régulation doit veiller aux termes de l'article 3 de la même directive. SFR produit à cet égard une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») en date du 7 mars 2024⁵ pour faire valoir qu'en limitant la portée rétroactive de sa décision, l'Arcep porterait atteinte à l'effectivité du droit au recours dont dispose l'opérateur sur le fondement du droit européen.

Sur le fond, la société SFR maintient ses demandes et complète son argumentation.

À titre liminaire, SFR fait valoir concernant l'ensemble de ses demandes qu'Orange ne produit pas d'éléments fondant les tarifs qu'il applique, ni ne documente les chiffres qu'il avance et invite en conséquence les services d'instruction de l'Arcep à solliciter la communication par Orange d'éléments démontrant notamment que les tarifs qu'il pratique reflètent effectivement ses coûts.

Concernant **en premier lieu, la demande A1 et A2** de SFR, SFR soutient d'une part que l'obligation d'orientation vers les coûts suppose de tenir compte des coûts réels supportés par Orange ce que confirme, selon lui, les termes de la décision n° 2020-1446 de l'Arcep. SFR soutient notamment que permettre à Orange de déterminer ses tarifs sur la base de ses coûts prévisionnels alors qu'il supporte des coûts réels inférieurs conduit à une discrimination qui est favorable à Orange et enfreint donc l'obligation de non-discrimination à laquelle il est soumis au titre des prestations en cause. De plus, SFR fait valoir que le cadre réglementaire impose que les restitutions réglementaires soient faites sur la base des coûts réels constatés afin que, spontanément ou à la demande de l'Autorité, les tarifs soient ajustés en cas de désalignement entre les coûts prévisionnels et les coûts réels supportés. Par ailleurs, SFR fait notamment valoir que, contrairement à ce que soutient Orange, ni la décision de l'Arcep du 17 juin 2009 ni celle du Conseil d'Etat du 4 juillet 2012 n'ont validé la nécessité de fonder des tarifs uniquement sur des coûts prévisionnels sans les ajuster si nécessaire au regard des coûts réels constatés, pas plus qu'elles n'ont jugé qu'Orange n'avait pas commis de manquements à ses obligations tarifaires. En outre, SFR fait en substance valoir que la pratique décisionnelle de l'Arcep confirme que des écarts entre coûts estimés et coûts constatés n'ont pas été considérés comme méconnaissant l'obligation d'orientation vers les coûts à la condition qu'ils traduisent une évaluation réalisée de bonne foi des coûts prévisionnels et tiennent à des gains d'efficacité supérieurs à ceux qui

⁵ CJUE, 7 mars 2024, *Die Länderbahn GmbH, Prignitzer Eisenbahn GmbH, Ostdeutsche Eisenbahn GmbH*, aff. C-582/22.

avaient été évalués *ex ante* dans l'appréciation des coûts prévisionnels au travers d'un modèle mis en place à cet effet. SFR ajoute que, dans ce cas, les gains doivent être partagés avec les autres opérateurs l'année suivante en ajustant à due concurrence ses tarifs.

SFR estime enfin que le recours à des données réelles doit être privilégié lorsque les données estimatives conduiraient à des estimations de coûts incertaines ou excessives. SFR soutient en substance que l'affirmation d'Orange selon laquelle les gains et les pertes « s'équilibrent globalement sur la durée » n'est pas démontrée et que les arguments tirés de la prévisibilité et de la stabilité ne sont pas sérieux alors que la méthode des coûts prévisionnels a conduit Orange à procéder à une augmentation de 87% en méconnaissance du principe d'orientation des tarifs vers les coûts.

D'autre part, SFR maintient que ses **demandes A1 et A2** sont justifiées dès lors notamment que, pour l'année 2020, Orange a été rémunéré au-delà de son coût réel avec ses tarifs. Pour l'année 2021, SFR fait valoir qu'Orange ne produit ni le coût réel constaté pour ses activités fixes ni son revenu moyen et ne justifie pas non plus de la réalité du coût prévisionnel allégué pour cette même année. Pour l'année 2022, SFR fait valoir en substance que l'écart entre les coûts prévisionnels et les coûts constatés aurait dû conduire Orange à ajuster ses tarifs de façon rétroactive à la baisse début 2022 et qu'à défaut Orange a privé SFR du bénéfice de la baisse de la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (ci-après « TICFE ») et de la mise en place de l'ARENH + cette même année.

Enfin, SFR considère que la rétroactivité sollicitée pour les demandes A1 et A2 est équitable dès lors que, d'une part, la décision de règlement de différend de l'Arcep à venir ne s'appliquera qu'à SFR et non à l'ensemble des clients d'Orange et, d'autre part, qu'Orange n'établit pas que les tarifs dont l'application est demandée susciterait un déficit pour lui au regard de ces coûts réels constatés pour ses activités fixes.

Enfin, **s'agissant de sa demande A3**, SFR soutient en substance que la politique d'achat d'énergie d'Orange est risquée et inefficace dès lors qu'il a opté pour une stratégie d'achat d'une année sur l'autre plutôt que d'acheter des volumes sur une maturité plus longue et qu'il n'a mis en place aucun mécanisme comme un prix plafond à partir duquel il achèterait l'intégralité de ses volumes prévisionnels afin de s'assurer que son tarif ne dépasse pas un certain montant total. SFR fait encore valoir que le rapport Cristal Decisions, qui indique qu'Orange achète d'une année sur l'autre (plutôt que de profiter de la possibilité d'acheter sur les 3 années précédentes), ainsi que les propos du Directeur Energie Groupe d'Orange en date du 2 juillet 2024 dont il expose des extraits, confirment l'inefficacité d'Orange.

SFR ajoute que la comparaison proposée par Orange avec les prix obtenus par des entreprises de taille similaire, selon une enquête CLEEE qu'Orange ne produit pas, n'est pas pertinente dès lors notamment que ces entreprises ne fournissent pas des prestations comparables et qu'elles ne bénéficient pas de l'ARENH pour des volumes équivalents.

SFR fait enfin valoir que la rétroactivité demandée pour la demande A3 est équitable pour les mêmes raisons que celles évoquées pour les demandes A1 et A2 et dès lors que le non-recouvrement par Orange de l'intégralité de ses coûts tient à leur caractère inefficace.

Concernant **en deuxième lieu, la demande B** de SFR relative à l'alignement des tarifs de puissance commandée de salle de cohabitation sur ceux de salle dédiée, SFR ajoute qu'en incluant, dans le tarif de la puissance commandée des salles de cohabitation, le financement d'équipements et en particulier de l'amortissement des charges d'investissements qui sont déjà facturées au travers des tarifs de la puissance équipée, Orange méconnaîtrait son obligation de transparence, son obligation d'orientation des tarifs vers les coûts ainsi que les principes de pertinence et d'objectivité. SFR fait encore valoir que le coût mensualisé des équipements avancé par Orange apparaît extrêmement élevé et que le fait de retenir un amortissement constant de [SDA] € hors taxe par mois apparaît injustifié.

En outre, SFR fait valoir en substance que la politique de subventionnement des « petits sites » par les « gros sites » mise en place par Orange méconnaît les principes de pertinence et d'objectivité, en

faisant supporter aux opérateurs présents dans les salles de cohabitation des coûts qu'ils ne suscitent pas, et contrevient au principe d'orientation vers les coûts dès lors notamment que le mécanisme profite d'une part aux opérateurs qui privilégient un développement plus capillaire et d'autre part à Orange, dans la mesure où de nombreux sites n'ont pas été dégroupés.

SFR ajoute que le fait de retenir un PUE moyen tous sites confondus de [SDA] apparaît particulièrement élevé en faisant notamment valoir que la majorité des salles ne sont probablement pas climatisées ni ventilées.

Enfin, SFR fait valoir que la rétroactivité de la demande B est équitable pour les mêmes raisons que celles évoquées pour la demande A et dans la mesure où Orange a bénéficié d'une surcompensation pendant des années en facturant les coûts d'équipements dans les tarifs de la puissance commandée pour les salles de cohabitation.

Concernant **en dernier lieu, la demande C** de SFR relative à la modification des paliers de commande de puissance équipée, SFR fait valoir en substance qu'Orange ne documente ni la réalité ni la pertinence des coûts pris en compte pour déterminer ses tarifs pour ses prestations relevant de la puissance équipée alors que ses coûts apparaissent largement surestimés. SFR soutient que contrairement à ce que fait valoir Orange, la baisse de commande de la puissance équipée doit influencer sur la base de coûts à amortir puisque le modèle tarifaire doit être modifié pour ne tenir compte que du coût des investissements nécessaires pour satisfaire la demande des opérateurs.

Enfin, SFR fait valoir que la rétroactivité demandée pour la demande C est équitable et justifiée dès lors que les paliers minimums actuels excèdent ses besoins, ce qui le conduit à supporter des coûts supérieurs à ceux qu'il devrait financer.

Vu les secondes observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 10 septembre 2024, présentées par la société Orange, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, la société Orange maintient son argumentation.

Orange maintient que la demande A3 de SFR est irrecevable dès lors que le différend ne porte pas sur des modalités techniques ou tarifaires de l'accès à un réseau de communications électroniques mais sur une prestation d'énergie qui est un accessoire aux prestations d'accès et d'hébergement, SFR pouvant décider de ne pas recourir à la fourniture d'énergie par Orange pour alimenter ses propres équipements. Selon Orange, le différend n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article L. 36-8 du CPCE en ce qu'il conduirait l'Arcep à déterminer ce que devrait être le bon niveau des tarifs de l'énergie qui devrait être pris en compte sur le marché de l'électricité et non sur le seul marché des télécommunications et ce, alors que le législateur a confié à la CRE une compétence spéciale en matière d'énergie, et imposerait plus largement à l'Arcep de se prononcer sur la politique d'achat d'énergie d'Orange.

Orange maintient que les demandes B et C sont irrecevables dès lors qu'aucun échec des négociations n'est caractérisé pour ces demandes. En substance, concernant la demande B, Orange soutient que SFR a formulé sa demande le 7 mars 2024 pour la première fois et de façon totalement opportuniste, à la suite de sa condamnation par le juge des référés à payer les sommes dues au titre des prestations de fourniture d'énergie et fait en outre valoir que la mise en demeure du 29 mai 2024 n'avait pas pour objet d'ouvrir de négociation. Concernant la demande C, Orange fait valoir que le courrier du 28 mars 2024 démontre qu'Orange n'a pas refusé d'ouvrir une discussion sur le sujet mais qu'il s'agissait de trouver une solution qui soit réalisable dans le cadre des contrats d'accès conclus avec tous les opérateurs clients d'Orange.

Sur la portée rétroactive des demandes, Orange soutient que la **demande A** est incompatible avec les dispositions légales interdisant une rétroactivité à deux ans en faisant notamment valoir, d'une part, que l'article L. 36-8 n'interdit pas à SFR de faire état d'un désaccord antérieur s'il existe et a été matérialisé et que ce désaccord demeure dans la limite de deux ans avant la saisine de l'Arcep et,

d'autre part, qu'il n'existe aucun texte ni aucune jurisprudence qui imposerait à l'Arcep de connaître d'une période litigieuse antérieure à deux ans dans le cadre d'un règlement de différend. Selon Orange, les demandes A1 et A2 ne sont donc pas recevables pour la période allant jusqu'à mi-2022, soit la période antérieure à deux ans avant le dépôt de la saisine de SFR.

Concernant les demandes de rétroactivité des **demandes B et C**, Orange maintient qu'elles sont irrecevables.

S'agissant de la demande B, Orange maintient que la contestation formelle et donc le point de départ de la rétroactivité est le courrier de SFR du 7 mars 2024 et non le courrier du 3 septembre 2019 qui n'était pas précis sur la demande et ne présente pas le même objet que les courriers du 7 mars 2024 et 29 mai 2024.

S'agissant de la demande C, Orange maintient que l'Arcep ne saurait considérer le courrier du 3 septembre 2019 comme la matérialisation d'une contestation formelle alors qu'il ne s'agit que d'une demande d'information et que le point de départ de la rétroactivité ne peut être que le 7 mars 2024, date de la première contestation formelle de SFR sur la demande C.

Sur la demande de mesure d'instruction, Orange fait valoir qu'elle est irrecevable dès lors qu'elle méconnaît la portée de l'article D. 314 du CPCE et la jurisprudence qui l'a précisée. Selon Orange, ni cet article, ni aucune disposition, ne peut conduire Orange à justifier et communiquer ses coûts auprès de l'un de ses concurrents que ce soit dans le cadre d'une procédure de règlement de différend ou d'une procédure d'instruction ouverte sur le fondement de l'article L. 36-11 du CPCE.

Sur le fond, la société Orange maintient son argumentation et développe des éléments complémentaires.

S'agissant des demandes A1 et A2, Orange maintient qu'elles doivent être rejetées dès lors que, d'une part, l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2017 a jugé que les tarifs de gros sont établis sur la base des coûts prévisionnels et ne sont pas réajustés sur la base des coûts constatés et, d'autre part, que les tarifs de la composante « puissance commandée » sont globalement confortés par l'analyse des coûts constatés sur la période 2020-2022.

S'agissant de la demande A3, en substance, Orange maintient également qu'elle doit être rejetée dès lors que sa stratégie d'achat d'électricité est efficace et que le rapport Cristal Decisions produit par SFR ne démontre pas la supposée inefficacité d'Orange. Selon Orange, la politique d'achat d'un opérateur de télécommunications décrite comme efficace par le rapport est globalement cohérente avec celle mise en place par Orange. À cet égard, Orange fait notamment valoir que la politique de gestion de l'ARENH, la stratégie de lissage de prix, l'adoption d'un mécanisme de « stop loss » (politique qui suppose de définir un prix plafond et/ou un budget maximal), la gestion par lots et les principes généraux de la stratégie de SFR sont similaires à ceux adoptés par Orange. Orange fait valoir que le rapport Cristal Decisions est très peu critique de la stratégie d'achat d'Orange en électricité pour l'année 2023.

Orange indique notamment que sa stratégie d'achat sur le marché à terme est prudente et pragmatique en visant à sécuriser son budget énergie en limitant les risques financiers et que, contrairement à ce que SFR affirme, Orange a mis en place des contrats d'achat d'électricité (ou PPA pour « Power Purchase Agreement ») pour son approvisionnement en électricité et en particulier un contrat d'achat de long terme d'électricité renouvelable depuis 2020.

De plus, concernant la période d'achat, Orange fait valoir que l'argument de SFR selon lequel Orange aurait dû, à l'instar de SFR, anticiper davantage son approvisionnement est sans incidence dès lors qu'en février 2022, SFR et Orange étaient dans la même situation et avaient tous deux couvert leur approvisionnement en électricité pour 2023 à hauteur de [SDA]%. Orange, en se fondant notamment sur le rapport du cabinet « Compass Lexecon » qu'il produit, soutient que la politique d'achat d'électricité de SFR et notamment l'achat d'un bloc de [SDA]% en janvier 2022 à un prix de [SDA] €/MWh est une stratégie spéculative risquée et que si Orange avait suivi la même stratégie, le marché

de l'électricité aurait été déstabilisé (i.e. mouvement haussier brutal des cours) compte tenu des volumes à couvrir. Orange fait encore valoir que sa stratégie de couverture progressive et dynamique en achetant par petits blocs est résiliente et a été reconnue efficace par les marchés financiers et qu'il dispose d'incitations naturelles à minimiser ses coûts d'approvisionnement en électricité.

Orange soutient par ailleurs que les propos du Directeur Energie Orange dont se prévaut SFR pour faire valoir que la stratégie d'achat d'Orange serait inefficace démontrent au contraire son comportement prudent et résilient sur le marché.

En outre, Orange ajoute que le coût d'achat de l'électron ressort à des niveaux comparables entre Orange SA et la totalité du groupe Orange en Europe, soit [SDA] €/MWh en France contre [SDA] €/MWh pour la totalité du groupe en Europe. Orange se prévaut de l'enquête CLEEE-FNCCR réalisée en juin 2022 pour démontrer que son positionnement, tant au niveau de la stratégie d'achat sur le marché à terme en 2022 qu'au niveau du prix moyen obtenu pour l'année 2023, s'avère meilleur que celui de plus de la moitié des entreprises de consommation d'électricité comparable. Orange s'appuie également sur l'enquête CLEEE-FNCCR réalisée en juin 2023 pour montrer que le coût moyen prévisionnel pour l'achat d'électron par Orange en 2023 sur le périmètre des activités fixes ([SDA] €/MWh) était significativement plus bas que celui obtenu en moyenne par les entreprises membres du CLEEE.

Concernant **en deuxième lieu, la demande B** de SFR relative à l'alignement des tarifs de puissance commandée de salle de cohabitation sur ceux de salle dédiée, Orange fait notamment valoir que, contrairement à ce qu'avance SFR, les tarifs de la composante « puissance commandée » sont conformes, depuis la mise à jour de 2020, à la méthodologie décrite par l'Arcep dans sa note pédagogique dans la mesure où ils ont pour finalité qu'Orange ne recouvre que les coûts de l'électricité, quel que soit le type d'emplacement. Ainsi, Orange soutient que ses tarifs respectent les principes de pertinence et d'objectivité en raison du lien clair, direct et intelligible entre les coûts recouverts et les tarifs fixés.

Orange fait ensuite valoir que tout développement de SFR autour du montant de [SDA] € est sans objet en raison de la mise à jour de 2020, les tarifs de la composante « puissance commandée » n'intégrant plus les coûts liés aux équipements communs.

En outre, Orange soutient que les évolutions tarifaires des prestations d'énergie de juillet 2012 ont été mises en œuvre en vue de répondre aux demandes de l'Arcep d'encourager l'extension du dégroupage vers des NRA de plus en plus petits.

Concernant **en dernier lieu, la demande C** de SFR relative à la modification des paliers de commande de puissance équipée, Orange fait valoir que la méthode des coûts de remplacement en filière, retenue pour établir les tarifs de la composante « puissance équipée », repose sur une révision régulière du dimensionnement optimal compte tenu des besoins de chaque site et est donc adaptée au cas d'espèce à l'évaluation de la charge de patrimoine pour les équipements installés dans les NRA et NRO pour la fourniture d'électricité. Orange fait quant à lui valoir que cette méthode évalue les investissements correspondant aux seuls équipements strictement nécessaires à date et est la plus adaptée pour envoyer un signal économique correspondant à l'arbitrage « *make or buy* » en tenant compte de la baisse progressive des besoins en électricité de la plupart des sites d'Orange.

Par ailleurs, Orange maintient que la mise en place d'un palier minimum à 0,5 kW quel que soit le type d'emplacement entraînerait nécessairement une révision à la hausse des tarifs de la composante « puissance équipée » de 86 % toutes choses égales par ailleurs et une modification importante du profil des « puissances équipées » des opérateurs tiers ainsi que de leur facture (augmentation ou baisse pouvant atteindre plus de 50 %).

Vu les courriers du 12 septembre 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le questionnaire des rapporteurs ;

Vu les réponses des parties au questionnaire enregistrées à l'Autorité le 1^{er} octobre 2024 ;

Vu les nouvelles observations, enregistrées à l'Autorité le 1^{er} octobre 2024, présentées par la société SFR (ci-après « observations en réplique n° 2 de SFR »), par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, la société SFR maintient en substance son argumentation.

SFR ajoute notamment qu'à suivre Orange, l'Arcep ne pourrait connaître de tarifs de prestations d'interconnexion ou d'accès dès lors qu'ils reposent sur la fourniture de moyens ou services utilisés par l'opérateur régulé pour ses propres besoins. SFR fait également valoir que le régulateur ferroviaire s'est déjà prononcé sur un différend portant sur les conditions de fourniture, par le gestionnaire du réseau ferré national, de courant de traction aux entreprises ferroviaires en considérant que ces conditions sont liées à l'accès au réseau.

Sur la portée temporelle des demandes A1 et A2, SFR maintient que la directive n° 2018/1972 impose d'écarter les conditions de rétroactivité posées par l'article L. 36-8 du CPCE et maintient la pertinence de l'analogie avec la décision de la Cour de justice de l'Union Européenne du 7 mars 2024. SFR ajoute notamment que la jurisprudence « câble de renvoi » invoquée par Orange n'est pas pertinente et que la circonstance que les limitations à la rétroactivité posées par l'article L. 36-8 du CPCE soient limpides est sans emport sur leur non-conformité aux dispositions de la directive précitée.

Sur le fond, la société SFR maintient ses demandes et complète son argumentation.

SFR maintient que ses demandes sont indispensables, justifiées et proportionnées.

Concernant la demande A, SFR ajoute à titre liminaire que, d'une part, la note pédagogique visant à décrire, « *sur la foi des éléments produits par Orange* » le mécanisme de prestation de fourniture d'énergie d'Orange méconnaît le principe de transparence dès lors qu'elle était incomplète et, d'autre part, que la méthode d'Orange qui consiste à tenir compte uniquement de ses coûts prévisionnels est biaisée dès lors que les tarifs de la puissance commandée diffèrent selon le type de site ce qui conduit à fausser le revenu moyen prévisionnel pris comme référence par Orange pour faire évoluer le cas échéant les tarifs.

S'agissant des demandes A1 et A2, SFR maintient ses arguments. SFR rejette l'argument d'Orange selon lequel ses tarifs seraient justifiés dans la mesure où ils conduiraient à un revenu moyen constaté globalement équilibré au regard de ses coûts réels constatés pour ses activités fixes. À cet égard, SFR fait notamment valoir que la circonstance que les revenus d'Orange aient été inférieurs à ses coûts pour ses activités fixes pour les années 2020 et 2021 est discutable dès lors que, d'une part, les prix de gros sur la période 2019-2020 étaient très stables et, d'autre part, qu'Orange a appliqué, à compter de juillet 2020, une hausse de ses tarifs de la puissance commandée de 8 %. Par ailleurs, SFR ajoute qu'Orange n'a pas documenté les chiffres qu'il avance, ni produit son tarif moyen prévisionnel ni son coût moyen prévisionnel pour l'année 2020, ni ses données de coûts et de tarifs pour les années antérieures à 2020. Enfin, SFR ajoute que les nouvelles données internes d'Orange montrent un décalage important entre les revenus et les coûts constatés en 2022.

S'agissant de la demande A3, en premier lieu, SFR soutient que la similarité des « principes généraux » de la politique d'achat d'Orange et de SFR démontre l'inefficacité de la stratégie d'Orange car Orange disposait de tous les outils pour anticiper et minimiser les effets des évolutions du marché à terme sur lequel il s'approvisionne mais n'a pas su les mettre en œuvre de façon efficace. En particulier, SFR fait en substance valoir qu'Orange aurait pu réaliser des achats pour 2023 dès l'année 2021 mais a décidé de ne débiter ses achats qu'en 2022, à un moment où les prix avaient déjà fortement augmenté, et qu'Orange n'a pas mis en place de véritable politique de « stop loss » puisqu'il a revu son budget à chaque achat de bloc alors que de nombreux éléments conduisaient à anticiper, dès fin 2021, que les prix sur le marché de gros continueraient à augmenter.

En deuxième lieu, SFR fait valoir que l'inefficacité de la politique d'achat d'Orange apparaît clairement en effectuant une comparaison avec celle d'un opérateur théorique qui n'aurait eu aucune stratégie

et qui aurait acheté tous les jours en 2021 et 2022 une partie de son besoin sur le marché à terme pour couvrir ses volumes en 2023, puisqu'Orange propose un tarif supérieur à ce que cet opérateur théorique aurait proposé. Enfin, SFR rejette l'argument d'Orange selon lequel ce dernier ne pouvait pas solder rapidement ses volumes résiduels sans déstabiliser le marché dès lors qu'Orange aurait pu étaler les [SDA] GWh qu'il lui restait à solder.

En troisième lieu, SFR maintient que la maîtrise des coûts d'achat d'énergie d'Orange hors de France en 2023 démontre en creux son inefficacité en France et ajoute que tous les autres pays européens dans lesquels Orange opère ont connu aux mêmes périodes des hausses très importantes des prix sur le marché à terme et que la comparaison du prix de l'électron réalisée par Orange n'est pas pertinente puisque le prix de [SDA] €/MWh pour toute l'Europe incluait celui de la France qui est de [SDA] €/MWh.

En quatrième lieu, SFR soutient que la comparaison avec des acteurs de taille similaire issue de l'enquête CLEEE produite par Orange est inopérante dès lors que ce n'est pas le volume mais le profil de consommation qui influe sur les prix moyens d'achat de l'électron (part ARENH comprise) et que ce profil dépend de la part des volumes qui pourront être couverts par l'ARENH.

Concernant la demande B, SFR ajoute notamment que dès lors qu'Orange affirme désormais que le tarif de la puissance commandée en salle de cohabitation ne rémunère que le coût de l'électron, il en résulte que seule une différence de PUE pourrait expliquer la différence de tarifs entre les salles de cohabitation et les espaces dédiés mais que cette différence (valeur moyenne de [SDA] dans les salles de cohabitation et de [SDA] dans les espaces dédiés) n'est pas cohérente. SFR indique également que faire droit à sa demande A conduira à baisser les tarifs dans l'ensemble des espaces considérés.

Concernant la demande C, SFR fait en substance valoir qu'à supposer qu'Orange recoure à la méthode des coûts de remplacement en filière, ce qu'il ne démontre pas, la base de coûts utilisée par Orange est surévaluée, et que les révisions qu'il revendique ne sont pas régulières et sont moins importantes que les baisses des puissances équipées commandées par SFR.

Vu les nouvelles observations, enregistrées à l'Autorité le 11 octobre 2024, présentées par la société SFR, (ci-après « observations en réplique n° 3 de SFR ») par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la réalité des coûts d'achat d'électricité encourus par SFR et Orange, SFR indique notamment que le coût d'achat réel d'Orange toutes activités confondues est [SDA]% plus élevé que celui de SFR pour ses activités fixes pour l'année 2023.

S'agissant de la portée de l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts d'un opérateur efficace, SFR fait notamment valoir que le principe d'efficacité ne devrait pas faire l'objet d'une appréciation plus souple du fait des fluctuations des prix de l'électricité alors que les opérateurs sont captifs des prestations de fourniture d'électricité d'Orange. SFR soutient par ailleurs que les affirmations d'Orange selon lesquelles le principe d'efficacité serait sans objet puisqu'il serait « naturellement incité » à acheter aux meilleurs prix pour ses propres besoins vont à l'encontre des principes économiques communément admis et qu'une telle « autojustification » comporterait un risque d'être confronté à une situation de rente de monopole. SFR indique également que la Cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 3 octobre 2024, considéré que les contestations de SFR concernant l'efficacité des coûts d'Orange devraient être appréciées par l'Arcep.

S'agissant de la stratégie d'achat mise en œuvre par Orange et SFR pour les années 2023 et 2024, SFR indique notamment que la différence de coûts d'achat entre les deux opérateurs résulte d'anticipations différentes. **Sur l'absence de « clics » d'Orange en 2021 pour l'année 2023**, SFR fait notamment valoir qu'il était raisonnable de commencer à acheter en début d'année 2021 une partie de ses besoins pour 2023 dès lors que le marché à terme en 2021 pour les livraisons 2023 était stable à cette période et que le rapport Compass Lexecon n'explique pas pourquoi Orange n'a réalisé aucun clic lors des trois premiers trimestres 2021, et ce d'autant plus que la hausse des prix sur le marché à terme du second semestre 2021 appelait à la plus grande prudence. **Sur la stratégie de clics lissés**

d'Orange tout au long de l'année 2022 et le modèle « Monte Carlo » sur lequel s'appuie le rapport Compass Lexecon (qui repose sur un scénario dans lequel Orange décide de couvrir 25 % de ses besoins sur chaque trimestre de l'année), SFR soutient notamment que cette analyse ignore la nécessité d'ajuster sa stratégie au regard des évolutions constatées du marché et des informations publiques disponibles dès le début de l'année 2022 qui soulignaient les risques très importants de hausse des prix. SFR ajoute que si le modèle « Monte-Carlo » suppose de se fonder sur les données qui étaient disponibles en 2021 (données constatées ex ante), le rapport Compass Lexecon repose sur la tendance observée sur le marché en 2022, donc sur des données constatées ex post dont Orange ne disposait pas quand il a arrêté sa stratégie, ce qui discrédite l'ensemble de l'analyse réalisée par le cabinet Compass Lexecon. SFR fait également valoir que le modèle « Monte-Carlo » compare une stratégie de « clic unique » de SFR et une stratégie de « clics lissés » d'Orange alors que ces stratégies ne reflètent pas la stratégie réelle de chacun de ces opérateurs. Selon SFR, une comparaison entre le prix moyen d'achat de l'électron de SFR ([SDA] €/MWh) et d'Orange (estimé à [SDA] €/MWh) permet de démontrer l'inefficacité d'Orange.

Vu la décision n° 2024-2295-RDPI de l'Autorité en date du 24 octobre 2024 prorogeant le délai dans lequel la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant la société SFR et la société Orange ;

Vu les courriers du 4 novembre 2024, par lesquels les sociétés SFR et Orange ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité le 22 novembre 2024, et informées que la clôture d'instruction de la présente affaire était fixée au 8 novembre 2024 ;

Vu les nouvelles observations, enregistrées à l'Autorité le 6 novembre 2024, présentées par la société SFR, (ci-après « observations en réplique n° 4 de SFR ») par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

SFR maintient que sa demande C est pleinement justifiée, comme en témoigne le compte rendu de la multilatérale « HNRO » du 31 mai 2024 qu'il produit.

Sur la recevabilité de la demande C, SFR fait notamment valoir qu'Orange n'a pas respecté ses engagements tels qu'inscrits au compte rendu de la multilatérale du 31 mai 2024 pour permettre l'avancée des travaux en lien avec la demande C dès lors qu'il n'a pas partagé de note pédagogique sur la construction du tarif de la puissance équipée ni fait de présentation sur ce sujet lors de la multilatérale du 25 octobre 2024.

Sur le fond, SFR fait valoir en substance que le compte rendu de la multilatérale du 31 mai 2024 montre que la demande C n'induit aucun surcoût pour Orange, les batteries et disjoncteurs actuellement utilisés pouvant être conservés, sans que ces derniers ne soient redimensionnés à la baisse. SFR ajoute que, contrairement à ce que soutient Orange, les services de l'Arcep ont, selon lui, confirmé durant ces échanges que la baisse de la masse de coûts à amortir devrait permettre de compenser la hausse des tarifs liés à la modification des paliers minimums de commande de puissance équipée.

Vu les courriers du 7 novembre 2024, par lesquels les sociétés SFR et Orange ont été informées que l'instruction de la présente affaire était réouverte et que la clôture de l'instruction était fixée au 12 novembre 2024 ;

Vu les troisièmes observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 12 novembre 2024, présentées par la société Orange, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la recevabilité des demandes, Orange soutient notamment que les demandes de SFR seraient irrecevables dès lors qu'elles visent à contourner les effets de l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 3 octobre 2024 confirmant l'ordonnance du juge de référés du tribunal de commerce de Paris du 9 janvier 2024 condamnant SFR à payer 9,9 millions d'euros sous astreinte en raison des factures impayées pour les prestations d'énergie fournies par Orange. S'agissant de la demande C, Orange fait en substance valoir que le compte-rendu de la multilatérale du 31 mai 2024 produit par SFR montre

que SFR a rendu le débat impossible par sa saisine laquelle est intervenue avant l'échéance à laquelle Orange s'était engagé à produire une note sur le sujet.

Sur la portée rétroactive des demandes, Orange maintient que l'article L. 36-11 du CPCE limite sans ambiguïté les effets dans le temps d'une décision en règlement de différend de l'Arcep. Il soutient également que la directive 2018/1972 ne crée aucun droit à ce que l'Arcep se prononce sur tout le litige sans aucune limite temporelle et, qu'à l'inverse, elle prévoit que si le litige a été résolu, comme il estime que c'est le cas en l'espèce compte tenu des décisions du tribunal de commerce et de la Cour d'appel, l'Arcep doit s'en dessaisir. Orange fait également valoir que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 mars 2024 dont se prévaut SFR porte sur le contrôle des obligations et qu'en la matière, l'article 29 de la directive reconnaît que le pouvoir des autorités de régulation s'exerce « dans les limites du droit national ».

Sur le fond, la société Orange maintient son argumentation et développe des éléments complémentaires.

S'agissant de la demande A, en premier lieu, Orange fait valoir la méthode d'évaluation des tarifs de la composante « puissance commandée » résumée dans la note pédagogique de l'Arcep est cohérente avec le principe d'orientation vers les coûts. Orange soutient qu'il ne saurait lui être reproché une méconnaissance du principe de transparence alors que cette note visait notamment à permettre aux opérateurs d'évaluer le tarif moyen de la composante « puissance commandée » sans pour autant en détailler toutes les étapes de calcul suivies par Orange, à l'instar des outils mis à la disposition des opérateurs par l'Arcep pour estimer les tarifs de l'accès au génie civil de boucle locale d'Orange. Orange ajoute qu'il convient de s'appuyer sur la méthode du panier moyen de consommation pour déterminer le tarif de la composante « puissance commandée » d'Orange dès lors qu'elle tient compte de l'ensemble des éléments prévisionnels pertinents et que la déformation du panier, peu significative dans le temps, n'aura qu'un impact limité sur le revenu moyen.

En deuxième lieu, Orange maintient que sa stratégie d'achat d'électricité est efficace.

D'abord, Orange maintient qu'il est naturellement incité à minimiser ses coûts d'achat d'électricité et que contrairement à ce qu'affirme SFR, il ressort du rapport Compass-Lexecon que, dans la mesure où les offres de gros mises à disposition des autres opérateurs ne représentent qu'une part très limitée des achats d'électricité ([SDA]% du volume total d'électricité acheté par Orange en France entre 2020 et 2023), un approvisionnement mal optimisé ne pourrait qu'avantager les opérateurs concurrents, ce qui renforce son incitation naturelle à minimiser ses coûts. De plus, Orange soutient que, dès lors que les achats d'électricité d'Orange irriguent l'ensemble de ses activités, il existe une incitation naturelle à l'efficacité sur l'ensemble des marchés de détail sur lesquels il fait face à une concurrence vigoureuse, qui ne sont pas des marchés de communications électroniques au sens du CPCE et qui représentent plus de [SDA]% de l'usage de l'électricité achetée par lui.

Ensuite, Orange fait en substance valoir qu'il n'appartient pas à SFR de déterminer selon ces propres critères ce que seraient les coûts efficaces d'Orange alors que les décisions citées par SFR confirment que cette appréciation relève de l'office de l'autorité nationale de régulation lorsqu'elles concernent des offres régulées. Orange soutient que cette appréciation est effectuée au regard des éléments dont l'Autorité dispose, en s'appuyant dans la mesure du possible et non exclusivement comme le réclame SFR sur les coûts des opérateurs, mais qu'elle peut également être faite en s'appuyant sur une modélisation économique. À cet égard, Orange estime qu'en l'espèce, cette appréciation se heurte à une difficulté particulière dans la mesure où la stratégie d'achat mise en cause par SFR concerne les offres régulées mais aussi d'autres prestations sur les marchés de détail qui ne sont soumises à aucune contrainte réglementaire. Orange ajoute également que SFR conteste la stratégie d'Orange au seul motif qu'elle a conduit *in fine* à un coût d'approvisionnement plus élevé que la sienne alors qu'une stratégie d'approvisionnement d'électricité ne peut être évaluée *ex post* compte-tenu de la dimension importante d'incertitudes et d'aléas que cette activité comporte.

Par ailleurs, Orange soutient que sa stratégie d'approvisionnement en électricité, qui repose sur des droits d'ARENH, des clics sur les marchés à termes et [SDA] contrats PPA, est, pour reprendre les termes du rapport Compass Lexecon, « conforme aux pratiques de l'industrie » et ne constitue pas une stratégie isolée comme SFR tente de le faire croire. Orange fait valoir que selon ce rapport, la seule différence observée entre Orange et SFR sur l'année 2023 résulte d'anticipations différentes des évolutions du marché lesquelles conduisent à des arbitrages différents entre les offres mobilisables à un instant donné. À cet égard, Orange fait valoir que, contrairement à ce que soutient SFR, aucune analyse ne permettait de déterminer avec certitude en février 2022, la durée et l'ampleur de la hausse des prix d'achat.

Orange ajoute que SFR feint de ne pas avoir saisi que le prix d'achat d'électricité d'Orange résulte de clics (i.e. achat de volumes d'électricité sur un marché à terme à un instant T, à un prix en €/MW déterminé selon le cours du jour, pour l'année Y+1) et ne peut donc soutenir qu'Orange dispose d'une capacité de négociation bien plus importante que SFR au regard de ses volumes.

Orange relève que SFR ne lui reproche pas son inefficacité mais son excédent de prudence, ce qui ne peut pas être le standard ni le critère d'analyse de l'inefficacité d'un opérateur au sens de la réglementation. Orange fait notamment valoir que l'absence de clics réalisés en 2021 est le reflet d'une première période où la faible volatilité des prix ne rendait pas de tels clics indispensables et d'une seconde période d'instabilité pendant laquelle Orange a choisi de ne pas passer d'ordre. De plus, au moment où la crise était à son paroxysme (ruptures d'approvisionnement et risques de coupures), Orange a passé des ordres à cours élevés afin de sécuriser son approvisionnement.

En outre, Orange maintient que l'appréciation de l'efficacité de sa stratégie doit être réalisée de manière *ex ante*, en se replaçant dans le contexte particulier de l'année 2022, conformément aux pratiques de l'industrie et à des acteurs de taille comparable. Selon Orange, cette appréciation ne saurait se faire *ex post* dans la mesure où cette comparaison ne prend pas en considération les scénarios alternatifs envisageables au moment où les opérateurs ont effectué leur choix d'optimisation. Ainsi, en 2021, comme l'explique le rapport Compass Lexecon, Orange anticipait, au regard de la tendance baissière des prix *forward* du gaz fin 2021, un marché baissier qui renouerait en 2022 avec des valeurs proches des fondamentaux, ce qui l'a conduit à ne pas exercer de clics en 2021 pour 2023. Orange fait valoir à cet égard que les prix *forward* du gaz n'étaient pas orientés à la hausse début 2022, comme l'indiquent les courbes figurant dans le rapport complémentaire du cabinet Cristal Décisions produit par SFR. De plus, Orange relève que le postulat de SFR selon lequel tout opérateur aurait dû anticiper la hausse des prix va à l'encontre du principe d'absence d'opportunité d'arbitrage dans les marchés en application duquel il n'est pas possible de réaliser un gain positif de manière certaine sur un marché : si les éléments d'informations disponibles au début de l'année 2022 avaient montré avec certitude que les prix pour 2023 allaient doubler d'ici l'été 2022, l'ensemble des acteurs se seraient approvisionnés à cette date, engendrant alors une hausse du prix puis une stabilisation autour du niveau de prix attendu auquel les acheteurs seraient devenus indifférents entre acheter maintenant ou plus tard ; mais ce n'est pas ce qui s'est passé sur le marché.

Au regard de cette incertitude, Orange fait en substance valoir que le raisonnement de SFR doit être écarté par l'Arcep dès lors qu'il revient à adosser la notion d'opérateur efficace à la performance observée *ex post* d'une stratégie d'achat particulière en niant l'incertitude qui entoure les évolutions de marché. Orange ajoute que la régulation n'a jamais prévu de reversement rétrospectif en cas d'écart entre les hypothèses initiales de l'opérateur et le résultat de sa stratégie éventuelle d'achat. Or, selon Orange, une telle logique conduirait à considérer que le principe d'efficacité devrait garantir à tout moment et de manière rétrospective le meilleur tarif possiblement accessible sur le marché, ce qui contredirait la logique même de la régulation.

Enfin, Orange fait valoir que SFR n'avait aucune idée de la stratégie à adopter dans le cadre du contexte exceptionnel de l'année 2022 pour acheter un produit présentant de la volatilité et a utilisé une stratégie spéculative risquée consistant à réaliser un unique clic en 2022, à un prix autour de

[SDA] €/MWh. Selon Orange, à suivre le raisonnement de SFR selon lequel le contexte de 2022 était prévisible, il aurait dû couvrir ses besoins en électricité pour les années 2023 et 2024 en totalité dès le début de l'année 2021. À cet égard, la méthode Monte-Carlo utilisée par le rapport Compass Lexecon, montre que, dans la situation *ex ante* et dans la majorité des simulations, le prix d'achat moyen associé à la stratégie de clics lissée d'Orange était inférieur au prix d'achat obtenu par SFR lorsqu'il a réalisé son unique clic.

En troisième lieu, s'agissant de la baisse de la TICFE, Orange fait en substance valoir, d'une part, que le fait que les opérateurs tiers, y compris SFR, n'ont pas demandé la répercussion de cette baisse sur les tarifs de la composante « puissance commandée », montre qu'aucun acteur n'envisageait une baisse de ces tarifs compte tenu du contexte de flambée des prix de l'électricité de l'année 2022 et que la saisine de l'Arcep par SFR a un caractère purement opportuniste. D'autre part, Orange soutient que l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2017 confirme qu'il n'existe pas de principe de régularisation sur la base des coûts constatés *ex post* et que l'Arcep n'a jamais sollicité une telle modification des tarifs d'une offre de gros *a posteriori*.

En quatrième lieu, s'agissant des tarifs de la composante « puissance commandée » pour l'année 2023, Orange relève que la demande de SFR d'un prix d'approvisionnement de 107 €/MWh, [SDA], ne repose sur aucun fondement économique ou comptable. Orange estime que si SFR tente de se prévaloir de la baisse des coûts de [SDA] de 11% pour justifier ce prix d'approvisionnement, SFR n'apporte aucune attestation de cet opérateur à l'appui. De plus, Orange souligne que les chiffres avancés par SFR relatifs à ses coûts de l'énergie 2024 ne sont pas démontrés. Enfin, Orange soutient que le coût de l'électron d'Orange estimé par SFR pour l'année 2023 est surestimé, car il ne tient notamment pas compte de la part ARENH.

Sur la comparaison de la stratégie d'achat d'Orange avec des acteurs de taille similaire, Orange soutient que la critique de SFR, selon laquelle il convient de comparer avec des opérateurs dont le profil de consommation est similaire, est erronée dès lors que le volume total d'électricité acheté sur le marché à terme a une incidence importante sur la stratégie d'achat d'électricité d'un acteur. Orange ajoute que SFR ne démontre aucunement que la stratégie de [SDA] serait identique à celle de SFR et qu'en tout état de cause la stratégie de [SDA] ne peut être comparée à celle d'Orange, ses besoins en électricité étant très inférieurs à ceux d'Orange. Orange maintient, en se fondant sur le rapport Compass Lexecon, que la comparaison avec les entreprises du CLEEE, et en particulier le cas de [SDA], permet de montrer que les résultats de sa stratégie ne sont pas singuliers ni déconnectés de ce qui est observé sur le marché pour les grands consommateurs d'électricité.

Enfin, Orange maintient que la comparaison effectuée par SFR avec le prix d'achat de l'électricité par Orange en Europe est inopérante car elle repose sur des données issues du marché spot qui n'ont pas d'incidence sur l'approvisionnement en électricité des opérateurs hors de France.

S'agissant de la demande B, Orange maintient son argumentation et soutient en substance notamment, d'une part, que, depuis 2020, les coûts liés aux équipements communs installés par Orange en salle de cohabitation ne sont plus recouverts par les tarifs de la composante « puissance commandée ». D'autre part, Orange fait valoir que le ratio de 54% entre les tarifs en salle de cohabitation et ceux des espaces dédiés résulte d'un choix historique depuis la mise en place des tarifs en 2012, et non, comme le soutient SFR, d'une différence de PUE. Enfin, Orange soutient que faire droit à la demande B de SFR conduirait à une augmentation de 5,2% des tarifs pour l'ensemble des autres types d'emplacements, et ce au détriment des opérateurs ayant privilégié le dégroupage des petits NRA. En revanche, cet alignement tarifaire serait assez neutre pour SFR qui verrait sa facture moyenne augmenter de 1,2% au regard de son parc moyen à date.

S'agissant de la demande C, Orange maintient son argumentation et ajoute, d'une part, que le numérateur de la formule de calcul du tarif de puissance équipée diminue mais pas nécessairement de manière proportionnelle à la diminution du dénominateur liée à la diminution des besoins globaux de tous les opérateurs en énergie et, d'autre part, que l'analyse des volumes totaux de puissance

commandée par SFR pour hébergement NRA et hébergement NRO permet de constater que les besoins de SFR en énergie ont seulement diminué de [SDA]%. Enfin, Orange ajoute qu'il ne peut pas partager la note pédagogique relative à la construction du tarif de la puissance équipée en réunion multilatérale en présence de SFR et de l'ensemble des opérateurs dès lors qu'un contentieux est ouvert sur ce sujet.

Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu le 22 novembre 2024, lors de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Sarah Jacquier-Pelissier, M. François Lions et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité, et en la présence des agents des services et des représentants de la société SFR et de la société Orange :

- le rapport de Mme Megan Tran présentant les conclusions des parties ;
- les observations des représentants de la société SFR ;
- les observations des représentants de la société Orange.

Sur la publicité de l'audience,

L'article 14 du règlement intérieur susvisé prévoit que « *l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité en délibère* ».

Par un courriel en date du 13 novembre 2024, la société Orange a sollicité un huit clos pour cette audience. Par un courriel en date du 14 novembre 2024, la société SFR a demandé à ce que l'audience soit publique. Lors de l'audience, SFR a indiqué être d'accord avec la demande d'Orange tendant à ce que l'audience ne soit pas publique.

En conséquence, l'audience n'a pas été publique.

La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité (composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Sarah Jacquier-Pelissier, M. François Lions et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité), en ayant délibéré le 19 décembre 2024 en la seule présence de ses membres, adopte la présente décision fondée sur les faits et les moyens exposés ci-après.

Table des matières

1	Contexte général	22
1.1	Présentation des parties	22
1.2	La prestation de fourniture d'énergie par Orange.....	22
2	Sur la compétence de l'Autorité.....	24
3	Sur la recevabilité des demandes et la détermination de la période couverte par chacune des demandes du différend.....	27
3.1	Sur les demandes A1 et A2 relatives au tarif de la puissance commandée sur la période entre le 1 ^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2022.....	27
3.2	Sur la demande A3 relative au tarif de la puissance commandée pour les années 2023 et 2024 29	
3.2.1	Sur l'échec des négociations	29
3.2.2	Sur détermination de la période couverte par le différend	31
3.3	Sur la demande B concernant le tarif de la puissance commandée dans les salles de cohabitation	32
3.4	Sur la demande C relative au tarif de la puissance équipée	34
3.4.1	Sur l'échec des négociations	34
3.4.2	Sur la détermination de la période couverte par le différend	36
4	Rappel du cadre juridique applicable.....	37
4.1	Sur la demande de diminution des tarifs de la composante « puissance commandée » sur la période 2023-2024	39
4.1.1	Rappel de la demande (A3)	39
4.1.2	Sur le fond	39
5	Sur la demande de modification des paliers de commande de puissance équipée	44
5.1	Rappel de la demande (C)	44
5.2	Sur le fond	44
5.2.1	S'agissant de la demande de baisse de la puissance équipée minimale par emplacement à 0,5 kW (ci-après « demande C1 »).....	44
5.2.2	S'agissant de la demande d'ajustement du prix de l'abonnement formulée par SFR (ci-après « demande C2 »), consistant par exemple à diviser par deux le prix d'un abonnement pour un emplacement équipé dont la puissance souscrite passerait de 1 kW à 0,5 kW et donc à maintenir constant le tarif unitaire ramené à 1 kW.....	46
5.3	Sur la date d'effet demandée par SFR.....	48

1 Contexte général

1.1 Présentation des parties

La **Société Française du Radiotéléphone** (SFR), filiale du groupe Altice France, est un opérateur sur les marchés de gros et de détail des télécommunications. SFR propose notamment des services d'accès à Internet haut et très haut débit aux particuliers comme aux entreprises. Au 31 décembre 2023, sur le segment fixe, SFR dénombrait 6,391 millions d'abonnés, dont 4,826 millions au très haut débit (fibre optique et câble)⁶.

La société **Orange** (OWF) est le principal opérateur de gros et de détail présent sur les marchés du haut et du très haut débit fixes. Orange a en particulier été de nouveau reconnu par l'Autorité comme exerçant une influence significative sur les marchés de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée et de la fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques pour le cycle d'analyse de marché 2021-2023, constat renouvelé pour le cycle d'analyse de marché 2024-2028.

Une convention d'accès à la boucle locale d'Orange⁷ et une convention d'hébergement d'équipements au sein de locaux d'Orange pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique⁸ ont été conclues respectivement le 27 mai 2015 et le 7 décembre 2017 entre Orange et SFR (ci-après « les Conventions »).

1.2 La prestation de fourniture d'énergie par Orange

En tant qu'opérateur puissant sur les marchés de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée et de la fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil, Orange est notamment tenu de faire droit aux demandes raisonnables d'accès à sa boucle locale cuivre et sous-boucle locale cuivre ainsi qu'à ses infrastructures physiques de génie civil. Parmi les prestations fournies par Orange dans le cadre de ces offres d'accès, Orange propose une prestation de fourniture d'énergie pour l'hébergement d'équipements actifs des opérateurs tiers au sein de ses locaux.

Cette prestation de fourniture d'énergie est constituée de deux composantes :

- une composante fixe dite « **puissance équipée** », qui couvre le coût des équipements électriques permettant à Orange d'assurer la fourniture d'énergie au niveau de chaque emplacement (notamment transformateurs, tableaux de distribution, batteries, climatisation)⁹. Cette composante est facturée en fonction de la puissance maximale qui peut être délivrée par les équipements mis à disposition par Orange au niveau de l'emplacement ;
- une composante variable dite « **puissance commandée** », qui correspond à l'énergie elle-même, incluant à la fois la consommation des équipements de l'opérateur, et une quote-part de la consommation des équipements communs (éclairage, climatisation, etc.), comme expliqué ci-après.

En pratique, Orange achète au niveau national l'énergie pour l'ensemble des opérateurs présents dans ses nœuds de raccordement abonnés (NRA)/nœuds de raccordement optique (NRO), c'est-à-dire pour

⁶ [Altice France, rapport de résultats consolidés du quatrième trimestre 2023.](#)

⁷ Saisine de SFR, pièce n°3.

⁸ Saisine de SFR, pièce n°4.

⁹ La composante « puissance équipée » n'est donc pas à proprement parler de l'énergie facturée mais la mise à disposition d'équipements permettant la fourniture d'énergie de manière sécurisée.

les opérateurs clients de ses offres et lui-même. Il achète sur le marché de gros dit « à terme » par opposition au marché dit « spot »¹⁰. Les parties n'ont pas discuté dans leurs écritures l'approvisionnement sur le marché « spot », qui apparaît dans ces mêmes écritures¹¹ inexistant ou marginal dans les achats effectués.

Sur le marché à terme, l'électricité est achetée par anticipation (plusieurs mois, voire plusieurs années à l'avance) pour des besoins futurs. Concrètement, les contrats souscrits auprès des fournisseurs d'électricité mentionnés dans le cadre du présent règlement de différend prévoient, une fois signés, que le client (ici Orange) passe des ordres d'achat au cours des années précédant celle de la livraison (jusqu'à 3 années auparavant selon les contrats, typiquement les années 2020 à 2022 pour une livraison au cours de l'année 2023) qui sécurisent progressivement le volume commandé. En effet, à une date donnée, il existe plusieurs prix de l'électricité : outre le prix « spot » mentionné plus haut qui est conçu pour une livraison immédiate, il existe un marché à terme avec un prix année N+1 pour une livraison l'année suivante, un prix année N+2 et un prix année N+3, qui sont en général tous distincts en fonction des anticipations du marché sur les capacités d'approvisionnement futures. Cette sécurisation passe par des « clics », par lesquels le client demande à ce qu'un certain pourcentage du volume dont il aura besoin pour l'année de livraison soit acheté au tarif valable au moment du « clic » sur le marché à terme correspondant à cette année.

Ainsi, pour une année N, le prix payé par le client (ici Orange) sur le marché à terme est intégralement déterminé à la fin de l'année N-1 : il s'agit de la moyenne pondérée par les clics réalisés au cours des années précédentes sur le marché de la livraison en année N.

Le marché à terme ne constitue pas la seule source d'approvisionnement en électricité d'Orange. En effet, Orange couvre environ [SDA]% de ses besoins totaux en électricité à travers le dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH). Celui-ci, en place depuis 2011 et jusqu'en 2025, permet d'acheter à EDF, à un prix régulé, l'électricité produite par ses centrales nucléaires historiques¹². Cette part d'ARENH est fonction du profil de consommation d'Orange, mais aussi du volume disponible chaque année. En cas de volume insuffisant pour satisfaire toutes les entreprises éligibles, un écrêtement est déterminé par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) en fin d'année N-1, réduisant la part d'ARENH livrée à chaque entreprise. Pour anticiper cet écrêtement, les bénéficiaires de l'ARENH (comme Orange) peuvent donc être amenés à procéder à une « surcouverture », en achetant davantage d'électricité sur le marché à terme que leur consommation ne l'exigerait en absence d'écrêtement (et une fois l'écrêtement connu, à revendre le surplus, ou acheter le complément, afin de disposer d'un approvisionnement correspondant exactement au besoin prévisionnel).

Le prix de l'énergie facturé aux clients d'Orange prend en compte le prix d'achat sur le marché à terme ainsi que la part d'ARENH dans l'approvisionnement global d'Orange.¹³

Chaque mois, Orange facture aux opérateurs tiers la quantité d'énergie nécessaire à l'alimentation de leurs équipements actifs hébergés dans ses sites. La facturation de la composante variable, dite

¹⁰ Sur le marché *spot*, l'électricité est achetée et vendue pour une livraison immédiate ou du jour pour le lendemain. Les prix d'achat sur ce marché sont fortement volatiles et dépendent de l'offre et de la demande à l'instant de l'achat.

¹¹ Par exemple p.15 du 1er mémoire en défense d'Orange « : « le « *prix de l'électron* », i.e. le *prix d'achat du MWh sur le marché de l'électricité, qui résulte des contrats passés par Orange avec ses différents fournisseurs, et de la couverture réalisée en année N-1 pour les besoins de l'année N* ».

¹² [Accès régulé à l'électricité nucléaire historique \(ARENH\) | CRE.](#)

¹³ Il existe également des contrats de gré à gré permettant de s'approvisionner directement auprès de producteurs d'électricité, comme les *Power Purchase Agreement* (PPA). Orange indique dans ses écritures disposer de tels contrats. Toutefois, les écritures des parties se sont concentrées sur les achats sur le marché (à terme) qui, avec le dispositif ARENH, couvrent l'essentiel du volume d'achat d'Orange. Les PPA ne sont donc pas traités ici.

« puissance commandée », repose sur les déclarations prévisionnelles de puissance transmises par les opérateurs hébergés. En complément, un facteur de *Power Usage Effectiveness* (PUE)¹⁴ est appliqué pour prendre en compte la consommation d'électricité liée à l'éclairage et à la climatisation des salles où sont hébergés les équipements des opérateurs.

En ce qui concerne la composante fixe, dite « puissance équipée », Orange applique une facturation basée sur des paliers de puissance minimale, généralement compris entre 1 kW et 2 kW pour la majorité des cas, et 0,5 kW dans certains cas spécifiques.

2 Sur la compétence de l'Autorité

Sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend « [e]n cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques [...]. Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés ».

Aux termes de cet article, l'Autorité est compétente pour régler les différends nés des conventions d'accès, dans la mesure où ils portent sur des clauses relatives aux modalités financières et techniques de l'accès. Dès lors qu'une clause litigieuse a un lien, même indirect, avec les conditions d'exécution de la prestation d'accès, l'Autorité est compétente pour se prononcer en équité.

SFR estime que l'Arcep est compétente à un double titre pour connaître de ses demandes dès lors, d'une part, qu'elles portent sur l'exécution d'une convention d'accès et, d'autre part, qu'elles portent sur la mise en œuvre par Orange de ses obligations règlementaires.

Dans ses premières observations en défense, Orange fait valoir que l'Autorité ne serait pas compétente pour connaître de la demande dès lors qu'il ne lui appartiendrait pas « de se prononcer sur la qualité de la négociation entre Orange et ses fournisseurs »¹⁵ ni sur « les conditions tarifaires obtenues auprès d'acteurs du marché de l'électricité »¹⁶. À cet égard, Orange fait valoir que SFR ne peut demander à l'Autorité d'établir « le bon niveau tarifaire de la prestation d'électricité »¹⁷, le législateur ayant par ailleurs confié à la CRE la compétence de contrôler les prix sur le marché de gros de l'électricité.

Dans ses deuxièmes observations en défense, Orange fait également valoir que les prestations de fourniture d'énergie consistent en la mise à disposition à SFR par Orange « des salles d'hébergement lui permettant d'installer ses équipements électroniques servant à l'activation de ses accès »¹⁸ DSL et FttH et en conclut que « les prestations d'énergie permettant d'alimenter les équipements de SFR ne constituent ainsi pas les prestations d'accès à un réseau de communications électroniques en tant que

¹⁴ Le **Power Usage Effectiveness (PUE)** est un indicateur utilisé pour mesurer l'efficacité énergétique des installations techniques. Il est généralement employé pour évaluer les centres de données, mais il s'applique également à des infrastructures telles que les **Nœuds de Raccordement d'Abonnés (NRA)** et les **Nœuds de Raccordement Optique (NRO)**. Ces infrastructures, bien que différentes des centres de données traditionnels, remplissent des fonctions similaires en hébergeant des équipements actifs nécessitant une alimentation énergétique importante ainsi que des systèmes auxiliaires tels que le refroidissement, l'éclairage ou l'alimentation de secours.

Le PUE se calcule selon la formule suivante :

$$PUE = \frac{\text{Energie totale consommée par le NRA/NRO}}{\text{Energie consommée par les équipements actifs}}$$

¹⁵ Observations en défense n° 1 d'Orange, p.13.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Observations en défense n° 2 d'Orange, p.7.

telle, mais la faculté que l'opérateur a de recourir à une fourniture d'énergie par Orange pour alimenter ses propres équipements »¹⁹.

Ces arguments ne sont pas fondés.

D'une part, comme indiqué précédemment, aux termes du I de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité est compétente pour régler les différends nés des conventions d'accès, dans la mesure où ils portent sur des clauses relatives aux modalités financières et techniques de l'accès.

L'accès est défini au 8° de l'article L. 32 du CPCE comme « *toute mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques* ». Le 2° du même article définit le réseau de communications électroniques comme « *toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques* ». Le 19° dudit article définit les ressources associées comme « *les services associés, les infrastructures physiques et les autres ressources associées à un réseau de communications électroniques ou à un service de communications électroniques, qui concourent ou peuvent concourir à la fourniture de services via ce réseau ou ce service. Sont notamment considérés comme des ressources associées les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, tours et autres constructions de soutènement, les gaines, conduites, pylônes, regards de visite, armoires et boîtiers* ». Le 20° dudit article définit les services associés comme « *les services associés à un réseau ou à un service de communications électroniques et qui concourent ou peuvent concourir à la fourniture de services via ce réseau ou ce service. Sont notamment considérés comme des services associés les services de conversion du numéro d'appel, les systèmes d'accès conditionnel, les guides électroniques de programmes, ainsi que les services relatifs à l'identification, à la localisation et à la disponibilité de l'utilisateur* ». ».

Il en résulte que l'Autorité est compétente pour se prononcer sur un différend relatif aux conditions tarifaires des ressources et services qui sont associés à l'accès à un réseau de communications électroniques.

En l'espèce, comme le rappelle la décision n° 2023-2802, « [a]fin que les opérateurs tiers soient en mesure de pouvoir commander effectivement des accès dégroupés à la boucle locale de cuivre ou à la sous-boucle de cuivre, il est nécessaire qu'ils puissent installer leurs équipements actifs en bout de ligne. [...] À ce titre, il convient qu'Orange propose, pour l'accès à la boucle locale de cuivre, un certain nombre de ressources et services associés, pour permettre [...] l'hébergement des équipements actifs des opérateurs tiers au sein des NRA, sous forme d'une offre de cohabitation physique [...]. En l'absence de telles prestations, l'obligation de fournir un accès à la boucle locale de cuivre serait vidée de son sens puisqu'aucun opérateur ne serait en mesure d'accéder à l'extrémité de cette boucle locale pour y raccorder ses équipements de réseau. »²⁰. Cette même décision précise que : « Orange propose aujourd'hui l'accès aux ressources et services associés suivants dans son offre de référence d'accès à la boucle locale de cuivre ou dans son offre d'hébergement au sein de locaux d'Orange pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique (prestations équivalentes) : - fourniture d'emplacements pour l'installation des équipements actifs ; (...) ; - fourniture d'énergie ; - fourniture de climatisation ou de ventilation (...) l'ensemble de ces prestations d'accès est indispensable pour permettre l'hébergement des équipements actifs au sein des NRA d'Orange, leur alimentation électrique et leur raccordement. »²¹.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Décision n° 2023-2802, p.105.

²¹ Décision n° 2023-2802, p.106.

De même, la décision n° 2023-2801 précise que « [l]’accès aux infrastructures de génie civil est un préalable indispensable au déploiement de réseaux de boucles locales et de collecte. Afin que l’accès à ces infrastructures soit effectif, il est nécessaire qu’Orange propose l’accès à certaines ressources et certains services associés, afin de permettre aux opérateurs tiers, d’une part, l’hébergement de leurs équipements passifs et actifs au sein des NRA d’Orange et, d’autre part, le raccordement des répartiteurs distants. »²². La décision ajoute que « [c]es offres de prestation permettent aux opérateurs d’infrastructure de mobiliser les infrastructures d’hébergement existantes d’Orange pour l’aménagement de leur NRO et l’aménagement d’espaces pour l’installation des équipements actifs et passifs de boucles locales optiques qui desservent la clientèle aussi bien de masse que spécifique entreprises. Ainsi, ces offres constituent un moyen associé à la fourniture de l’accès aux infrastructures de génie civil pour le déploiement de réseaux en fibre optique. »²³.

Il ressort de ce qui précède que la prestation de fourniture d’énergie constitue une prestation permettant de rendre effectif l’accès, par les opérateurs alternatifs, à la boucle locale (ou à la sous-boucle) de cuivre d’Orange ainsi qu’à ses infrastructures de génie civil pour le déploiement de boucles locales en fibre optique. À cet égard, l’allégation d’Orange selon laquelle SFR aurait été libre de souscrire les prestations de fourniture d’énergie d’un opérateur tiers, à la supposer avérée, n’est pas de nature à remettre en cause la compétence de l’Arcep pour connaître d’un différend relatif aux tarifs de la prestation d’énergie lorsqu’elle constitue l’accessoire d’une prestation d’accès.

D’autre part, aux termes du 2° bis du II de l’article L. 36-8 du CPCE, l’Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend portant sur « [l]a mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre [...] ».

En l’espèce, pour rappel, depuis plusieurs cycles d’analyse de marchés, Orange est tenu, au même titre que pour ses prestations d’accès à la boucle locale de cuivre et à la sous-boucle de cuivre ainsi qu’aux infrastructures de génie civil, de fournir la prestation d’énergie à des tarifs orientés vers les coûts. Les décisions d’analyses de marché précisent également, depuis plusieurs cycles d’analyse de marché, que « les coûts pris en compte doivent être ceux encourus par un opérateur efficace ; »²⁴.

L’Autorité est ainsi compétente, en l’espèce, pour connaître du différend qui porte sur la mise en œuvre de l’obligation d’orientation vers les coûts qui s’impose à Orange lorsqu’il fournit la prestation de fourniture d’énergie.

Enfin, contrairement à ce que sous-entend Orange²⁵, la décision de justice rendue par la Cour d’appel de Paris concernant la facturation par Orange des prestations d’électricité fournies à SFR ne fait pas échec à l’exercice par l’Arcep des pouvoirs qui lui sont dévolus sur le fondement de l’article L. 36-8 du CPCE²⁶.

Il résulte de l’ensemble de ce qui précède que l’Autorité est compétente pour se prononcer, en règlement de différend, sur les demandes de SFR relatives aux conditions tarifaires de la prestation de fourniture d’énergie par Orange figurant dans les conventions d’accès conclues par Orange et SFR.

²² Décision n° 2023-2801, p.59.

²³ Décision n° 2023-2801, p.60.

²⁴ Pour le 7^e cycle d’analyses de marché, cf. p. 87 de la décision n° 2023-2801 et p. 141 de la décision n° 2023-2802.

²⁵ Orange fait valoir que les « demandes de SFR visent à obtenir de l’Arcep qu’elle remette en cause [...] les positions claires de la Cour d’appel concernant la facturation des prestations d’électricité » (observations en défense n° 3 d’Orange, p. 10).

²⁶ Voir en ce sens notamment la décision de l’Arcep n° 2012-0365 du 20 mars 2012 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Dauphin Telecom et France Télécom.

3 Sur la recevabilité des demandes et la détermination de la période couverte par chacune des demandes du différend

L'Autorité rappelle **d'une part** qu'aux termes de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend « *en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques* ».

Partant, dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du différend dont elle est saisie, il revient à l'Autorité de s'assurer que la condition tenant à l'échec des négociations prévue à l'article L. 36-8 du CPCE est remplie, et ce, au regard des échanges intervenus entre les parties avant sa saisine. L'Autorité rappelle à cet égard que « *l'appréciation de la réalité d'un tel échec [des négociations] dépend (...) des circonstances propres à chaque affaire* »²⁷.

L'Autorité relève **d'autre part** que l'article L. 36-8 du CPCE prévoit également que : « *[...] l'autorité peut, à la demande de la partie qui la saisit, décider que sa décision produira effet à une date antérieure à sa saisine, sans toutefois que cette date puisse être antérieure à la date à laquelle la contestation a été formellement élevée par l'une des parties pour la première fois et, en tout état de cause, sans que cette date soit antérieure de plus de deux ans à sa saisine [...]* ».

3.1 Sur les demandes A1 et A2 relatives au tarif de la puissance commandée sur la période entre le 1^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2022

Dans ses écritures, SFR demande à l'Arcep d'enjoindre à Orange d'une part, d'« *[a]ppliquer entre le 1er juillet 2020 et le 31 décembre 2021, une baisse d'au moins 8% à chacun des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) appliqués à SFR dans le cadre des Conventions, et procéder aux régularisations qui s'imposent* »²⁸ et, d'autre part, d'« *[a]ppliquer entre le 1^{er} janvier 2022 et le 31 décembre 2022, une baisse d'au moins 25% à chacun des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) appliqués à SFR dans le cadre des Conventions, et procéder aux régularisations qui s'imposent* »²⁹.

Au soutien de cette demande, SFR fait valoir qu'il « *n'a été en mesure de constater qu'Orange n'avait pas répercuté les baisses des prix de l'énergie des années 2021 et 2022 sur ses tarifs qu'à l'occasion du contentieux intervenu à propos de la Hausse 2023 devant le Tribunal de commerce de Paris* »³⁰. Il estime en conséquence que « *l'ARCEP devait écarter les dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE bornant la rétroactivité de la décision à intervenir dans la mesure où elles sont contraires aux dispositions de la Directive n°2018/1972 en tant qu'elles : limitent la rétroactivité aux deux ans précédant la saisine ; et* »
• *prévoient que la période sur laquelle le différend doit être réglé devrait être bornée par la date de la première contestation formelle de l'opérateur saisissant* »³¹. SFR considère en effet que les dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE seraient contraires aux objectifs de la directive (UE) n°2018/1972 susvisée et en particulier aux dispositions de son article 26 « *qui ne posent aucune limite temporelle quant à la période sur laquelle l'ARN doit trancher le différend dont elle est saisie* ». Au soutien de cet argument, SFR se prévaut en particulier de la décision de la CJUE en date du 7 mars 2024³², qu'il interprète comme

²⁷ CA Paris, 23 juin 2011, France Telecom c/ Numéricable, RG n° 2010-23690.

²⁸ Saisine de SFR, p.65.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Saisine de SFR, p.8.

³¹ Réplique n°2 de SFR, p.20.

³² CJUE, 7 mars 2024, *Die Länderbahn GmbH, Prignitzer Eisenbahn GmbH, Ostdeutsche Eisenbahn GmbH*, aff. C-582/22.

interdisant au législateur de « limiter la période couverte par le différend que le régulateur est tenu de trancher ».

Orange soutient de son côté qu'« Il n'existe en réalité aucun texte, ni même jurisprudence, qui imposerait à l'Arcep de connaître d'une période litigieuse antérieure à deux ans dans le cadre d'un règlement de différend »³³. Il soutient par ailleurs que la limitation temporelle posée par l'article L. 36-8 du CPCE répond au besoin de sécurité juridique des opérateurs qui « implique un cadre réglementaire stable et prévisible, garantissant que les effets potentiels d'une décision de l'Arcep soient connus et limités dans le temps »³⁴. Partant, il fait valoir que : « la demande A de SFR ne pourra qu'être déclarée irrecevable pour la période allant jusqu'au 7 mars 2024 »³⁵.

L'Autorité relève **d'abord** que le principe d'autonomie procédurale régulièrement rappelé par la CJUE³⁶ prévoit notamment que, sauf à ce que la réglementation européenne en dispose autrement³⁷, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales applicables à l'exercice des recours, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité³⁸.

L'Autorité relève **ensuite** que les dispositions de l'article 26 de la directive 2018/1972 établissant le Code européen des communications électroniques (ci-après « CECE ») relatives au pouvoir de règlement de différend des autorités de régulation nationales en matière d'interconnexion et d'accès laissent une marge de manœuvre aux États membres pour définir les modalités procédurales selon lesquelles cette voie de droit est ouverte. Elles se limitent en effet à imposer que l'autorité de régulation nationale : « prend une décision contraignante afin de régler le litige dans les meilleurs délais **sur la base de procédures claires et efficaces** et, en tout état de cause dans un délai de quatre mois, sauf dans des circonstances exceptionnelles. L'État membre concerné exige que toutes les parties coopèrent pleinement avec l'autorité de régulation nationale ».³⁹

C'est ainsi que, conformément au principe d'autonomie procédurale, et dans l'objectif de concilier l'effectivité du droit et le principe de sécurité juridique des parties⁴⁰, l'article L. 36-8 du CPCE a défini un régime de délai précis, clair et prévisible. En effet, comme rappelé précédemment, cet article prévoit que l'Autorité peut, dans le cadre d'un règlement de différend, définir les conditions techniques et tarifaires d'une offre d'accès, depuis la date où le demandeur a formellement porté ses demandes auprès de l'autre partie, cette date ne pouvant être antérieure à deux ans avant la saisine de l'Autorité.

L'Autorité constate par ailleurs que la jurisprudence de la CJUE en date du 7 mars 2024 invoquée par SFR ne fait que confirmer le principe d'autonomie procédurale des États membres et notamment la possibilité pour ces derniers d'encadrer la portée temporelle des voies de droit ouvertes aux parties⁴¹.

³³ Observations en défense n°2 d'Orange, p.11.

³⁴ Observations en défense n°3 d'Orange, p.12.

³⁵ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs.

³⁶ CJCE, 16 décembre 1976, Rewe c/ Landwirtschaftskammer Saarland, aff. 33/76 et Comet c/ Produktschap voor Siergewassen, aff. 45/76, CJUE 28 mars 2019, Cogeco Communications Inc., Aff 637/17.

³⁷ CJCE, 5 mars 1980, Ferwerda c/ Produktschap voor Vee en Vlees, aff. 265/78.

³⁸ CJUE 8 septembre 2011, Q-Beef et Bosschaert, C-89/10 et C-96/10.

³⁹ Article 26 de la directive 2018/1972 précitée.

⁴⁰ Voir en ce sens l'exposé des motifs de l'amendement présenté par M. Estrosi : « Néanmoins, afin que cette rétroactivité ne puisse pas aboutir à la remise en cause de situations contractuelles anciennes et non contestées, ce qui pourrait être source d'insécurité juridique pour les parties, il est souhaitable que la loi encadre dans le temps ce pouvoir de l'ARCEP. ».

⁴¹ La Cour a également considéré que « L'article 56, paragraphes 1, 6 et 9, de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen, doit être interprété en ce sens que : il s'oppose à une réglementation d'un État membre qui exclut toute compétence de l'organisme de contrôle, saisi d'une

En effet, la Cour a rappelé dans les motifs de sa décision la possibilité pour les États membres, conformément au principe d'autonomie procédurale, d'encadrer les recours dans des limites temporelles raisonnables tout en précisant que le régime de délai mis en place doit respecter les principes d'équivalence et d'effectivité et être suffisamment « *précis, clair et prévisible pour permettre aux intéressés de connaître leurs droits et obligations* »⁴².

La portée temporelle des demandes de SFR doit ainsi être appréciée conformément aux dispositions précitées de l'article L. 36-8 du CPCE.

En l'espèce, l'Autorité relève d'abord que les demandes de SFR portent sur la période entre le 1^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2022 soit antérieurement à la date à laquelle SFR a formalisé pour la première fois ses demandes, à savoir, au regard des pièces du dossier, par courrier du 7 mars 2024⁴³.

L'Autorité estime ensuite que la circonstance selon laquelle SFR n'aurait « *découvert qu'en novembre 2023* »⁴⁴ la baisse de coûts dont aurait bénéficié Orange sans la répercuter dans ses tarifs, n'est pas de nature à écarter l'application des règles qui encadrent la portée temporelle des décisions prises en règlement de différend.

Compte tenu de ces éléments, et sans qu'il ne soit besoin de se prononcer sur l'échec des négociations, les demandes A1 et A2 de baisse des tarifs de la puissance commandée sur la période du 1^{er} juillet 2020 au 31 décembre 2022 ne peuvent être examinées par l'Autorité dès lors que la période sur laquelle porte le différend est pour partie antérieure de plus de deux ans à la saisine et en tout état de cause antérieure à la date à laquelle SFR a pour la première fois formellement élevé sa contestation.

3.2 Sur la demande A3 relative au tarif de la puissance commandée pour les années 2023 et 2024

3.2.1 Sur l'échec des négociations

SFR soutient en substance que l'échec des négociations est caractérisé pour la demande A3, au regard des nombreux échanges intervenus entre Orange et lui et des refus qu'Orange a opposés à sa demande.

demande fondée sur le paragraphe 1 de cet article, pour vérifier la légalité des redevances d'utilisation de l'infrastructure dont la période d'application a expiré et pour constater leur invalidité avec effet ex tunc ». En l'espèce, l'article L. 36-8 du CPCE n'exclut pas toute compétence de l'Autorité pour se prononcer sur le différend dès son point de départ.

⁴² « 64 Il importe, encore, de souligner que ni l'article 56, paragraphes 1, 9 et 10, de la directive 2012/34 **ni une autre disposition de cette directive ne prévoient de délai à l'expiration duquel les entreprises ne peuvent plus contester la légalité de redevances d'utilisation de l'infrastructure**. 65 Dans ces circonstances, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général au point 36 de ses conclusions, il appartient à chaque État membre, **conformément au principe de l'autonomie procédurale, de fixer des limites temporelles raisonnables s'appliquant aux recours par lesquels les candidats, dont les entreprises de transport ferroviaire, demandent à l'organisme de contrôle, conformément à l'article 56, paragraphe 1, de la directive 2012/34, de contrôler la légalité des décisions prises par le gestionnaire de l'infrastructure en ce qui concerne, notamment, le système de tarification et le niveau ou la structure des redevances d'utilisation de l'infrastructure, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité** (voir, par analogie, arrêts du 28 novembre 2000, Roquette Frères, C-88/99, EU:C:2000:652, points 20 et 21, ainsi que du 19 décembre 2019, Cargill Deutschland, C-360/18, EU:C:2019:1124, point 46). 66 En outre, il convient de relever que les objectifs poursuivis par la directive 2012/34 doivent être réalisés, en droit national, dans le respect des **exigences du principe de sécurité juridique, ce qui implique, s'agissant de ces limites temporelles, que les États membres ont l'obligation de mettre en place un régime de délais suffisamment précis, clair et prévisible pour permettre aux intéressés de connaître leurs droits et obligations** (voir, par analogie, arrêt du 18 octobre 2012, Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, point 36 et jurisprudence citée) » (**gras ajouté**).

⁴³ Pièce de SFR n°19.

⁴⁴ Saisine de SFR, p.47.

Lors de l'audience devant la formation RDPI en date du 22 novembre 2024, Orange a fait valoir, que la demande A3 serait irrecevable dès lors que SFR n'aurait pas, avant son courrier du 7 mars 2024, contesté la hausse des tarifs de la puissance commandée pour 2023 mais se serait borné à refuser de payer les factures afférentes sans engager une quelconque discussion ni formulé de demande formelle relative aux tarifs de la prestation de fourniture d'énergie d'Orange. Selon Orange, SFR aurait attendu l'ordonnance du juge des référés du tribunal de commerce de Paris, rendue le 9 janvier 2024, pour ouvrir, pour la première fois, une discussion sur les tarifs de la prestation de fourniture d'énergie d'Orange à travers son courrier du 7 mars 2024.

L'Autorité relève d'abord que, par un courrier du 25 octobre 2022⁴⁵, SFR a contesté auprès d'Orange la hausse de 120 % de ses tarifs de l'énergie à compter du 1^{er} janvier 2023 en demandant à Orange de se limiter aux hausses prévues par les conventions d'accès.

Ensuite, par un courrier du 14 décembre 2022⁴⁶, Orange a répondu à SFR en lui indiquant que cette hausse était liée aux « *coûts de l'énergie en 2023 supérieurs à ceux de 2022* » et que « *[s']il s'avère que les coûts supportés par Orange en 2023 se révèlent différents de ceux retenus dans la construction des tarifs communiqués, Orange sera amenée à communiquer de nouveaux tarifs* ».

Par un courriel en date du 19 décembre 2022⁴⁷, Orange a informé SFR de ce que la hausse des tarifs de prestations d'énergie à compter du 1^{er} janvier 2023 ne serait pas de 120 % mais de 98%. Puis, par un courriel du 6 février 2023⁴⁸, Orange a informé SFR que cette hausse serait de 87% avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2023.

Par un courrier du 7 février 2023⁴⁹, SFR a indiqué à Orange « *rejet[er] [...] formellement cette hausse du kW forfaitaire* » et l'a informé qu'il contestera et retiendra « *tous les montants relatifs aux prestations de kW forfaitaire sur le périmètre des contrats de dégroupage et d'hébergement au NRO et pour l'ensemble des sociétés contractantes (SFR, DSP 1G)* ».

Par un courrier du 21 avril 2023⁵⁰, Orange a confirmé que « *l'évolution tarifaire des prestations relatives à l'énergie des Offres qui [...] a été notifiée [à SFR] trois mois en amont de son entrée en vigueur reflète strictement l'évolution des coûts supportés par Orange en 2023 au titre de la hausse des tarifs de l'énergie* » et mis en demeure SFR de régler sous quinze jours les montants retenus au titre des factures de janvier, février et mars 2023.

Par courrier du 7 mars 2024⁵¹, SFR a demandé à Orange de faire droit, sous un délai d'un mois, d'« *[a]ppliquer en 2023 et 2024 des tarifs de fourniture d'électricité correspondant à un prix d'approvisionnement du MWh de 107 euros hors taxe, prix qui correspond à celui supporté par SFR sur [SDA]* ». Par un courrier du 28 mars 2024⁵², après avoir relevé l'existence d'un contentieux qui l'opposait à SFR s'agissant des prestations d'énergie pour l'année 2023, Orange a indiqué qu'« *au vu de ces éléments* », il ne pouvait répondre favorablement à la « *demande de baisse des tarifs des prestations d'énergie* » de SFR.

⁴⁵ Saisine de SFR, pièce n°13.

⁴⁶ Saisine de SFR, pièce n°24.

⁴⁷ Saisine de SFR, pièce n°25.

⁴⁸ Saisine de SFR, pièce n°26.

⁴⁹ Saisine de SFR, pièce n°27.

⁵⁰ Saisine de SFR, pièce n°29.

⁵¹ Saisine de SFR, pièce n°19.

⁵² Saisine de SFR, pièce n°20.

Par un courrier du 29 mai 2024⁵³, SFR a constaté qu'Orange refusait de faire droit à sa demande « *sans justifier des raisons pour lesquelles elle considère respecter son obligation d'orienter ses tarifs vers les coûts d'un opérateur efficace* » et a réitéré sa demande en invitant Orange à y faire droit « *intégralement et inconditionnellement [...] sous dix jours* ».

Par courrier du 13 juin 2024⁵⁴, Orange a indiqué que l' « *exigence de faire intégralement et inconditionnellement droit à l'ensemble [des] demandes [de SFR] [...] est irrecevable et inacceptable* » et que « *[l]e seul objectif [du] courrier [de SFR du 29 mai 2024] est de tenter de purger maladroitement la condition de recevabilité d'une éventuelle action [...] en arguant qu'Orange n'a pas souhaité répondre à [sa] demand[e], ce qu'il [lui] est impossible de faire de manière intégrale et inconditionnelle* », au regard notamment de « *l'action qu'[Orange a] engagée devant le Tribunal de commerce sur les tarifs des prestations d'énergie 2023* ».

Il ressort de ces éléments, que SFR a contesté à plusieurs reprises depuis le 25 octobre 2022 la hausse des tarifs de la puissance commandée à compter de l'année 2023 et a demandé à Orange de baisser ces tarifs à deux reprises dans des termes identiques à la demande A3 telle que formulée dans la saisine et qu'Orange a refusé de faire droit à cette demande.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande A3 est avéré.

3.2.2 Sur détermination de la période couverte par le différend

SFR fait valoir que : « *Compte tenu de la date de la première contestation de SFR concernant la Hausse 2023 (soit le 2[5] octobre 2022), laquelle est intervenue dès qu'elle a eu connaissance des tarifs qu'Orange entendait appliquer, la décision de l'Autorité devra donc prendre effet concernant cette Demande à compter du 1er janvier 2023* »⁵⁵.

Orange soutient de son côté que « *la demande A de SFR ne pourra qu'être déclarée irrecevable pour la période allant jusqu'au 7 mars 2024* »⁵⁶.

L'Autorité relève que, par son courrier en date du 25 octobre 2022⁵⁷, SFR conteste la hausse de tarifs annoncée par Orange pour le 1^{er} janvier 2023 en faisant notamment valoir : « *qu'il n'y a aucune base économique qui permette à Orange de justifier une hausse de 120% des coûts de fourniture d'énergie* » et demande en conséquence que la hausse soit limitée dans des proportions conformes aux stipulations du contrat. Si, par son courrier en date du 7 mars 2024, SFR précise sa demande en sollicitant que soit « *appliqu[és] en 2023 et 2024 des tarifs de fourniture d'électricité correspondant à un prix d'approvisionnement du MWh de 107 euros hors taxe* », les termes de son courrier du 25 octobre 2022 étaient déjà dépourvus d'ambiguïté quant à la contestation par SFR de la hausse tarifaire annoncée par Orange pour janvier 2023.

Compte-tenu de ces éléments, l'Autorité estime que la demande de SFR peut être examinée à compter du 1^{er} janvier 2023, le courrier de formalisation du différend sur les tarifs 2023 étant antérieur à cette date.

⁵³ Saisine de SFR, pièce n°22.

⁵⁴ Saisine de SFR, pièce n°21.

⁵⁵ Saisine de SFR, p. 57.

⁵⁶ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs.

⁵⁷ Saisine de SFR, pièce n°13.

3.3 Sur la demande B concernant le tarif de la puissance commandée dans les salles de cohabitation

SFR fait notamment valoir qu'« il n'est pas exigé que des négociations soient intervenues et aient échoué pour que le différend soit formalisé. En effet, un différend est formalisé lorsqu'un opérateur voit ses demandes se heurter à un refus explicite de l'autre opérateur, lequel refuse d'ouvrir toute discussion en rejetant par principe les demandes formulées »⁵⁸. À cet égard, il estime que le refus opposé par Orange à toute discussion et à toute évolution concernant le tarif en litige et ce, en dépit des demandes réitérées de SFR dans ses courriers du 3 septembre 2019, 7 mars et 29 mai 2024, matérialise bien un échec des négociations.

Orange soutient quant à lui que l'échec des négociations n'est pas caractérisé s'agissant de la demande B. À cet égard, il fait notamment valoir, d'une part que la demande de SFR n'a en réalité été formulée pour la première fois que le 7 mars 2024, le courrier du 3 septembre 2019 dont SFR se prévaut n'étant selon Orange qu'une simple demande d'informations concernant les prestations fournies dans les NRA d'Orange et que, d'autre part, le courrier du 29 mai 2024 de SFR constitue un « courrier de mise en demeure qui n'avait pas pour objet d'ouvrir une quelconque discussion »⁵⁹. Orange estime en outre que la demande de SFR a été introduite « de façon totalement opportuniste, et à la suite de la décision du 9 janvier 2024 du juge des référés de condamner SFR à payer les sommes dues au titre des prestations énergies ». Partant, Orange estime que « SFR crée ainsi artificiellement un refus d'Orange sans que de réelles négociations n'aient eu lieu avant la Saisine, ni même qu'une volonté de les discuter ait existé côté SFR »⁶⁰.

L'Autorité rappelle qu'il appartient à la société requérante d'établir qu'elle a engagé, de bonne foi et de manière effective des négociations avec la partie opposée, avant de saisir l'Autorité d'une demande en règlement de différend sur le fondement de l'article L. 36-8 du CPCE.

L'Autorité estime d'abord que le courrier du 3 septembre 2019 de SFR ne constitue pas, contrairement à ce que soutient SFR, une contestation des tarifs de la puissance commandée dans les salles de cohabitation. En effet, ce courrier, intitulé « Caractéristiques infrastructures énergie sur sites NRA Orange » fait directement référence à la prestation « Énergie équipée » et mentionne le tarif de 90 euros par mois facturé par Orange, lequel correspond à la grille tarifaire de 2019 pour la prestation « Énergie équipée ». Par ailleurs, la circonstance soulignée par SFR selon laquelle les éléments sollicités dans ce courrier concernaient également les salles de cohabitation n'est pas de nature à démontrer un lien entre ce courrier et la demande B dès lors que ce courrier traite de la composante « puissance équipée » de ces salles et non de la composante « puissance commandée ». La réponse d'Orange a d'ailleurs concerné « la prestation " Énergie équipée" » et non la prestation « Énergie commandée », objet de la demande B.

Partant, le courrier du 3 septembre 2019 dont l'objectif explicite est « de permettre à SFR de comprendre la prestation » énergie équipée n'est pas de nature à établir une intention de SFR d'inscrire sa demande d'informations dans la perspective d'une contestation des tarifs de puissance commandée des salles de cohabitation.

L'Autorité relève ensuite que SFR n'établit ni même n'allègue avoir eu d'autres échanges sur la prestation d'énergie « puissance commandée » avec Orange préalablement à sa saisine que ceux matérialisés par deux mises en demeure qu'il lui a adressées respectivement en date des 7 mars et

⁵⁸ Observations en réplique n°1 de SFR, p.17.

⁵⁹ Observations en défense n°1 d'Orange, p.10.

⁶⁰ *Ibid.*

29 mai 2024 et auxquelles Orange a répondu par des courriers en date des 28 mars 2024 et 13 juin 2024.

Par un courrier du 7 mars 2024⁶¹, SFR a demandé à Orange, de « *confirmer, dans un délai d'un mois à compter de la réception de la présente, qu'Orange entend faire droit favorablement et de façon inconditionnelle à l'ensemble des demandes suivantes [...] : Appliquer, au titre des 5 années précédant la réception de ce courrier, un tarif du kW dans les Conventions pour l'énergie 230 et 48 volts fournie dans les salles de cohabitation correspondant à celui applicable dans les espaces dédiés⁶², et procéder aux régularisations qui s'imposent* ».

Par un courrier du 28 mars 2024⁶³, Orange a indiqué : « *nous vous confirmons que ces tarifs sont conformes au cadre réglementaire applicable et en particulier de notre obligation tarifaire d'orientation vers les coûts. Nous ne pouvons donc pas répondre favorablement à votre demande* ».

Par un courrier du 29 mai 2024⁶⁴, SFR a constaté qu'Orange refusait de faire droit à sa demande « *sans justifier des raisons pour lesquelles elle considère respecter son obligation d'orienter ses tarifs vers les coûts d'un opérateur efficace* » et a réitéré ses demandes en invitant Orange à y faire droit « *intégralement et inconditionnellement [...] sous dix jours* ».

Par courrier du 13 juin 2024⁶⁵, Orange a souligné le « *caractère contradictoire de [la] posture* » de SFR, en indiquant que l' « *exigence de faire intégralement et inconditionnellement droit à l'ensemble [des] demandes [de SFR] [...] est irrecevable et inacceptable* » et que « *[l]e seul objectif [du] courrier [de SFR du 29 mai 2024] est de tenter de purger maladroitement la condition de recevabilité d'une éventuelle action [...] en arguant qu'Orange n'a pas souhaité répondre à [ses] demandes, ce qu'il [lui] est impossible de faire de manière intégrale et inconditionnelle* », au regard notamment de « *l'action qu'[Orange a] engagée devant le Tribunal de commerce sur les tarifs des prestations d'énergie 2023* ».

Ainsi, l'Autorité relève d'une part que la demande B est formalisée pour la première fois par SFR⁶⁶, par une mise en demeure du 7 mars 2024 laquelle concerne également d'autres demandes pour lesquelles la négociation avec Orange était déjà entamée. De plus, dans cette mise en demeure, SFR a enjoint à Orange de faire « *intégralement et inconditionnellement droit à ces demandes dans [un délai d'un mois à compte de la réception de la présente]* » et précise qu'à défaut SFR constaterait « *le refus d'y donner suite et [se réserverait] d'engager les actions nécessaires pour qu'il y soit fait droit* ».

Dans la seconde mise en demeure, SFR constate le refus d'Orange de faire droit à sa demande et lui indique qu'à défaut d'y répondre favorablement sous dix jours, SFR pourra saisir l'Arcep. Compte-tenu de ces éléments, si SFR fait valoir qu'il propose à l'issue de ces courriers respectivement de « *discuter de ces différents points afin de modifier [les] Conventions* » et d' « *amender [ces] conventions dans le sens de [ses] demandes* »⁶⁷, ces incises n'apparaissent pas, au regard des termes dans lesquels est formulée la demande B, suffisantes pour caractériser la volonté de SFR d'engager, de bonne foi et de manière effective, des négociations avec Orange.

⁶¹ Saisine de SFR, pièce n°19.

⁶² « *Prix correspondant à ceux devant être revus selon les années en cause aux termes des demandes précédentes formulées dans le présent courrier* ».

⁶³ Saisine de SFR, pièce n°20.

⁶⁴ Saisine de SFR, pièce n°22.

⁶⁵ Saisine de SFR, pièce n°21.

⁶⁶ Au demeurant dans le contexte de sa condamnation par le juge des référés du Tribunal de commerce de Paris à payer les sommes dues à Orange au titre des prestations d'énergie.

⁶⁷ Courrier du 7 mars 2024 de SFR : « *Nous sommes naturellement à l'entière disposition de vos équipes pour discuter dans l'intervalle de ces différents points afin de modifier nos Conventions* ».

Courrier du 29 mai 2024 de SFR : « *Nous demeurons dans l'intervalle à la disposition de vos équipes pour amender nos Conventions dans le sens de nos demandes* ».

D'autre part, l'Autorité estime que les courriers en date des 28 mars 2024 et 13 juin 2024 par lesquels Orange estime impossible de faire droit aux demandes de SFR, de manière « *inconditionnelle et intégrale* » ne peuvent, dans ce contexte, être regardés comme un refus susceptible de caractériser un échec des négociations entre les parties préalables à la saisine de l'Arcep.

Compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la portée temporelle de la demande B, l'Autorité estime que la société SFR n'établit pas avoir mené avec Orange des négociations suffisantes concernant l'alignement des tarifs de la puissance commandée des salles de cohabitation sur ceux des espaces dédiés.

Par conséquent, l'Autorité ne peut que constater qu'en l'absence d'échec des négociations, la demande B, qui méconnaît les conditions de l'article L. 36-8 du CPCE, est irrecevable.

3.4 Sur la demande C relative au tarif de la puissance équipée

3.4.1 Sur l'échec des négociations

SFR soutient que la demande est recevable dès lors que l'échec des négociations est caractérisé. Selon lui, Orange a refusé de faire droit à sa demande de modification de paliers minimums de commande de puissance équipée à plusieurs reprises en renvoyant notamment à des échanges ultérieurs. SFR soutient par ailleurs que « *le fait de renvoyer à des échanges en réunion sous l'égide de l'Arcep [...] ne saurait [...] faire obstacle à la caractérisation d'un différend* »⁶⁸ sur la demande C. À cet égard, SFR fait notamment valoir qu'Orange n'a pas fourni « *de visibilité sur [les] propositions [quant à de nouveaux paliers d'énergie] ni [d']engagement sur le fait qu'elles correspondraient aux évolutions sollicitées dans la demande C* »⁶⁹ par SFR.

Orange soutient que la demande C n'est pas recevable « *dans la mesure où Orange n'a jamais refusé [cette] demande [...] à la date de Saisine, puisqu'il était en train de travailler sur ce sujet complexe, qui concerne l'ensemble des opérateurs bénéficiant des prestations d'énergie d'Orange* »⁷⁰.

L'Autorité relève que SFR, après avoir sollicité, par un courrier du 3 septembre 2019⁷¹, des informations générales concernant « *chaque catégori[e] ou typologi[e] de sites, dégroupés par au moins un opérateur alternatif* »⁷², afin de « *comprendre la prestation [d'énergie équipée] qui est fournie par Orange sur les sites NRA* », a demandé à Orange, par un courrier en date du 21 février 2023⁷³, « *de mettre en place une granularité de commande de départs équipés par pas de 0,5 kW, sur l'ensemble des catégories d'Emplacements disponibles dans le cadre des différents contrats d'hébergement (dégroupage ou hébergement NRO)* ».

Par un courrier en date du 7 mars 2024⁷⁴, SFR a demandé à Orange de modifier les paliers minimums de puissance et de procéder en conséquence à une régularisation de la facturation, « *au titre des 5*

⁶⁸ Saisine de SFR, p.30.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Observations en défense n°1 d'Orange p.11.

⁷¹ Saisine de SFR, pièce n°30.

⁷² Cf. saisine de SFR, pièce n°30 : « *SFR demande à Orange de préciser :*

- *Le taux d'équipement moyen en ventilation, en climatisation, en groupe électrogène ;*
- *Le niveau de redondance appliqué en moyenne sur la distribution d'énergie et/ou la climatisation ;*
- *La valeur de la puissance électrique globale moyenne des sites NRA ;*
- *Le nombre de départs énergie (0,15, 1 ou 2 kW) réalisés en moyenne. »*

⁷³ Saisine de SFR, pièce n°33.

⁷⁴ Saisine de SFR, pièce n°19.

années précédant la réception du présent courrier », en appliquant un tarif basé sur la puissance commandée déclarée par SFR pour l'emplacement en cause.

Le 8 mars 2024, SFR a réitéré sa demande⁷⁵ dans le cadre d'échanges en multilatérale à l'occasion desquels Orange a indiqué qu'il « *étudiera la faisabilité d'une telle prestation avant la prochaine multilatérale et offrira une solution dans les prochains 6 mois* »⁷⁶.

Par un courrier en date du 28 mars 2024⁷⁷, Orange a indiqué à SFR que « *concernant votre demande de modification des paliers minimums de puissance, nous vous rappelons que ce sujet a été abordé lors de la multilatérale « hébergement NRO » qui s'est tenue sous l'égide de l'ARCEP le 8 mars 2024. Ce sujet va faire l'objet d'une instruction par nos équipes afin d'en vérifier la faisabilité et ses conséquences notamment afin d'éviter toute fraude à venir des opérateurs. Nous vous ferons part ainsi qu'à la communauté des opérateurs des évolutions éventuelles à venir* ».

Par un courrier en date du 29 mai 2024⁷⁸, SFR a d'une part, constaté le refus d'Orange de faire droit à sa demande « *au prétexte que le sujet i) aurait été abordé lors de la multilatérale « hébergement NRO » qui s'est tenue sous l'égide de l'ARCEP le 8 mars 2024 et ii) ferait l'objet d'une instruction par ses équipes dans ce cadre afin de pouvoir informer SFR et « la communauté des opérateurs des évolutions éventuelles à venir* » », et d'autre part, réitéré sa demande.

Cette demande a également été reprise par SFR dans le cadre d'une multilatérale du 31 mai 2024⁷⁹ à l'occasion de laquelle Orange a « *propos[é] aux opérateurs de changer la définition des volumes pour faire disparaître les départs d'énergie équipée à 2 kW et à 1kW et les remplacer par des volumes à 0,5 kW* ». À cet égard, les services de l'Arcep ont demandé à Orange d'une part, que cette solution soit explorée et fasse l'objet d'une proposition lors de la prochaine multilatérale HNRO et que si des difficultés sont identifiées, elles soient remontées en amont aux services de l'Arcep, et d'autre part, de fournir une note pédagogique expliquant la construction du tarif de la « *puissance équipée* » avant la fin du mois de juin 2024⁸⁰.

Par un courrier en date du 13 juin 2024⁸¹, Orange a rappelé que « *ce sujet a été abordé lors des multilatérales « hébergement NRO » qui se sont tenues sous l'égide de l'Arcep le 8 mars 2024 et le 31 mai 2024 auxquelles SFR a participé* » et qu'il « *s'est engag[é] lors de la dernière multilatérale, d'une part, à fournir une note explicative sur le tarif de l'équipé, et d'autre part, à proposer de revenir vers la communauté des opérateurs avec des propositions sur les demandes de nouveaux paliers d'énergie lors de la multilatérale du 27 septembre 2024* ».

À titre liminaire, l'Autorité estime que la tenue de discussions en réunion multilatérale organisée sous l'égide de l'Arcep ne saurait en tant que telle faire obstacle à la possibilité qui est offerte par l'article L. 36-8 du CPCE aux opérateurs de communications électroniques de saisir l'Autorité d'une demande de règlement de différend et, par voie de conséquence, à l'examen, en l'espèce, de la recevabilité de la demande de règlement de différend de SFR.

En l'espèce, alors que SFR a demandé, de façon réitérée et non équivoque à Orange, depuis le 21 février 2023, la modification des paliers de puissance équipée dans des termes quasiment

⁷⁵ Saisine de SFR, pièce n°34.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Saisine de SFR, pièce n°20.

⁷⁸ Saisine de SFR, pièce n°22.

⁷⁹ Observations en réplique n°4 de SFR, pièce n°79.

⁸⁰ Observations en réplique n°4 de SFR, pièce n°79.

⁸¹ Saisine de SFR, pièce n°21.

identiques à sa demande telle que formulée dans la saisine, l’Autorité relève qu’Orange n’y a pas répondu ou a renvoyé à des échanges ultérieurs.

Au soutien de l’absence de formalisation du différend, Orange fait valoir qu’ « *il ne s’agit [...] pas pour [lui] de ne pas poursuivre de discussions ou même de rejeter la demande de SFR mais bien de trouver une solution qui soit réalisable dans le cadre des contrats d’accès avec tous les opérateurs concernés* »⁸². Orange fait notamment valoir qu’ « *il a instruit la demande de façon précise et a relevé un certain nombre de problématiques à résoudre avant de pouvoir faire une proposition opérationnelle aux opérateurs (ajout d’un nouveau seuil à 0,5 kW ou remplacement des seuils existants, impact sur les opérateurs, faisabilité technique, faisabilité SI...)* » et soutient également que « *afin de vérifier la faisabilité technique d’une telle demande, Orange a mené une campagne d’audits de sites pour analyser ce qui était réellement consommé par rapport à ce qui était commandé (système fondé sur le déclaratif)* »⁸³.

Or, l’Autorité constate qu’alors que près de 18 mois se sont écoulés depuis la première contestation formelle de SFR, il ne résulte pas de l’instruction que les négociations aient progressé entre les parties à la date de la saisine. En particulier, il ne ressort pas des pièces du dossier que les annonces d’Orange dans le cadre de la multilatérale « hébergement NRO » en date du 8 mars 2024⁸⁴ auraient été suivies d’effet s’agissant de la réalisation d’une étude de la « faisabilité » d’une « *prestation de départ énergie équipée à 0,5 kW [...] pour tous les types d’espaces* ».

Si Orange soutient qu’il a « *relevé un certain nombre de problématiques à résoudre avant de pouvoir faire une proposition opérationnelle aux opérateurs* »⁸⁵, il n’établit ni n’allègue que de telles problématiques l’auraient placé dans l’impossibilité de faire une proposition concrète à SFR ou du moins d’informer ce dernier sur l’avancement de ses travaux. En outre, Orange ne démontre pas que les résultats de la « *campagne d’audit de sites pour analyser ce qui était réellement consommé par rapport à ce qui était demandé* »⁸⁶ constituaient un prérequis indispensable pour y répondre.

Dans ces conditions, et compte tenu de l’ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l’Autorité considère que l’échec des négociations sur la demande C est avéré.

3.4.2 Sur la détermination de la période couverte par le différend

SFR « *demande à ce que la décision de l’ARCEP prenne effet à une date débutant deux ans avant le dépôt de la Saisine* »⁸⁷. Il fait notamment valoir que le « *courrier [...] du 3 septembre 2019 stigmatisait également les paliers minimums de puissance appliqués par Orange au titre de la puissance équipée* » et que SFR « *critiquait de nouveau ces paliers de puissance dans ses courriers des 17 novembre 2022 puis 21 février 2023* »⁸⁸.

Orange estime de son côté que « *si l’Autorité devait répondre favorablement à une rétroactivité, elle ne pourrait prendre effet avant le 7 mars 2024* »⁸⁹.

⁸² Observations en défense n° 2 d’Orange, p.15.

⁸³ Cf. réponse d’Orange au questionnaire des rapporteurs, p.5.

⁸⁴ Saisine de SFR, pièce n°34.

⁸⁵ Cf. réponse d’Orange au questionnaire des rapporteurs, p.5.

⁸⁶ *Ibid*

⁸⁷ Observations en réplique n°1 de SFR, p.19.

⁸⁸ Observations en réplique n°1 de SFR, p.20.

⁸⁹ Observations en défense n°1 d’Orange, p.12.

L'Autorité relève **d'abord** que le courrier du 3 septembre 2019 se borne à solliciter des informations relatives aux tarifs de la prestation équipée, sans qu'aucune demande ne soit formulée concernant les paliers de tarifs et sans même qu'ils ne soient expressément critiqués.

L'Autorité relève **ensuite** que par son courrier en date du 17 novembre 2022 intitulé « Résiliation de départs énergie 48 V » SFR a contesté le rejet par le Frontale Commande Intégrée d'Orange « FCI » des commandes de résiliation de départ d'énergie de 0,1 kW dans les Espaces Restreints et a demandé à Orange de « *faire en sorte que le FCI autorise les commandes de résiliation d'une prestation d'infrastructure quelle que soit son ancienneté dans le cas où plusieurs prestations de même nature ont été installées au fil du temps dans un espace donné* ». L'Autorité estime que cette demande dont Orange établit, sans être contesté au demeurant par SFR, qu'il y a fait droit⁹⁰, porte sur un objet différent de la demande B telle que formulée par SFR dans sa saisine.

En conséquence, l'Autorité considère que la demande formulée par SFR dans son courrier en date du 21 février 2023⁹¹, « *de mettre en place une granularité de commande de départs équipés par pas de 0,5 kW* » porte sur un objet identique et dans des termes quasi-identiques à ceux de la saisine.

Il apparaît au regard des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que la demande C ne peut être examinée, qu'en tant qu'elle porte sur une période débutant le 21 février 2023, date à laquelle SFR a formellement élevé sa contestation.

4 Rappel du cadre juridique applicable

Dans le cadre de la régulation asymétrique et du processus d'analyse des marchés, l'Autorité impose des obligations spécifiques aux opérateurs qu'elle considère comme puissants sur ces marchés, afin notamment de permettre le développement d'une concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs.

En application du cadre juridique relatif aux analyses de marché⁹², l'Autorité estime, depuis plusieurs cycles d'analyses de marchés, qu'Orange exerce une influence significative notamment sur :

- le marché de la fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de boucle locale et de collecte⁹³, et ;
- le marché de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée⁹⁴.

À ce titre, l'Autorité impose des obligations à Orange⁹⁵.

⁹⁰ Cf. réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, p.2.

⁹¹ Saisine de SFR, pièce n°33.

⁹² Cf. notamment articles L. 37-1, L.38 du CPCE, D.310 et D.308 du CPCE.

⁹³ Article 2 de la décision n° 2023-2801. Voir également les décisions n° 2017-1348 et n° 2020-1445.

⁹⁴ Article 2 de la décision n° 2023-2802. Voir également les décisions n° 2017-1348 et n° 2020-1446.

⁹⁵ Pour rappel, aux termes de l'article L. 38 du CPCE :

« 1. – Les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques peuvent se voir imposer, en matière d'interconnexion et d'accès, une ou plusieurs des obligations suivantes, proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 : [...]

4° Respecter des obligations tarifaires, notamment ne pas pratiquer des tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants ;

5° Isoler sur le plan comptable certaines activités en matière d'interconnexion ou d'accès, ou tenir une comptabilité des services et des activités qui permette, y compris sur les marchés de détail associés à un marché de gros sur lequel l'opérateur

En particulier, dans le cadre du 7^e cycle d'analyse de marchés, **l'article 44 de la décision n° 2023-2802** prévoit qu' « *Orange offre les prestations relatives aux offres de gros d'accès à la boucle locale de cuivre et à la sous-boucle de cuivre, ainsi que les ressources et services associés, à des tarifs reflétant les coûts correspondants, en respectant en particulier les principes et objectifs d'efficacité, de non-discrimination et de concurrence effective et loyale [...]* ».

Les motifs de la décision précisent à cet égard que : « [a]fin que les opérateurs tiers soient en mesure de pouvoir commander effectivement des accès dégroupés à la boucle locale de cuivre ou à la sous-boucle de cuivre, il est nécessaire qu'ils puissent installer leurs équipements actifs en bout de ligne. [...] À ce titre, il convient qu'Orange propose, pour l'accès à la boucle locale de cuivre, un certain nombre de ressources et services associés, pour permettre [...] l'hébergement des équipements actifs des opérateurs tiers au sein des NRA, sous forme d'une offre de cohabitation physique »⁹⁶. Cette même décision précise que : « *Orange propose aujourd'hui l'accès aux ressources et services associés suivants dans son offre de référence d'accès à la boucle locale de cuivre ou dans son offre d'hébergement au sein de locaux d'Orange pour l'exploitation des boucles locales en fibre optique (prestations équivalentes) : - fourniture d'emplacements pour l'installation des équipements actifs ; (...) ; - fourniture d'énergie ; - fourniture de climatisation ou de ventilation (...) l'ensemble de ces prestations d'accès est indispensable pour permettre l'hébergement des équipements actifs au sein des NRA d'Orange, leur alimentation électrique et leur raccordement* »⁹⁷.

L'article 25 de la décision de l'Arcep n° 2023-2801 prévoit qu' « *Orange offre les prestations relatives aux offres de gros d'accès aux ressources et services associés à la fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de boucles locales et de collecte portant sur l'hébergement d'équipements passifs et actifs de boucle locale et sur le raccordement des équipements au réseau à des tarifs reflétant les coûts correspondants, en respectant en particulier les principes et objectifs d'efficacité, de non-discrimination et de concurrence effective et loyale* ».

Les décisions n° 2023-2801 et n° 2023-2802 précisent notamment que « *les coûts pris en compte doivent correspondre à ceux encourus par un opérateur efficace ; à cet égard, les coûts exposés par l'opérateur seront comparés, dans la mesure du possible et au moins sur la base des tarifs correspondants, à ceux d'autres opérateurs fournissant des prestations comparables. Des modélisations peuvent également être développées* »⁹⁸.

Afin de vérifier le respect de ces obligations tarifaires, l'Autorité a, en application du 5° du I de l'article L. 38 du CPCE, imposé à Orange une obligation de comptabilisation des coûts⁹⁹ dont les modalités de mise en œuvre ont été précisées par la décision n° 2006-1007 de l'Autorité en date du 7 décembre 2006 susvisée.

est réputé exercer une influence significative, de vérifier le respect des obligations imposées au titre du présent article ; le respect de ces prescriptions est vérifié, aux frais de l'opérateur, par un organisme indépendant désigné par l'autorité ; ».

⁹⁶ Décision n° 2023-2802, p.105.

⁹⁷ Décision n° 2023-2802, p.106.

⁹⁸ Voir section 5.6.2 de la décision n°2023-2801 et section 4.6.3.a) de la décision n° 2023-2802.

⁹⁹ L'article 50 de la décision n° 2023-2802 dispose qu' « *Orange est soumis à une obligation de comptabilisation des coûts des prestations d'accès concernant la fourniture en gros d'accès local en position déterminée et aux ressources et services qui y sont associés* ».

L'article 27 de la décision n° 2023-2801 prévoit également qu' « *Orange est soumis à une obligation de comptabilisation des coûts des prestations d'accès concernant la fourniture en gros d'accès au génie civil pour le déploiement de réseaux de boucles locales et de collecte et aux ressources et services qui y sont associés.* ».

4.1 Sur la demande de diminution des tarifs de la composante « puissance commandée » sur la période 2023-2024

4.1.1 Rappel de la demande (A3)

SFR demande à l'Arcep d'enjoindre à Orange d'« [a]ppliquer en 2023 et 2024 des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) correspondant à un prix d'approvisionnement du MWh de 107 euros hors taxe maximum, et procéder aux régularisations qui s'imposent. »¹⁰⁰.

4.1.2 Sur le fond

SFR soutient que les tarifs de la puissance commandée d'Orange ne correspondent pas aux coûts d'approvisionnement d'un opérateur efficace, ce qui conduirait Orange à méconnaître son obligation d'orientation des tarifs vers les coûts concernant la prestation de fourniture d'énergie. À cet égard, SFR fait notamment valoir que l'inefficacité du prix d'achat d'Orange serait mise en évidence, d'une part, au regard du prix d'approvisionnement de SFR « près de [SDA] fois inférieur à celui acquitté » par Orange en [SDA] et, d'autre part, au regard des prix d'approvisionnement obtenus par Orange hors de France. SFR fait également valoir que la politique d'achat d'Orange serait inefficace.

Orange fait valoir de son côté que « la soi-disant inefficacité d'Orange ne peut être décrétée sur la base d'une seule comparaison avec le prix au MWh qu'aurait obtenu SFR pour [SDA] »¹⁰¹. Il estime par ailleurs que : « La situation particulièrement critique du parc nucléaire français a eu pour effet d'amplifier la crise de 2022 par rapport aux autres pays européens »¹⁰². Il fait également valoir que : « Dans un contexte exceptionnel marqué par une flambée du prix de l'électricité, Orange a adopté une stratégie d'achat prudente, qui relève du comportement d'un acteur efficace »¹⁰³.

L'Autorité estime que, lorsqu'elle est saisie d'un règlement de différend relatif aux conditions tarifaires d'une prestation régulée, il appartient au requérant qui allègue que les coûts pris en compte dans la détermination des tarifs ne correspondent pas à ceux encourus par un opérateur efficace, sinon de le démontrer, à tout le moins d'apporter à l'Autorité des éléments de nature à mettre en doute le caractère efficace de cet opérateur.

Comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris, l'Autorité doit « exercer sa mission au regard des objectifs de la régulation [...] définis à l'article L. 32-1 du CPCE, en se fondant, au-delà de la situation particulière d'un opérateur, [...] sur des conditions touchant à l'ordre public économique »¹⁰⁴. La Cour a également précisé qu'il revient « à une entreprise qui souhaite que les conditions techniques et tarifaires soient appréciées en équité de se prévaloir d'éléments précis de nature à établir le bien-fondé de ses prétentions [...] »¹⁰⁵.

À titre liminaire, l'Autorité relève que l'approvisionnement d'Orange est réalisé de manière globale, non seulement pour l'hébergement d'opérateurs tiers mais aussi, et même essentiellement, pour ses besoins internes liés à son activité de détail. Si l'affirmation d'Orange durant l'audience selon laquelle [SDA]% de ses approvisionnements en électricité correspondent à de l'autoconsommation n'est pas étayée, il n'en demeure pas moins que, au regard des données chiffrées produites par SFR, les volumes d'énergie correspondant à la prestation d'énergie commandée en cause dans le présent règlement de

¹⁰⁰ Saisine de SFR, p.65.

¹⁰¹ Observations en défense n°1 d'Orange, p.31.

¹⁰² Observations en défense n°1 d'Orange, p.32.

¹⁰³ Observations en défense n°1 d'Orange, p.16.

¹⁰⁴ Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, *Mobius contre LRN*, n° 2010/16143.

¹⁰⁵ *Ibid.*

différend ne représentent qu'une part très faible du volume total d'approvisionnements en électricité d'Orange. Au vu des données produites par SFR, les besoins de SFR dans le cadre de la prestation d'énergie commandée représenteraient une part de l'ordre de [SDA]% du volume total d'approvisionnements en électricité d'Orange. Partant, l'Autorité partage l'appréciation du cabinet Compass Lexecon citée par Orange selon laquelle ce dernier est incité « à *minimiser ses coûts afin d'optimiser sa compétitivité et maximiser ses volumes d'activités* »¹⁰⁶, même si l'appréciation de l'efficacité ne saurait se limiter à cet élément.

Ensuite, l'Autorité entend rappeler que les décisions d'analyse de marché précitées prévoient que, pour l'appréciation de l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts, « *les coûts pris en compte sont ceux encourus par un opérateur efficace* ». Il découle de ce principe que l'opérateur puissant soumis à une obligation d'orientation de ses tarifs vers les coûts ne saurait faire supporter à ses opérateurs clients des coûts induits ou excessifs. À cet égard, l'Autorité a précisé dans ses décisions n° 2023-2801 et 2023-2802 susvisées que les coûts exposés par l'opérateur sont comparés « *dans la mesure du possible et au moins sur la base des tarifs correspondants, à ceux d'autres opérateurs fournissant des prestations comparables* »¹⁰⁷.

Partant, l'Autorité estime qu'il convient d'examiner les éléments apportés par SFR afin d'apprécier s'ils sont de nature à mettre en doute que les coûts pris en compte par Orange sont ceux encourus par un opérateur efficace.

En premier lieu, SFR estime que l'inefficacité des tarifs d'achat d'énergie d'Orange est mise en évidence, d'une part, au regard du prix d'achat d'électricité obtenu par SFR pour 2023 « *en valeur absolue, près de [SDA] fois inférieur à celui acquitté par [Orange]* »¹⁰⁸ et, d'autre part, compte tenu des conditions d'approvisionnement obtenues respectivement par [SDA] et par Orange hors de France.

Concernant la comparaison avec les coûts d'approvisionnement de SFR, SFR soutient qu'« *Orange devra se voir imposer de pratiquer, en 2023 et en 2024, des tarifs de fourniture d'électricité (i.e. du kW commandé) correspondant à un prix d'approvisionnement du MWh maximum de 107 €* »¹⁰⁹ dès lors que « *SFR, qui est un opérateur de taille bien inférieure à Orange et qui bénéficie donc, en théorie de conditions d'achat bien moins favorables, a payé son approvisionnement en électricité à un montant de [...] [SDA]* »¹¹⁰ et que « *les coûts efficaces d'achat d'énergie doivent correspondre au meilleur prix disponible sur le marché pour Orange* »¹¹¹.

Orange considère que « *le prix moyen facturé de [SDA] €/MWh auquel SFR s'est acquitté au cours des [SDA] ne peut en aucune manière constituer une référence acceptable pour un opérateur de la taille d'Orange s'agissant de l'achat d'électricité pour couvrir ses besoins en 2023 et 2024* »¹¹².

L'Autorité estime que la comparaison des coûts d'approvisionnement d'Orange avec ceux de SFR est susceptible de constituer un indice pertinent pour apprécier *prima facie* le caractère efficace des approvisionnements d'Orange.

Toutefois, l'Autorité relève tout d'abord que la circonstance que SFR ait obtenu, pour [SDA], un prix d'achat du MWh de [SDA] €/MWh¹¹³ pour la fourniture d'énergie, à supposer même que ce prix

¹⁰⁶ Observations en défense n°2 d'Orange, pièce n°5.

¹⁰⁷ Cf. section 5.6.2 de la décision n° 2023-2801 et section 4.6.3.a) en de la décision n° 2023-2802.

¹⁰⁸ Saisine de SFR, p. 50.

¹⁰⁹ Saisine de SFR, p. 57.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Saisine de SFR, p. 50.

¹¹² Observations en défense n°1 d'Orange, p. 33.

¹¹³ De plus, la comparabilité des coûts d'une prestation entre deux opérateurs suppose que les périodes retenues pour la comparaison soient identiques ; à cet égard, l'Autorité constate que SFR entend comparer le prix moyen

d'approvisionnement soit le meilleur disponible sur le marché, ne justifie pas d'imposer à Orange de pratiquer des tarifs d'énergie, pour 2023 et *a fortiori* pour 2024, « *correspondant à un prix d'approvisionnement du MWh maximum de 107 €* ». En effet, une telle interprétation reviendrait à imposer à Orange, pour que ses coûts soient reconnus comme ceux encourus par un opérateur efficace, que sa stratégie d'approvisionnement se révèle systématiquement et pour chaque période considérée celle donnant les meilleurs résultats par rapport aux stratégies retenues par chacun des autres opérateurs. En conséquence, l'Autorité estime que le montant de 107 €/MWh ne saurait constituer une référence absolue d'efficacité s'imposant à Orange.

L'Autorité estime ensuite que, compte tenu de la forte volatilité des prix de l'électricité sur la période considérée et des fortes incertitudes qui l'ont marquée, les coûts d'approvisionnement obtenus par un unique opérateur pour une année *n* sur le marché de la fourniture d'énergie ne peuvent servir à eux seuls de référence à l'aune de laquelle est appréciée l'efficacité de l'opérateur soumis à une obligation d'orientation des tarifs vers les coûts, régulé au titre des analyses de marché précitées. En conséquence, l'Autorité considère que, s'il existe pour l'année 2023 un écart important entre les coûts d'approvisionnements en énergie de SFR et ceux d'Orange, cette circonstance ne permet pas à elle seule de conclure *ipso facto* à l'inefficacité d'Orange.

L'Autorité relève enfin que les autres éléments de comparaison proposés par SFR ne permettent pas d'étayer le postulat de l'inefficacité de la politique d'achat d'Orange.

En effet, SFR fait valoir que pour ses propres besoins, [SDA] aurait bénéficié, contrairement à Orange, d'une baisse de ses coûts d'approvisionnement en énergie entre 2022 et 2023¹¹⁴. Néanmoins, l'Autorité relève que SFR n'apporte aucun élément permettant de justifier ni de la réalité de cette baisse¹¹⁵ ni des coûts auxquels cette baisse s'appliquerait, ni même du périmètre d'activités dont il est question.

SFR fait également valoir que : « *alors que (i) Orange achète des quantités d'électricité bien plus élevées pour la France que pour les autres pays dans lesquels elle opère et que (ii) la crise énergétique qui motiverait la hausse subie par Orange en France frappe toute l'Europe, Orange a su maintenir des coûts d'achat d'électricité comparables hors de France entre 2022 et 2023* »¹¹⁶. Au soutien de son argument, SFR s'appuie sur un comparatif de l'évolution des prix de gros mensuels moyens d'électricité dans certains pays de l'Union Européenne¹¹⁷.

L'Autorité relève toutefois que les prix d'électricité dans les autres pays de l'Union européenne dont SFR se prévaut concernent la prestation de fourniture d'énergie sur le marché spot, laquelle n'est pas comparable avec la prestation de fourniture d'énergie sur le marché à terme sur lequel Orange se fournit. L'Autorité estime donc que cette comparaison dont SFR se prévaut n'est pas pertinente pour justifier, en l'espèce, du bien-fondé de sa demande.

L'Autorité relève en outre que les graphiques produits par chacune des parties sur l'évolution des prix de gros d'électricité sur les marchés à terme dans certains pays européens, indiquent, contrairement à ce que soutient SFR, que les prix d'achat en 2022 à terme pour une livraison en 2023 en France étaient supérieurs à ceux observés dans les autres pays européens. En effet, il ressort des graphiques produits par Orange dans ses premières et deuxièmes observations en défense qu'en septembre 2022,

d'approvisionnement de [SDA]€/MWh qu'il a obtenu sur [SDA] avec le prix d'approvisionnement moyen obtenu par Orange années 2023 et 2024, soit des périodes sensiblement différentes.

¹¹⁴ Observations en réplique n°3 de SFR, p.5 et 6.

¹¹⁵ À cet égard, la circonstance que [SDA] ait prétendu, dans le cadre d'un contentieux l'opposant à Orange sur les tarifs de la prestation de fourniture d'énergie, bénéficier d'une telle baisse n'est pas suffisante pour s'assurer de la réalité de ladite baisse (observations en réplique n° 2 de SFR, pièce n° 51, p. 6).

¹¹⁶ Saisine de SFR, p.53.

¹¹⁷ *Ibid.*

le prix en France était de plus de 1 000 €/MWh soit un niveau supérieur à ceux en Allemagne, Italie, Pologne, Espagne et Scandinavie (respectivement de l'ordre de 980 €/MWh, 600 €/MWh, 400 €/MWh, 380 €/MWh et 280 €/MWh). De même, le graphique produit par SFR dans ses observations en réplique n°1 indique que sur l'ensemble de l'année 2022, les prix en France étaient supérieurs à ceux observés au Luxembourg, en Roumanie, en Belgique et en Slovaquie, pour atteindre en août 2022, plus de 1 100 €/MWh alors que les prix dans les autres pays européens étaient inférieurs à 800 €/MWh à l'exception de la Roumanie qui affichait un prix de l'ordre de 980 €/MWh.

L'Autorité relève enfin que le rapport de la CRE sur le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel en 2022 en France confirme ce constat : « *Les marchés à terme ont été fortement touchés par la crise énergétique en 2022. Les prix à terme pour livraison 2023 et particulièrement ceux pour livraison pendant l'hiver 2022-2023 ont connu une hausse exceptionnelle, dépassant largement les niveaux observés dans les autres pays européens* »¹¹⁸.

Ainsi, l'Autorité considère que les seuls éléments de comparaison apportés par SFR ne suffisent pas à établir le caractère inefficace des approvisionnements d'Orange.

En deuxième lieu, SFR fait valoir que la politique d'achat d'Orange pour 2023 aurait été inefficace.

SFR formule plus particulièrement deux critiques. D'une part, il reproche à Orange d'avoir concentré ses achats en énergie principalement sur l'année N-1 pour couvrir les besoins de l'année N, plutôt que d'anticiper sur les années N-2 ou N-3. À cet égard, SFR fait valoir, que « *les contrats négociés par Orange ne lui permettent pas d'acheter des volumes sur une maturité plus longue, pour des livraisons en N+2 ou N+3 par exemple* » et que « *le fait d'acheter uniquement d'une année sur l'autre est particulièrement inefficace et risqué* »¹¹⁹. D'autre part, SFR fait également valoir qu'Orange aurait « *poursuivi sa stratégie attentiste et risquée en réalisant des prises de position tout au long de l'année* »¹²⁰ alors que les prix sur le marché à terme continuaient à augmenter. SFR estime à cet égard qu'Orange aurait dû mettre en place une véritable politique de « *stop loss* », qui suppose de définir un prix plafond et/ou un budget maximal plutôt que de revoir son budget à chaque achat de bloc.

Par ailleurs, SFR fait valoir que « *l'inefficacité de la politique d'achat d'Orange ressort de plus fort d'une autre comparaison : celle avec un opérateur théorique qui n'aurait eu aucune stratégie et qui aurait acheté tous les jours en 2021 et 2022 – quelle que soit la cotation – une partie de son besoin sur le marché à terme pour couvrir ses volumes en 2023.* ». De tels achats auraient conduit, selon SFR, à un prix moyen d'achat de « *de 186 € HT /MWh contre [SDA] € /MWh pour Orange* »¹²¹.

De son côté, Orange « *conteste la démarche qui consiste à analyser les faits a posteriori à la lumière des événements qui se sont déroulés, parfaitement imprévisibles* »¹²². Il estime que, à suivre le raisonnement proposé par SFR, « *les coûts d'un opérateur efficace devraient refléter les coûts qui résulteraient de la stratégie qui s'avère a posteriori la meilleure* »¹²³ et qu'« *[u]ne telle définition n'est pas acceptable, en particulier s'agissant d'une activité qui comporte une dimension importante d'incertitude et d'aléas, comme l'approvisionnement en électricité [...]* »¹²⁴.

Ensuite, concernant l'absence de clics en 2021, Orange fait notamment valoir que « *le parti pris d'une entreprise, sur la base d'une analyse de fondamentaux, de ne pas procéder à des ordres à une période*

¹¹⁸ Observations en défense n°1 d'Orange, pièce n°9, p. 89.

¹¹⁹ Observations en réplique n°1 de SFR, p.43.

¹²⁰ Observations en réplique n°2 de SFR, p.6.

¹²¹ Observations en réplique n°2 de SFR, p.34.

¹²² Observations en défense n°3 d'Orange, p.29.

¹²³ Observations en défense n°3 d'Orange, p.20.

¹²⁴ *Ibid.*

donnée, ne peut permettre de démontrer à SFR l'inefficacité de la stratégie d'Orange »¹²⁵. Concernant la stratégie de « stop loss » de SFR, Orange fait valoir que : « dans la majorité des simulations, [...] l'espérance de prix d'achat moyen associée à la stratégie de clics lissée d'Orange, était potentiellement meilleure que celle de la stratégie de SFR [...] » et aboutissait à « un prix d'achat inférieur à celui auquel SFR a réalisé son unique clic »¹²⁶.

Enfin, Orange estime que la comparaison de la politique d'achat d'Orange avec celle d'un opérateur théorique n'ayant adopté aucune stratégie « revient à nier l'incertitude qui entoure les évolutions de marché et à se placer dans une logique d'environnement déterministe »¹²⁷.

L'Autorité relève d'abord que la critique de SFR s'appuie sur une analyse rétrospective des stratégies respectivement adoptées par SFR et Orange. Autrement dit, SFR propose d'apprécier, au regard du scénario de l'évolution des prix de l'énergie sur le marché à terme tel qu'il s'est effectivement déroulé, la pertinence des choix retenus par Orange à un moment où, entre mi-2021 et mi-2023, les hypothèses d'évolution des prix étaient multiples et leur réalisation, compte-tenu du contexte exceptionnel sur cette période, imprévisible. À cet égard, l'Autorité considère en l'espèce, notamment au regard de la période exceptionnelle marquée par la volatilité des prix comme en conviennent les deux parties, qu'une comparaison ponctuelle des stratégies d'approvisionnement des acteurs sur le marché de l'énergie en se fondant sur des données constatées *ex post* dont ils ne disposaient, par définition, pas au moment d'élaborer et de mettre en œuvre leur stratégie, ne permet pas d'apprécier le caractère efficace d'une politique d'achat.

L'Autorité relève ensuite que SFR ne démontre pas qu'appréciés à la date à laquelle ils ont été effectués, les choix retenus par Orange pour son approvisionnement révéleraient l'inefficacité de sa stratégie.

En effet, d'une part, l'Autorité relève qu'à supposer qu'une stratégie d'achat antérieure à l'année *N-1* se soit *a posteriori* révélée plus efficace pour obtenir des coûts d'approvisionnement plus bas en 2023, SFR n'établit pas ni en quoi cette stratégie serait systématiquement plus efficace ni, le cas échéant, comment Orange aurait pu anticiper que cette stratégie se révélerait plus efficace pour l'approvisionnement 2023. En effet, si SFR fait valoir que « de nombreux éléments laissent entendre au second semestre 2021 que les tarifs d'électricité pourraient augmenter encore en 2022 », l'Autorité relève pourtant qu'il existait en 2021 sur les marchés de l'énergie des anticipations à la baisse pour 2022 – tel que le présente Orange dans ses écritures s'agissant des prix *forward* du gaz en France¹²⁸. L'Autorité relève également que ces éléments n'ont en tout état de cause pas conduit SFR à adopter une stratégie d'approvisionnement sensiblement différente de celle d'Orange puisqu'à date de février 2022 SFR n'était pas davantage avancé qu'Orange dans la couverture de ses besoins à terme pour 2023 : à cette date, tant SFR qu'Orange avaient couvert une part identique de leurs besoins, soit [SDA] %.

D'autre part, l'Autorité estime qu'à supposer qu'Orange n'ait pas mis en place de stratégie de « stop loss », SFR n'établit pas que, au regard des informations disponibles au moment où Orange a effectué ses choix, l'adoption d'une autre stratégie que celle d'un « stop loss » aurait été constitutive d'une inefficacité.

Enfin, s'agissant de la comparaison opérée par SFR entre la politique d'achat d'Orange et celle d'un opérateur théorique n'ayant adopté sur la période 2021-2022 aucune stratégie, l'Autorité relève que SFR ne démontre pas en quoi le choix de cette période 2021-2022 pour simuler les achats de

¹²⁵ Observations en défense n°3 d'Orange, p.24.

¹²⁶ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, pièce n° 5, p.16.

¹²⁷ Observations en défense n°3 d'Orange, p.28.

¹²⁸ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, pièce n° 5, p.11.

l'opérateur théorique serait davantage justifié que d'autres périodes temporelles incluses dans l'intervalle [N-3 ; N-1] mis en avant par SFR lui-même dans ses écritures, telles que la période 2020-2022 ou la seule année 2022. Or les données de prix de marché fournies par SFR démontrent que le résultat de la comparaison en dépend¹²⁹. Outre ce caractère arbitraire de la période de comparaison mise en avant par SFR, l'Autorité considère que la référence à cet opérateur théorique faisant abstraction des circonstances particulières de marché sur la période et n'adaptant en aucun cas son rythme d'approvisionnement, ne peut offrir un point de comparaison valable avec l'action des acteurs du marché étant donné le constat d'incertitude de marché partagé par SFR et Orange. Au vu de ces éléments, l'Autorité considère que l'argumentation de SFR fondée sur la stratégie d'un opérateur théorique est inopérante, en l'espèce, quant à la question du caractère efficace ou non de la stratégie d'approvisionnement en électricité d'Orange.

Il résulte de ce qui précède que SFR n'apporte donc pas d'élément permettant de justifier que la stratégie d'achat d'électricité d'Orange pour ses besoins 2023 aurait été inefficace.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la demande de SFR tendant à obtenir la diminution des tarifs de la composante « puissance commandée » sur la période 2023-2024 n'apparaît pas justifiée et doit, à ce titre, être rejetée.

5 Sur la demande de modification des paliers de commande de puissance équipée

5.1 Rappel de la demande (C)

Selon SFR, cette demande « *vise, en substance, à ce qu'il soit enjoint à Orange (i) de permettre à SFR de baisser, sans frais ni pénalités, la puissance équipée minimale par emplacement / espace à 0,5 kW et (ii) d'ajuster en conséquence le prix de l'abonnement mensuel pratiqué à due concurrence* »¹³⁰.

5.2 Sur le fond

5.2.1 S'agissant de la demande de baisse de la puissance équipée minimale par emplacement à 0,5 kW (ci-après « demande C1 »)

Sur le caractère nécessaire de sa demande C1, SFR soutient que les paliers minimums de puissance équipée appliqués par Orange pour les salles de cohabitation et les espaces dédiés (2 kW) et pour les espaces restreints et les très petits sites (1 kW) sont injustifiés et inéquitable car ils conduisent à ce

¹²⁹ Le prix moyen d'approvisionnement résultant de ce test dit de l'opérateur théorique présente une forte variabilité pour le prix 2023 selon qu'il est réalisé sur une période de trois ans (117 €/MWh), de deux ans (152 €/MWh) ou d'une seule année (244 €/MWh).

Il ressort de cette analyse que, premièrement, lorsque les achats sont supposés avoir été réalisés sur trois ans (2020-2022), SFR bénéficie d'un prix moyen inférieur ([SDA] €/MWh selon ses observations en réplique n°2) à celui de l'acheteur théorique. Deuxièmement, lorsque les achats sont supposés avoir été réalisés sur deux ans, le prix moyen de SFR demeure inférieur à celui d'un acheteur théorique, tandis que l'écart entre le prix moyen d'Orange ([SDA] €/MWh selon ses observations en défense n°1) et celui de l'acheteur théorique se réduit par rapport à la période de trois ans. Enfin, dans l'hypothèse où les achats sont supposés avoir été réalisés uniquement sur une année, les prix acquittés par les deux opérateurs (SFR et Orange) étaient inférieurs à celui de l'acheteur théorique.

Ces estimations ont été établies, hors taxes et coûts de transport, sur la base d'une hypothèse de taux d'ARENH fixé à [SDA] %, telle qu'avancée par Orange en p.23 de ses observations en défense n°3.

¹³⁰ Saisine de SFR, p.60.

qu'Orange offre une prestation selon des puissances minimales qui sont décorréliées des besoins de SFR, et ce d'autant plus dans le cadre du basculement massif de lignes cuivre dégroupées par SFR sur des lignes fibre. SFR indique à cet égard qu' « une simple comparaison entre (i) les puissances minimales équipées imposées à SFR pour les sites / emplacements qu'elle utilise et (ii) la puissance effective qu'elle commande pour chacun d'eux (et qui correspond donc à son besoin, sachant qu'il est souvent volontairement surdimensionné pour éviter à SFR de subir un redressement soumis à pénalités) montre que, du fait de ces paliers minimums, Orange a contraint SFR à commander [SDA] départs d'énergie pour [SDA] kW cumulés (puissance équipée), alors que SFR n'a consommé seulement que [SDA] kW (puissance commandée), soit trois fois moins »¹³¹.

Orange reconnaît que du fait de la migration du cuivre vers la fibre, « le nombre d'accès dégroupés baisse régulièrement depuis plusieurs années », se traduisant « par une baisse du nombre d'accès en service au niveau de chaque NRA dégroupé » pour les opérateurs tiers¹³². Orange relève notamment que : « [C]ertains opérateurs tiers ont ainsi fait part de leur demande de baisser les paliers minimums de « puissance équipée », dans la mesure où les paliers actuels ne reflétaient plus leurs besoins d'énergie, compte tenu de la baisse des parcs. Ce sujet a été abordé à deux reprises en multilatérale hébergement sous l'égide de l'Arcep (le 8 mars 2024 et le 31 mai 2024) »¹³³. Orange poursuit en indiquant que « cette demande est légitime et [qu'il a] d'ailleurs confirmé qu'il était prêt à l'étudier, comme l'atteste le courrier d'Orange en réponse à SFR du 13 juin 2024 »¹³⁴.

L'Autorité relève, sur la base des comptes-rendus de deux réunions multilatérales en date des 8 mars¹³⁵ et 31 mai 2024¹³⁶, que d'autres opérateurs commerciaux partagent le constat de SFR au sujet de la décorrélation entre les paliers actuels de la prestation de puissance équipée d'Orange et leurs besoins de puissance électrique effective.

Ainsi, au vu de la tendance à la diminution progressive des besoins de consommation d'énergie des opérateurs, constatée de manière commune par les deux parties et plus généralement par le secteur, et accentuée dans le contexte de la phase industrielle de fermeture du réseau cuivre, l'Autorité estime que l'écart entre les volumes de kW commandés au titre de la composante équipée et les besoins de puissance électrique effective des opérateurs commerciaux risque de s'accroître.

Si Orange indique que « [l']analyse des volumes totaux de puissance commandée par SFR pour hébergement NRA et hébergement NRO permet de constater que les besoins de SFR en énergie ont seulement diminué de [SDA] % »¹³⁷ et non de [SDA]% comme le fait valoir SFR, l'Autorité considère que cette divergence de chiffre entre Orange et SFR quant à l'écart entre paliers et besoins de consommation, ne remet pas en cause le constat d'écart en lui-même, d'autant qu'il est voué à s'accroître, et ne remet dès lors pas en cause le caractère nécessaire de la demande de SFR. L'Autorité note ensuite qu'Orange développe dans ses écritures des explications quant aux circonstances historiques ayant amené aux paliers de puissance équipée qu'il pratique¹³⁸, que SFR conteste dans le

¹³¹ Saisine de SFR, p.61 et 62 : ces données concernent l'année 2024 selon la réponse de SFR à la question n°32 du questionnaire n°1 de l'Autorité.

¹³² Observations en défense n°1 d'Orange, p.39.

¹³³ Observations en défense n°1 d'Orange, p.40.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Projet de Compte-rendu Multi #43 en date du 8 mars 2024 (pièce n°5 des observations en défense n°1 d'Orange).

¹³⁶ Projet de Compte-rendu Multi #44 en date du 31 mai 2024 (pièce n°6 des observations en défense n°1 d'Orange, pièce n°79 des observations en réplique n°4 de SFR).

¹³⁷ Observations en défense n°3 d'Orange, p. 43.

¹³⁸ Page 39 des observations en défense n°1 d'Orange : « [...] la détermination de paliers de « puissance équipée » différents par type d'emplacement reflète historiquement des besoins opérationnels avérés différents au niveau de la consommation d'électricité. Ces paliers ont été calibrés à l'origine au regard de la consommation des équipements actifs d'un opérateur tiers dans un type d'emplacement donné, qui est liée (s'agissant des DSLAM) au nombre d'abonnés en service. Toutes choses égales

cadre du présent RDD. L'Autorité considère que ces développements d'Orange sur les circonstances passées n'apportent pas d'éclairage quant aux évolutions désormais à l'œuvre, à savoir la décorrélation observée entre les paliers actuels de la prestation d'Orange et la tendance actuelle à la diminution des besoins de SFR.

Compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, la demande de SFR tendant à lui permettre de baisser, sans frais ni pénalités, la puissance équipée minimale par emplacement / espace à 0,5 kW est justifiée.

Sur la proportionnalité de sa demande C1, SFR soutient qu'elle est proportionnée puisqu'elle vise à contraindre Orange au respect de ses obligations sans que cela n'entraîne de contrainte technique ou opérationnelle pour lui, comme en attesteraient notamment la possibilité de souscrire un minimum de puissance de 0,5 kW pour les emplacements nSU dans tous les sites d'Orange¹³⁹ et l'engagement pris par Orange d'étudier sa demande dans le cadre de travaux menés en réunion multilatérale sous l'égide de l'Arcep¹⁴⁰.

Orange, pour sa part, indique avoir instruit « *la demande de façon précise et a relevé un certain nombre de problématiques à résoudre avant de pouvoir faire une proposition opérationnelle aux opérateurs (ajout d'un nouveau seuil à 0,5 kW ou remplacement des seuils existants, impact sur les opérateurs, faisabilité technique, faisabilité SI...)*. Par ailleurs, afin de vérifier la faisabilité technique d'une telle demande, Orange a mené une campagne d'audits de sites pour analyser ce qui était réellement consommé par rapport à ce qui était commandé (système fondé sur le déclaratif). Orange a fait part du lancement de cette campagne à l'ensemble des opérateurs lors de la réunion multilatérale Arcep du 31 mai 2024 »¹⁴¹.

L'Autorité considère que les problématiques et considérations de faisabilité technique mises en avant par Orange, à supposer du reste qu'elles soient toutes avérées, ne sauraient constituer des difficultés rédhibitoires, d'autant qu'Orange indique que la campagne d'audit des sites lancée en mai 2024 a depuis lors été menée. Partant, l'Autorité estime que les considérations d'ordre technique ne font pas obstacle à la mise en place du nouveau seuil de 0,5 kW demandé par SFR. L'Autorité considère que la demande de SFR est donc proportionnée.

Au vu de ces éléments, l'Autorité estime que la demande de SFR consistant à abaisser la puissance équipée minimale par emplacement à 0,5 kW est légitime, nécessaire et proportionnée.

5.2.2 S'agissant de la demande d'ajustement du prix de l'abonnement formulée par SFR (ci-après « demande C2 »), consistant par exemple à diviser par deux le prix d'un abonnement pour un emplacement équipé dont la puissance souscrite passerait de 1 kW à 0,5 kW et donc à maintenir constant le tarif unitaire ramené à 1 kW

SFR soutient que sa demande C2 est justifiée au regard des obligations réglementaires qui pèsent sur Orange (obligation d'orientation vers les coûts, obligation de pertinence des coûts, obligation de non-discrimination) et des objectifs de régulation précités¹⁴².

par ailleurs, la consommation au niveau d'un emplacement en espace dédié (correspondant généralement aux plus gros NRA) est ainsi plus importante qu'au niveau d'un emplacement en espace restreint ou très petit site (correspondant généralement aux NRA de taille moyenne) ou d'un emplacement en hyper petit site ou nano-site (correspondant généralement aux NRA de petite taille) ».

¹³⁹ Saisine de SFR, p.62 et 63.

¹⁴⁰ Saisine de SFR, p.64.

¹⁴¹ Réponse d'Orange à la question n°5 du questionnaire n°1 en date du 12 septembre 2024 adressé à la société SFR et à la société Orange dans le cadre de la demande de règlement de différend de la société SFR enregistrée le 26 juin 2024 par l'Arcep.

¹⁴² Saisine de SFR, p.63.

Au préalable, l’Autorité rappelle qu’en application des décisions d’analyse de marché n° 2023-2801 et n° 2023-2802, le tarif unitaire mensuel de la puissance équipée doit être déterminé conformément à l’obligation imposée à Orange d’orientation vers les coûts. La relation entre tarifs et coûts complets sous-jacents à la prestation peut s’exprimer par la formule ci-dessous, c’est-à-dire le quotient d’une masse de coûts (le numérateur) et d’un volume total de puissance équipée utilisée par Orange et les clients de ses offres de dégroupage et hébergement (le dénominateur) :

$$\text{tarif pour 1 kW équipé (€ par mois)} = \frac{\text{coût complet annuel}}{12 \times \text{total des puissances équipées}}$$

Dès lors, l’Autorité considère que toute analyse de l’évolution du tarif requiert une revue cohérente des évolutions respectives à la fois du numérateur (coûts) et du dénominateur (puissances).

L’Autorité relève que SFR n’apporte au soutien de sa demande C2 aucune justification quantitative sur les évolutions respectives des coûts et des puissances équipées commandées qui résulteraient de l’abaissement à 0,5 kW de la puissance équipée minimale.

Orange pour sa part soutient en substance que, dans l’hypothèse où les paliers minimums de puissance équipée seraient diminués, ajuster le tarif « à due concurrence » comme le demande SFR revient à ne pas modifier le tarif ramené à 1 kW, ce qui ne serait pas justifié¹⁴³. En effet, selon Orange, un palier minimum de 0,5 kW « aurait pour effet de diminuer significativement le dénominateur (i.e. le [total des puissances équipées opérateurs tiers]) et donc, à numérateur constant, d’augmenter significativement le tarif récurrent mensuel pour 1 kW équipé »¹⁴⁴. À cet égard, Orange met en avant que « [d]ans l’hypothèse où les besoins globaux de tous les opérateurs en énergie diminuent, le numérateur (i.e. le coût complet annuel lié aux équipements d’énergie nécessaires pour répondre à ces besoins) diminue également, mais pas nécessairement de manière proportionnelle, dans la mesure où il y a une part de coûts fixes à recouvrer quels que soient les usages. En outre, le dénominateur (i.e. la somme des puissances équipées) diminue également. Par construction, le tarif unitaire de puissance équipée ne diminue donc pas nécessairement proportionnellement à la baisse des besoins en énergie »¹⁴⁵.

L’Autorité constate que SFR n’apporte pas d’élément d’analyse en réponse aux arguments mis en avant par Orange et se borne à affirmer que « le coût complet des équipements en cause au numérateur devrait être également diminué pour ne refléter que le coût des équipements nécessaires pour répondre aux besoins en baisse des opérateurs »¹⁴⁶. L’Autorité relève par ailleurs que SFR reconnaît que « le fait de diminuer, au dénominateur, la somme des puissances équipées commandées par les opérateurs tiers sans modifier les coûts à recouvrer, au numérateur, ferait mécaniquement augmenter le tarif »¹⁴⁷.

Enfin, si SFR estime que, par le compte-rendu de la réunion multilatérale n°44 portant sur l’offre d’hébergement dans les NRO du 31 mai 2024, « les services de l’ARCEP confirment, en réponse à l’objection d’Orange selon laquelle la baisse des puissances équipées commandées pourrait conduire à augmenter les tarifs, que la baisse de la base de coûts à amortir devrait permettre de compenser cet impact »¹⁴⁸, l’Autorité rappelle que le compte-rendu précise au contraire que : « **Les services de l’Arcep rappellent aux opérateurs que la mise en place d’une telle évolution pourrait avoir un impact à ce stade indéterminé sur le tarif final** » et que la compensation évoquée par SFR concerne les effets liés à « la clé de répartition entre [Orange] et les autres opérateurs » et non l’effet tarifaire net global d’un abaissement à 0,5 kW du palier de puissance équipée.

¹⁴³ Observations en défense n°1 d’Orange, p.40.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Observations en défense n°3 d’Orange, p.43.

¹⁴⁶ Observations en réplique n°2 de SFR, p.42.

¹⁴⁷ Observations en réplique n°2 de SFR, p.42.

¹⁴⁸ Observations en réplique n°4 de SFR, p.3.

Au vu de ces éléments, l'Autorité considère que SFR n'apporte pas, au soutien de sa demande C2, d'éléments d'analyse cohérents des évolutions comparées des coûts et des puissances entrant dans la détermination des tarifs orientés vers les coûts pour la prestation d'énergie équipée. Dès lors, SFR ne justifie pas du bien-fondé de sa demande C2.

Nonobstant cette conclusion quant à la demande C2 de SFR, l'Autorité considère que certaines affirmations d'Orange dans ses écritures quant à l'adaptation de la grille tarifaire qu'il mettrait en œuvre en cas d'abaissement de palier à 0,5 kW, appellent des observations.

En effet, Orange indique dans ses écritures que « *le tarif récurrent mensuel ramené à 1 kW équipé serait ainsi amené à augmenter de [SDA]%, toutes choses égales par ailleurs* » et qu'« *une telle évolution tarifaire aurait un impact direct et immédiat très significatif sur la facture de certains opérateurs tiers, avec des augmentations ou des baisses pouvant atteindre plus de [SDA]%* »¹⁴⁹. L'Autorité entend rappeler qu'il conviendra qu'Orange, dans le prolongement des travaux pour abaisser le seuil de commande de la composante équipée à 0,5 kW, détermine une nouvelle grille tarifaire contenant des seuils de commande à 0,5 kW en apportant à l'Autorité (i) les éléments de preuve nécessaires quant à la méthodologie employée pour estimer le coût complet annuel, (ii) une justification des paramètres de coût retenus afin qu'ils correspondent effectivement aux coûts de reconstruction à neuf des équipements de fourniture d'énergie et de conditionnement d'air relatifs à un dimensionnement optimal répondant aux besoins réels des opérateurs et (iii) la démonstration que l'obligation d'orienter les tarifs vers les coûts est respectée.

En conséquence, au regard du principe d'orientation des tarifs vers les coûts et compte tenu des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, et en particulier des objectifs de « *développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* », d'« *aménagement et [d]'intérêt des territoires et la diversité de la concurrence dans les territoires* », d'« *exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques* », l'Autorité estime justifié et raisonnable, d'une part, qu'Orange, abaisse à 0,5 kW le palier disponible pour les commandes de puissance équipée dans l'ensemble des sites et des espaces d'Orange couverts par les Conventions conclues avec SFR afin de lui permettre de modifier, sans frais ni pénalités, la puissance équipée souscrite par emplacement par palier de 0,5 kW, et ce dans la limite d'une puissance minimum de 0,5 kW et, d'autre part, qu'Orange ajuste conformément à l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts la grille tarifaire afférente.

Compte tenu de la date d'adoption de la présente décision et des ajustements opérationnels et tarifaires qu'elle implique, l'Autorité estime qu'il est justifié qu'Orange transmette à SFR d'ici le 15 mars 2025 les nouveaux paliers pour les commandes de puissance équipée et la grille tarifaire afférente dont l'entrée en vigueur doit intervenir au plus tard le 1^{er} juillet 2025¹⁵⁰.

5.3 Sur la date d'effet demandée par SFR

SFR demande à ce que les modifications prévues par la décision de règlement de différend aient un effet rétroactif deux ans avant le dépôt de la saisine.

Pour rappel, en application de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité « *peut, à la demande de la partie qui la saisit, décider que sa décision produira effet à une date antérieure à sa saisine, sans toutefois que cette date puisse être antérieure à la date à laquelle la contestation a été formellement élevée par des*

¹⁴⁹ Observations en défense n°2 d'Orange, p.37.

¹⁵⁰ L'Autorité estime justifié que le préavis applicable à toute évolution de l'offre tarifaire d'accès tel que prévu dans les décisions n° 2023-2801 et n° 2023-2802 s'applique à l'entrée en vigueur de la grille tarifaire ajustée pour tenir compte des modifications de paliers

parties pour la première fois, et, en tout état de cause, sans que cette date soit antérieure de plus de deux ans à sa saisine ».

L'Autorité a fait droit à la demande C1 de SFR tendant à modifier les Conventions afin que puisse être modifié sans frais le palier de puissance équipée souscrite par emplacement dans la limite d'une puissance minimum de 0,5 kW. Toutefois comme exposé *supra* en [partie 5.2](#), la modification du palier de puissance nécessite un ajustement de la grille tarifaire afin d'assurer le respect du principe d'orientation des tarifs vers les coûts.

L'Autorité relève que, comme démontré au [point 3.4.2](#), la demande porte sur la période à compter du 21 février 2023, date à laquelle Orange a eu connaissance de la demande de SFR.

L'Autorité relève toutefois que SFR a bénéficié d'une capacité de puissance d'énergie pouvant aller jusqu'au maximum permis par les paliers auxquels il a souscrit, Orange ayant dimensionné ses équipements pour répondre aux besoins de SFR à hauteur de ces paliers. L'Autorité relève par ailleurs que SFR ne conteste pas l'affirmation d'Orange selon laquelle ces paliers étaient historiquement justifiés¹⁵¹. L'Autorité note au surplus que modifier *a posteriori* le volume (en kW équipé) commandé par SFR pourrait remettre en cause le recouvrement de ses coûts par Orange, car par construction, le tarif orienté vers les coûts de la prestation d'énergie équipée est lié au volume de commande de cette prestation.

Compte tenu de ces éléments, l'Autorité estime qu'il n'est pas équitable de faire droit à la demande de rétroactivité de SFR.

¹⁵¹ Page 39 des observations en défense n°1 d'Orange citées *supra* : « [...] la détermination de paliers de « puissance équipée » différents par type d'emplacement reflète historiquement des besoins opérationnels avérés différents au niveau de la consommation d'électricité [...] ».

Décide :

Article 1. La société Orange doit d'ici le 15 mars 2025, pour une entrée en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2025 :

- abaisser à 0,5 kW le palier disponible pour les commandes de puissance équipée dans l'ensemble des sites et des espaces d'Orange couverts par les Conventions conclues avec SFR afin de lui permettre de modifier, sans frais ni pénalités, la puissance équipée souscrite par emplacement par palier de 0,5 kW, et ce dans la limite d'une puissance minimum de 0,5 kW ;
- ajuster en conséquence conformément à l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts la grille tarifaire afférente.

Article 2. Le surplus des demandes de la société SFR est rejeté.

Article 3. La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est chargée de notifier la présente décision à la société SFR et à la société Orange. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 19 décembre 2024,

La Présidente

Laure DE LA RAUDIERE