

CONSEIL D'ETAT

JD

statuant

au contentieux

N° 409770

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE ALTICE LUXEMBOURG

SOCIETE SFR GROUP

M. Pierre Lombard

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 3ème et 8ème chambres réunies)

M. Vincent Daumas

Rapporteur public

Sur le rapport de la 3ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 15 septembre 2017

Lecture du 28 septembre 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête, un mémoire en réplique et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 13 avril, 30 juin, 12 juillet et 28 août 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Altice Luxembourg et la société SFR Group demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 de l'Autorité de la concurrence relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec la société Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Pierre Lombard, auditeur,
- les conclusions de M. Vincent Daumas, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Altice Luxembourg et de la société SFR Group et à Me Haas, avocat de la société Bouygues Telecom ;

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte de l'instruction que, par une décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l'Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle exclusif de la société SFR par la société Numericable, filiale du groupe Altice. Cette autorisation était subordonnée à la réalisation effective de plusieurs engagements, en particulier du groupe d'engagements n° 30 à n° 33 relatifs au respect des obligations résultant de l'accord de co-investissement dans la fibre optique en zone très dense conclu entre SFR et Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, dit « contrat Faber ».

2. Par ce contrat, SFR et Bouygues Telecom ont décidé de construire une infrastructure, concurrente de celle de la société Numericable, laquelle repose sur la technologie du câble coaxial, pour la fourniture d'un accès internet à très haut débit. Ce contrat prévoit, d'une part, le déploiement d'un réseau horizontal en fibre optique et, d'autre part, le raccordement de ce réseau aux « points de mutualisation » pour permettre aux différents opérateurs de desservir les immeubles équipés en fibre optique (ou « adduction ») ainsi que sa maintenance. Il stipule que toutes les prestations doivent être réalisées par SFR pour le compte des deux opérateurs signataires.

3. L'Autorité de la concurrence a relevé que l'opération de concentration entre les sociétés SFR et Numericable aurait pour effet de remettre en cause l'incitation de la société SFR à respecter les obligations résultant pour elle de ce contrat dans la zone couverte par le réseau câblé de Numericable. Selon l'Autorité, SFR n'aurait plus, au sein de la nouvelle entité issue de l'opération de concentration, un intérêt suffisant à poursuivre la réalisation des adductions afin de compléter le déploiement du réseau prévu par le contrat et de permettre ainsi à Bouygues Telecom d'exercer une concurrence directe sur la nouvelle entité en zone câblée. L'Autorité a observé que la nouvelle entité avait la capacité d'empêcher, à tout le moins d'entraver, le déploiement de l'infrastructure de Bouygues Telecom en fibre optique en gelant, ou en ralentissant, l'exécution des travaux de raccordement du réseau construit en commun avec SFR.

4. Pour prévenir les effets anticoncurrentiels que l'opération de concentration présentait à cet égard et obtenir l'autorisation sollicitée, les sociétés Altice et Numericable se sont engagées, en premier lieu, à réaliser sous deux ans, sauf difficultés d'exécution dûment justifiées, les adductions prévues au contrat Faber de l'ensemble des points de mutualisation livrés à la date d'effet de la décision de l'Autorité autorisant l'opération (engagement n° 30), en deuxième lieu, à réaliser dans un délai de trois mois, sauf difficultés d'exécution dûment justifiées, les adductions commandées par Bouygues Telecom pour les immeubles pour lesquels les points de mutualisation seraient livrés après la date d'effet de la décision de l'Autorité (engagement n° 31), et, enfin, à assurer la maintenance de l'infrastructure du réseau relevant du contrat Faber de manière transparente et non-discriminatoire vis-à-vis de Bouygues Telecom (engagement n° 33).

5. Par une décision n° 15-SO-14 du 5 octobre 2015, l'Autorité s'est saisie d'office, à la suite de plusieurs plaintes de la société Bouygues Télécom, des conditions dans lesquelles Altice et Numericable-SFR mettaient en œuvre les engagements annexés à la décision du 30 octobre 2014 relatifs au contrat Faber.

6. Par la décision n° 17 D 04 du 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, l'Autorité de la concurrence a constaté des manquements dans l'exécution des engagements n°s 30, 31 et 33, qu'elle a qualifiés de particulièrement graves et de nature à vider, dans une large mesure, ces engagements de leur portée. Elle a décidé d'infliger à Altice Luxembourg SA et SFR Group SA une sanction pécuniaire de 40 millions d'euros assortie de plusieurs injonctions sous astreinte. Les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group demandent l'annulation de cette décision, qui leur a été notifiée le 13 mars 2017.

Sur les manquements imputés aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group :

En ce qui concerne l'engagement n° 30 :

7. En premier lieu, ainsi qu'il a été dit au point 4 ci-dessus, les sociétés Altice et Numericable se sont engagées à réaliser sous deux ans, sauf difficultés d'exécution dûment justifiées, les adductions prévues au contrat Faber pour l'ensemble des points de mutualisation livrés à la date d'effet de la décision de l'Autorité autorisant l'opération (engagement n° 30). Les sociétés requérantes soutiennent que les points de mutualisation ainsi mentionnés s'entendent des seuls points de mutualisation intérieurs et qu'en tenant compte, dans son appréciation de l'exécution de cet engagement, d'un défaut d'adduction de points de mutualisation autres qu'intérieurs, l'Autorité de la concurrence en a méconnu la portée.

8. Or, les stipulations du contrat Faber visent les « points de mutualisation des immeubles », « points de mutualisation situés dans la zone de couverture » et « points de mutualisation desservis par les nœuds de raccordement optique (NRO) », sans faire de distinction entre des types de points de mutualisation ni, *a fortiori*, en exclure aucun. Au contraire, l'article 4.1.1 de ce contrat précise que « La commande d'un NRO [nœud de raccordement optique] vaut commande de l'ensemble des liaisons correspondant à la zone arrière du réseau horizontal issu de ce NRO », et l'article 1^{er} des conditions particulières précise que le partenariat entre Bouygues Telecom et SFR « porte sur : (...) l'octroi à BT de droits sur les liaisons permettant le raccordement des points de mutualisation desservis par les NRO », sans indiquer que les parties entendaient se limiter aux points de mutualisation intérieurs. Si les sociétés requérantes font valoir que l'engagement n° 32 prévu par la décision du 30 octobre 2014 autorisant l'opération de concentration précise que « la réalisation des adductions sera facturée à Bouygues Telecom dans le respect des conditions de tarification prévues au contrat » et que l'annexe tarifaire n'a vocation à s'appliquer qu'à l'adduction de points de mutualisation intérieurs, les stipulations prévoyant que les modalités tarifaires et techniques des raccordements de points de mutualisation des immeubles de moins de 12 logements hors Paris seront définies entre les parties dans le cadre d'un comité stratégique formé entre les parties ne peuvent s'entendre comme excluant le raccordement de ces points de mutualisation. Dès lors, les sociétés requérantes, qui se sont engagées à exécuter de bonne foi le contrat Faber, ne sont pas fondées à soutenir qu'en retenant que l'engagement n° 30 visait l'ensemble des points de mutualisation, l'Autorité de la concurrence en aurait méconnu la portée.

9. En deuxième lieu, les sociétés requérantes se sont engagées à procéder aux raccordements prévus au titre de l'engagement n° 30 « sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées au Mandataire chargé du Contrôle (génie civil bouché ou saturé, impossibilité d'accès, etc.) ». Cet engagement précise que les difficultés d'exécution rencontrées doivent être « dûment » justifiées et donne une liste, non exhaustive, d'exemples de justifications. Dès lors, c'est sans en méconnaître la portée que l'Autorité de la concurrence a estimé que cet engagement, qui a pour objet de mettre l'Autorité et le mandataire en mesure de vérifier que la nouvelle entité respecte les objectifs de raccordements de points de mutualisation, impliquait, pour les sociétés requérantes, d'exposer de façon exhaustive les difficultés d'exécution rencontrées, de transmettre ces informations au mandataire, de mettre en place un processus de relance en cas de difficultés d'exécution, et de recourir à l'ensemble des moyens prévus par la législation et le contrat Faber pour y faire face.

10. En troisième lieu, il résulte de l'instruction qu'à compter de la décision d'autorisation de l'opération de concentration du 30 octobre 2014, le rythme des adductions réalisées pour le compte de Bouygues Telecom a très fortement diminué. Les sociétés requérantes n'ont effectué qu'une adduction au titre du stock entre les mois de novembre 2014 et mars 2015, alors que le rythme des adductions réalisées avant la décision de l'Autorité s'élevait de 400 à 1000 par mois. Ce n'est qu'à compter de la date de l'autosaisine de l'Autorité, en octobre 2015, que les sociétés requérantes ont repris un rythme plus soutenu de réalisation des adductions au titre du stock. Par ailleurs, sur plus de 3

700 points de mutualisation qui restaient encore à traiter – c'est-à-dire ceux qui étaient en cours de traitement ou pour lesquels des difficultés provisoires avaient été rencontrées – à la fin du mois d'août 2016, soit deux mois avant la date butoir prévue par l'engagement, les sociétés requérantes ont finalement décidé que plus de 3 200, qualifiés par SFR de « KO définitifs », ne pouvaient être raccordés. Ainsi, 73 % des points de mutualisation classés « KO définitifs » l'ont été entre le 31 août et le 30 octobre 2016, soit lors des deux derniers mois du délai de deux ans prévu par l'engagement n° 30. Enfin, les sociétés requérantes ont estimé, de façon unilatérale, que plus de 1 900 points de mutualisation ne faisaient pas partie du périmètre de l'engagement n° 30. En définitive, alors que le nombre de raccordements de points de mutualisation prévus au titre du stock sur deux ans était de 9 587 et que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) estime que le « taux normal » d'échec des adductions pour un opérateur commercial se situe entre 10 et 20 % selon les opérateurs et que, en tout état de cause, ces échecs ne peuvent être considérés que comme provisoires, 6 255 points de mutualisation, soit 65 % du stock initial, ont été réputés par les sociétés requérantes définitivement impossibles à raccorder, ou n'ont fait l'objet d'aucune tentative d'adduction, sans que les difficultés d'exécution rencontrées ne soient dûment justifiées au mandataire et sans qu'aient été mises en place des procédures de réexamen, à intervalles réguliers, des démarches nécessaires pour raccorder tous les points de mutualisation concernés. Aucun des arguments avancés par les sociétés requérantes, tenant aux changements de leurs méthodes de travail ou à l'existence d'un « fond de cuve », ne permet au demeurant de justifier de tels manquements.

11. Il résulte de ce qui a été dit aux points 7 à 9 ci-dessus que le moyen tiré de ce que l'Autorité de la concurrence aurait méconnu la portée de l'engagement n° 30 et, par suite, selon les sociétés requérantes, le principe de légalité des délits et des peines ne peut qu'être écarté. Il résulte en outre de ce qui a été dit au point 10 que l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en déduisant des faits qu'elle a relevés que les sociétés requérantes n'avaient pas respecté leurs obligations au titre de cet engagement.

En ce qui concerne l'engagement n° 31 :

12. En premier lieu, les sociétés Altice et Numericable se sont engagées à conclure un avenant au contrat Faber permettant à Bouygues Telecom, une fois par trimestre, de commander à Numericable Group « l'adduction d'une liste de son choix d'immeubles conventionnés », après la date d'effet de la décision de l'Autorité, sur le périmètre géographique du réseau en fibre déployé au titre de l'accord. Elles se sont également engagées à réaliser ces adductions dans un délai de trois mois, sauf difficultés d'exécution dûment justifiées (engagement n° 31). Il résulte des termes de cet engagement, lu en combinaison avec l'engagement n° 30, que l'Autorité n'a, à aucun moment, entendu restreindre les types de points de mutualisation concernés par l'avenant au contrat. Dès lors, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en retenant que l'engagement n° 31 visait l'ensemble des types de points de mutualisation, l'Autorité de la concurrence en aurait méconnu la portée.

13. En deuxième lieu, les sociétés requérantes se sont engagées à procéder aux raccordements prévus au titre de l'engagement n° 31, sous les mêmes réserves que dans l'engagement n° 30, c'est-à-dire « sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées au Mandataire chargé du Contrôle (génie civil bouché ou saturé, impossibilité d'accès, etc.) ». Pour les mêmes motifs que ceux qui ont été développés au point 9 ci-dessus, c'est sans commettre d'erreur de droit que l'Autorité de la concurrence a considéré que l'engagement n° 31 impliquait, pour les sociétés requérantes, d'exposer de façon exhaustive les difficultés d'exécution rencontrées, de transmettre ces informations au mandataire, de mettre en place un processus de relance en cas de difficultés d'exécution, et de recourir à l'ensemble des moyens prévus par la législation et le contrat Faber pour y faire face.

14. Il résulte de ce qui a été dit aux points 11 et 12 ci-dessus que le moyen tiré de ce que l'Autorité de la concurrence aurait méconnu la portée de l'engagement n° 31 et, par suite, comme le soutiennent les sociétés requérantes, méconnu le principe de légalité des délits et des peines, ne peut qu'être écarté.

15. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que l'avenant au contrat Faber permettant à Bouygues Telecom de commander aux sociétés requérantes, une fois par trimestre, l'adduction d'une liste de son choix d'immeubles conventionnés n'a été signé que le 19 novembre 2015, soit plus d'un an après l'adoption de la décision de l'Autorité autorisant l'opération de concentration entre SFR et Numericable, les projets d'avenants au contrat présentés jusque là par les sociétés requérantes n'ayant pas été estimés conformes aux engagements par le mandataire. Ce retard est ainsi entièrement imputable aux sociétés requérantes sur lesquelles pesait l'obligation d'exécuter de bonne foi l'engagement qu'elles avaient pris.

16. Par ailleurs, le délai de trois mois, fixé par l'engagement n° 31, pour réaliser les adductions commandées par Bouygues Telecom n'a pas été respecté. Les sociétés requérantes n'ont en outre procédé à aucune tentative d'adduction pour environ 12 % des commandes de Bouygues Telecom, qu'elles ont considérées, à tort, comme n'étant pas incluses dans le périmètre de l'engagement. Elles n'ont par ailleurs pas fourni les justifications des difficultés d'exécution s'opposant, selon elles, au raccordement d'environ 40 % des points de mutualisation commandés.

17. Les parties notifiantes à l'opération de concentration peuvent, si elles s'y croient fondées, faire état devant l'Autorité de la concurrence de circonstances de droit ou de fait nouvelles de nature à justifier qu'elles soient déliées, par une décision de l'Autorité, de tout ou partie des obligations découlant des engagements, injonctions ou prescriptions dont est assortie une autorisation de concentration, en raison soit de l'évolution de la situation des marchés pertinents et des conséquences pouvant en résulter sur la pertinence de ces engagements, injonctions ou prescriptions, soit de ce que

de telles circonstances rendent l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions impossible ou particulièrement difficile. Toutefois, en l'espèce, les parties notifiantes n'ont, en tout état de cause, pas engagé une telle démarche.

18. Dès lors, l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en déduisant des faits qu'elle a relevés que les sociétés requérantes n'avaient pas respecté leurs obligations au titre de l'engagement n° 31.

En ce qui concerne l'engagement n° 33 :

19. Les sociétés requérantes se sont engagées à assurer la maintenance de l'infrastructure fibrée relevant du contrat Faber « dans les conditions prévues par celui-ci, de manière transparente et non-discriminatoire vis-à-vis de Bouygues Telecom » (engagement n° 33).

20. Cependant, il résulte de l'instruction que les conditions de maintenance du réseau se sont fortement dégradées, aussi bien en ce qui concerne les délais de prise en charge et de traitement des incidents qu'en ce qui concerne les problèmes liés à la climatisation des NRO, en méconnaissance des objectifs fixés par le contrat Faber. Ainsi, notamment, alors que l'article 5.8 des conditions particulières du contrat prévoit que « SFR mettra en place tous les moyens nécessaires afin que les Anomalies soient corrigées, de manière temporaire ou permanente, et ce dans les meilleurs délais », les délais de traitement des incidents au 50ème percentile, soit les délais de traitement pour 50 % des incidents, ont très fortement augmenté entre la fin de l'année 2014 et le mois de mars 2015, passant de 2 à 13 jours, soit une augmentation de 550 %. Par ailleurs, selon les stipulations du contrat Faber, Altice/SFR Group doit garantir le maintien en température des NRO (article 2.1.1 des conditions particulières), assurer une maintenance préventive et curative des installations de climatisation (article 5.5) et, comme il a déjà été dit ci-dessus, mettre en place tous les moyens nécessaires pour corriger les anomalies dans les meilleurs délais (article 5.8). Or, il résulte de l'instruction, qu'à plusieurs reprises en 2015 et en 2016, la température des NRO a atteint des niveaux excessifs, ce qui a occasionné des interruptions de service en novembre 2015 et août 2016.

21. En outre, alors que l'ARCEP estimait, dans son avis n° 2015-1406 du 24 novembre 2015 portant sur la situation d'Altice et Numericable-SFR concernant la mise en œuvre des engagements relatifs à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, rendu à la demande de l'Autorité de la concurrence, qu'il était « essentiel que les indicateurs, afin de répondre à l'exigence de non-discrimination et de transparence, permettent d'évaluer de manière effective que les conditions de maintenance sont satisfaisantes », les sociétés requérantes n'ont proposé au mandataire une série d'indicateurs de qualité permettant d'assurer le suivi de la maintenance du réseau qu'au bout de neuf

mois. Le suivi de la maintenance n'a donc débuté que le 22 septembre 2015, date à laquelle Altice/SFR Group a transmis au mandataire son premier rapport sur la maintenance pour les mois de juillet et août 2015.

22. Par suite, l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en déduisant des faits qu'elle a relevés que les sociétés requérantes n'avaient pas respecté leurs obligations au titre de l'engagement n° 33.

Sur les sanctions prononcées par l'Autorité :

23. Aux termes du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce : « IV. - Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut : / 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ; / 2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ; (...) / En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I ». Aux termes du II de l'article L. 464-2 du même code : « II. - L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe (...). / L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif ».

24. Eu égard à leur objet qui, outre sa portée punitive, est la préservation de l'ordre public économique, les sanctions prévues par le 1° et le 2° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, qui sont distinctes de la sanction pécuniaire prévue au quatrième alinéa de ce IV, doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés. Pour apprécier, dans ce cadre, la proportionnalité des injonctions sous astreinte, il y a lieu de tenir compte de l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, de l'ampleur des manquements et de la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés.

25. L'Autorité de la concurrence a prononcé des injonctions sur le fondement des dispositions citées ci-dessus du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. Les sociétés requérantes

ne peuvent donc utilement soutenir que ces injonctions méconnaîtraient les dispositions du III de l'article L. 430-7 du même code, qui sont applicables aux décisions par lesquelles l'Autorité de la concurrence se prononce sur les opérations de concentration qui lui sont notifiées.

26. Par sa décision attaquée du 8 mars 2017, l'Autorité de la concurrence a, au titre du non respect de l'engagement n° 30, enjoint aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group de procéder, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de sa décision, à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation livrés à la date d'effet de la décision d'autorisation de la concentration (le stock), sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées, sous astreinte de 50, 75 ou 100 euros par point de mutualisation et par jour de retard si les deux sociétés n'ont pas procédé à l'adduction de, respectivement, 50 %, 75 % ou 100 % du stock à l'expiration d'un délai, respectivement de 6, 9 ou 12 mois suivant la notification de la décision attaquée. Au titre du non respect de l'engagement n° 31, elle leur a enjoint de procéder, d'une part, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de la décision attaquée, à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation correspondant aux commandes de Bouygues Telecom de juillet 2015, octobre 2015, janvier 2016 et juillet 2016 et non effectivement « adductés » (le nouveau stock), sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées, sous astreinte de 50, 75 ou 100 euros par point de mutualisation et par jour de retard si les deux sociétés n'ont pas procédé à l'adduction de, respectivement, 50 %, 75 % ou 100 % du nouveau stock à l'expiration d'un délai, respectivement de 6, 9 ou 12 mois suivant la notification de la décision attaquée et de procéder, d'autre part, à la réalisation des adductions de points de mutualisation commandées trimestriellement, postérieurement à juillet 2016, dans les délais et conditions prévues par l'engagement 31, sans pour autant assortir cette dernière injonction d'astreinte. Au titre du non respect de l'engagement n° 33, elle leur a enjoint d'assurer la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat Faber dans les conditions prévues par celui-ci, sans assortir non plus cette injonction d'astreinte. Enfin, l'Autorité de la concurrence a enjoint aux sociétés de nommer un mandataire *ad hoc* chargé du suivi et du contrôle de la mise en œuvre des injonctions et d'instituer un comité de pilotage dédié au suivi de cette mise en œuvre.

27. En premier lieu, d'une part, les engagements rappelés ci-dessus étaient au cœur du dispositif des engagements ayant pour objet de prévenir un déséquilibre concurrentiel sur le marché de détail de la fourniture d'accès à internet très haut débit et les marchés de gros situés en amont, qui revêtent une importance stratégique pour le développement du secteur des télécommunications. Ils répondaient à des enjeux concurrentiels majeurs dans la mesure où ils devaient mettre à la société Bouygues Telecom à même de maintenir une concurrence suffisante, par les infrastructures, sur ces marchés.

28. D'autre part, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les manquements constatés aux engagements n° 30, 31 et 33 ont été importants et durables. Ils ont ainsi privé ces engagements d'une partie de leurs effets et ont eu pour conséquence de dégrader la qualité du réseau en fibre existant et de retarder la poursuite de sa construction, essentielle pour mettre Bouygues Telecom à même de

maintenir une concurrence suffisante sur le marché de la fourniture d'accès à internet très haut débit avec ses propres infrastructures.

29. A cet égard, contrairement à ce qu'avancent les sociétés requérantes, est sans incidence sur la gravité des manquements constatés le fait que Bouygues Telecom ait, en 2009, souscrit un contrat de type « bitstream » auprès de Numericable, qui lui permet de développer une base d'abonnés très haut débit dans l'attente de la construction de son propre réseau en fibre, dès lors que ce contrat ne favorise pas le développement d'une concurrence par les infrastructures, objectif au cœur des engagements n° 30, 31 et 33 de la décision autorisant l'opération de concentration.

30. Ainsi, les sociétés requérantes ne sont fondées à soutenir ni que les engagements n° 30, 31 et 33 étaient de faible importance, ni que leurs manquements à ces engagements ont été de faible gravité, ni que ces manquements n'ont pas porté atteinte à la concurrence.

31. En deuxième lieu, il résulte de ce qui a été dit aux points 8 et 12 ci-dessus sur le périmètre des engagements n° 30 et 31, que le moyen tiré de ce que l'Autorité aurait entaché sa décision d'erreur de droit en assortissant sa décision d'injonctions dont le périmètre serait différent de celui des engagements manque en fait.

32. En troisième lieu, les deux premières injonctions mentionnées au point 26, qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, reprennent le périmètre des engagements n° 30 et 31, ont pour objet, en imposant, sous peine d'astreinte, aux sociétés requérantes de raccorder, dans un délai d'un an, 12 364 points de mutualisation, de rattraper le retard qu'elles ont accumulé du fait de leurs manquements à ces engagements. Elles ont également pour objet, en imposant aux sociétés requérantes de procéder à la réalisation des adductions de points de mutualisation commandées trimestriellement par Bouygues Telecom, postérieurement à juillet 2016, dans les délais et conditions prévues par l'engagement 31, d'assurer la bonne exécution du contrat.

33. D'une part, l'objectif de raccordement de 12 364 points de mutualisation en un an fixé par les injonctions implique une capacité moyenne d'adduction pour les deux sociétés requérantes d'environ 1 000 points de mutualisation par mois. Or, la société SFR a déjà atteint ce chiffre de 1 000 points de mutualisation raccordés par mois en mars 2013. D'autre part, si les sociétés requérantes soutiennent que s'ajouteront à ces raccordements ceux qui résulteront des commandes trimestrielles ouvertes par l'avenant au contrat Faber à Bouygues Telecom, ce qui, selon leurs prévisions, fera plus que doubler le nombre de points de mutualisation à raccorder sur cette période, elles ne démontrent pas qu'il leur serait matériellement impossible d'effectuer l'ensemble de ces raccordements, si elles décident d'allouer les ressources humaines et financières nécessaires à leur

réalisation. Au demeurant, les sociétés requérantes se bornent à une argumentation générale, non assortie de justifications concrètes, notamment sur les besoins, les moyens à mettre en œuvre et les coûts, qui permettraient d'en apprécier le bien fondé. Enfin, ainsi qu'il a été dit, les injonctions critiquées réservent le cas de difficultés d'exécution dûment justifiées par ces sociétés.

34. Les sociétés requérantes soutiennent par ailleurs que leur capacité à respecter les injonctions est conditionnée au comportement coopératif de Bouygues Telecom pour la définition des conditions tarifaires et techniques des raccordements des points de mutualisation autres que les points de mutualisation intérieurs. Cependant, il résulte de l'instruction, notamment de l'avis n° 2015-1406 de l'ARCEP du 24 novembre 2015, que la définition des conditions tarifaires et techniques pour ces raccordements ne présente pas de difficulté particulière. En tout état de cause, les injonctions de l'Autorité réservent, ainsi qu'il a été dit, le cas de difficultés d'exécution à condition qu'elles soient dûment justifiées. Un comportement non coopératif de la part Bouygues Telecom pour la fixation des conditions tarifaires et techniques des raccordements pourrait être regardé comme relevant de telles difficultés d'exécution.

35. Dès lors, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'Autorité aurait méconnu le principe de proportionnalité en leur fixant un délai d'un an pour mettre en œuvre les injonctions.

36. En quatrième lieu, les astreintes dont sont assorties les injonctions prononcées par l'Autorité ne peuvent être regardées comme méconnaissant, par elles-mêmes, le plafond fixé par le II de l'article L. 464-2 du code de commerce. Dès lors, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la décision attaquée serait entachée d'erreur de droit en ce que le montant des astreintes qu'elle prévoit en cas d'inexécution des injonctions serait susceptible d'excéder le plafond prévu par la loi.

37. En dernier lieu, dans le cadre d'une procédure de sanction pour manquements, les parties sanctionnées peuvent, pour soutenir que les manquements commis ne justifiaient pas la sanction prononcée, faire valoir des difficultés particulières qu'elles auraient rencontrées pour respecter leurs engagements. Toutefois, en l'espèce, si les sociétés requérantes allèguent que le délai de trois mois prévu par l'engagement n° 31 était impossible à respecter, il résulte de l'instruction qu'elles ne justifient ni de l'impossibilité invoquée ni même de difficultés sérieuses d'exécution.

38. Il résulte de ce qui a été dit aux points 23 à 37 que les sociétés ne sont pas fondées à soutenir que la sanction pécuniaire et les injonctions sous astreinte prononcées par l'Autorité seraient disproportionnées.

39. Ainsi, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision, suffisamment motivée, qu'elles attaquent.

40. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Autorité de la concurrence, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demandent à ce titre les sociétés requérantes. En revanche, il y lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge des sociétés Altice Luxembourg et SFR Group la somme globale de 5 000 euros, à verser à la société Bouygues Telecom au titre des mêmes dispositions.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la société Altice Luxembourg et de la société SFR Group est rejetée.

Article 2 : La société Altice Luxembourg et de la société SFR Group verseront à la société Bouygues Telecom la somme globale de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'Autorité de la concurrence et aux sociétés Altice Luxembourg, SFR Group et Bouygues Telecom.