



**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 (section IV),

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence n° [14-DCC-160](#) du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice ;

Vu la décision n° 15-SO-14 du 5 octobre 2015, par laquelle l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office des conditions dans lesquelles est assuré par Altice et Numericable-SFR le respect des engagements annexés à la décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 (affaire enregistrée sous le numéro 15/0113R) ;

Vu le livre IV du code de commerce et, notamment, son article L. 430-8 ;

Vu l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n° 2015-1406 du 24 novembre 2015 ;

Vu les observations présentées par Altice et SFR Group le 21 septembre 2016, et celles du commissaire du Gouvernement le 8 septembre 2016, en réponse au rapport des services d'instruction notifié le 22 août 2016 ;

Vu les notes produites par Altice et SFR Group les 10 octobre et 8 novembre 2016 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants d'Altice et SFR Group entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence ouverte le 22 novembre et clôturée le 7 décembre 2016 ;

Les représentants de la société Bouygues Telecom et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes entendus sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Vu les notes en délibéré d'Altice et SFR Group des 30 novembre et 19 décembre 2016 ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

Aux termes de la décision ci-après, Altice Luxembourg SA et SFR Group SA, actives sur le marché des communications électroniques, ont été sanctionnées à hauteur de 40 millions d'euros, pour n'avoir pas respecté l'engagement 2.2.1 (relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 ou contrat « Faber ») annexé à la décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice.

Dans la décision autorisant l'opération de concentration, la partie notifiante a pris un engagement relatif à l'exécution du contrat Faber, décomposé en trois volets :

- l'engagement de réaliser les prestations d'adduction des PM déjà livrés par les opérateurs d'immeubles à la date de la décision d'autorisation mais non encore adductés par SFR (paragraphe 30) ;*
- l'engagement de réaliser sous trois mois, les prestations d'adduction des points de mutualisation qui seraient commandés par Bouygues Telecom parmi ceux livrés par les opérateurs d'immeuble postérieurement à la décision d'autorisation (paragraphe 31) ;*
- et enfin, l'engagement d'assurer la maintenance des infrastructures FttH dans les conditions prévues par le contrat, de manière transparente et non-discriminatoire (paragraphe 33).*

L'Autorité a constaté qu'Altice Luxembourg SA et SFR Group SA n'avaient pas procédé aux adductions des points de mutualisation dans les délais prévus par les paragraphes 30 et 31 et que ces dernières n'avaient pas dûment justifié de l'existence de difficultés faisant obstacle à leur adduction. Par ailleurs, l'Autorité a constaté qu'Altice Luxembourg SA et SFR Group SA avaient méconnu l'engagement 33 en manquant à leur obligation d'assurer la maintenance du réseau FttH dans les conditions prévues par le contrat Faber.

La sanction pécuniaire infligée à Altice Luxembourg SA et SFR Group est assortie de plusieurs injonctions afin de s'assurer qu'Altice Luxembourg SA et SFR Group SA s'abstiennent effectivement de poursuivre les comportements constatés ou d'adopter un comportement dont l'objectif ou les effets seraient équivalents, et de les réitérer. Dans la mesure où les délais de réalisation des adductions prévues par les engagements 30 et 31 ont expiré à la date de la présente décision, l'Autorité a défini un nouveau calendrier d'exécution comprenant des paliers de réalisation, assortis d'astreintes progressives, afin de contraindre Altice Luxembourg SA et SFR Group SA à procéder à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation non effectivement adductés au jour de la présente décision. Pour assurer la bonne exécution de ces injonctions et prévenir les différends susceptibles de survenir à ce sujet entre les cocontractants, l'Autorité a décidé d'assortir ces dernières de mesures propres à assurer leur contrôle et leur suivi, en particulier par la nomination d'un mandataire ad hoc et la constitution d'un comité de pilotage.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

SOMMAIRE

Résumé	2
I. Contexte	7
A. LES MARCHÉS DE LA FOURNITURE D’ACCÈS À INTERNET HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT CONCERNÉS PAR L’ACCORD	7
1. LES MARCHÉS DE DÉTAIL DES OFFRES À HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT	7
a) Les offres à haut débit	7
b) Les offres à très haut débit	8
<i>Le réseau câble modernisé</i>	8
<i>Le réseau intégralement en fibre optique</i>	8
2. LES MARCHÉS DE GROS DU TRÈS HAUT DÉBIT	9
a) Les conditions du déploiement de la fibre optique	9
b) La réglementation sectorielle applicable	9
c) Les marchés de gros des offres passives et activées d’accès à Internet	10
<i>Les offres passives</i>	10
<i>Les offres activées</i>	11
B. L’ANALYSE CONCURRENTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNANT LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA FOURNITURE D’ACCÈS À INTERNET HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT	11
1. LES EFFETS HORIZONTAUX DE L’OPÉRATION SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA FOURNITURE D’ACCÈS À INTERNET	12
2. LES EFFETS VERTICAUX DE L’OPÉRATION	13
a) Sur l’accès des opérateurs à l’offre activée sur le câble proposée par Numericable	13
b) Sur la disparition de la pression concurrentielle exercée par SFR	14
c) Sur l’exécution du contrat signé entre Bouygues Telecom et SFR pour le co-investissement en zone très dense	15
C. LES ENGAGEMENTS RELATIFS AU CONTRAT FABER	16
D. LA PROCÉDURE DEVANT L’AUTORITÉ	17
II. Constatations	18
A. LES ADDUCTIONS DE POINTS DE MUTUALISATION RÉALISÉES AU TITRE DES ENGAGEMENTS DES PARAGRAPHE 30 ET 31	18
1. LE CADRE JURIDIQUE ET LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES APPLICABLES AUX POINTS DE MUTUALISATION	18
a) Le cadre juridique	18
b) Les dispositions contractuelles	19

2. LE RYTHME DES ADDUCTIONS AVANT ET APRÈS LA DÉCISION	20
3. L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS AU TITRE DU PARAGRAPHE 30	21
a) Le stock de PM à la date de la Décision	21
b) Les adductions au titre du stock au 30 octobre 2016 selon Altice/SFR Group	22
c) Les PM n'ayant fait l'objet d'aucune tentative d'adduction.....	23
4. L'EXÉCUTION AU 30 OCTOBRE 2016 DES COMMANDES TRIMESTRIELLES DE BOUYGUES TELECOM AU TITRE DU PARAGRAPHE 31	24
a) La conclusion de l'avenant au contrat Faber	24
b) La réalisation des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom.....	25
<i>Les commandes trimestrielles de Bouygues Telecom</i>	<i>25</i>
<i>La réalisation des commandes trimestrielles selon Altice/SFR Group</i>	<i>26</i>
<i>Les PM n'ayant fait l'objet d'aucune tentative d'adduction au 31 octobre 2016</i>	<i>28</i>
5. LES JUSTIFICATIONS APPORTÉES AUX DIFFICULTÉS D'ADDUCTION (« KO PROVISOIRES » ET « KO DÉFINITIFS »)	28
B. LES CONDITIONS DE LA MAINTENANCE DES INFRASTRUCTURES FTTH AU TITRE DU CONTRAT	29
1. LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES RELATIVES À LA MAINTENANCE	30
2. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ENGAGEMENT AU TITRE DU PARAGRAPHE 33	30
a) Les délais de mise en place des indicateurs de qualité et du suivi	30
b) La maintenance des infrastructures FttH.....	31
<i>Les délais de prise en charge et de traitement des incidents</i>	<i>31</i>
<i>Les difficultés sur les NRO.....</i>	<i>33</i>
III. Discussion.....	34
A. LES RÈGLES APPLICABLES	34
B. EXAMEN DU RESPECT DES ENGAGEMENTS RELATIFS AUX ADDUCTIONS (PARAGRAPHES 30 ET 31 DE L'ENGAGEMENT 2.2.1).....	35
1. SUR L'INTERPRÉTATION DES ENGAGEMENTS 30 ET 31 EN CE QUI CONCERNE LES PM PRÉTENDUMENT EXCLUS	35
a) Arguments d'Altice/SFR Group	35
b) Position de Bouygues Telecom.....	36
c) Avis de l'ARCEP	37
d) Analyse de l'Autorité	37
<i>Rappel des principes</i>	<i>37</i>
<i>Analyse du contrat Faber</i>	<i>38</i>
<i>Analyse des motifs de la Décision</i>	<i>38</i>
<i>Conclusion</i>	<i>40</i>

2. EN CE QUI CONCERNE LES ADDUCTIONS DU STOCK (ENGAGEMENT 30).....	40
a) Sur le rythme des adductions au titre du paragraphe 30	41
<i>Arguments d’Altice/SFR Group.....</i>	<i>41</i>
<i>Analyse de l’Autorité</i>	<i>41</i>
b) Sur les adductions du stock	41
<i>Position de Bouygues Télécom.....</i>	<i>42</i>
<i>Arguments d’Altice/SFR Group.....</i>	<i>42</i>
<i>Analyse de l’ARCEP.....</i>	<i>43</i>
<i>Analyse de l’Autorité</i>	<i>43</i>
c) Sur la « justification » des adductions en échec	45
<i>Point de vue de Bouygues Telecom.....</i>	<i>45</i>
<i>Point de vue d’Altice/SFR Group.....</i>	<i>46</i>
<i>Analyse de l’Autorité</i>	<i>46</i>
d) Conclusion sur les adductions réalisées au titre du paragraphe 30	48
3. SUR LE NON-RESPECT DE L’ENGAGEMENT PRÉVU AU PARAGRAPHE 31 (ADDUCTION DU FLUX).....	48
a) En ce qui concerne la signature d’un avenant au contrat Faber	48
<i>Arguments d’Altice/SFR Group.....</i>	<i>48</i>
<i>Analyse de l’Autorité</i>	<i>49</i>
b) En ce qui concerne l’exécution par Altice/SFR Group des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom.....	49
<i>Sur les adductions réalisées pour l’ensemble des commandes</i>	<i>49</i>
<i>Arguments d’Altice/SFR Group.....</i>	<i>50</i>
<i>Analyse de l’Autorité</i>	<i>51</i>
c) Conclusion	52
C. SUR LE NON-RESPECT DE L’ENGAGEMENT RELATIF À LA MAINTENANCE PRÉVU AU PARAGRAPHE 33	53
1. ARGUMENTS DE BOUYGUES TÉLÉCOM.....	53
2. ARGUMENTS D’ALTICE/SFR GROUP	53
3. POSITION DE L’AUTORITÉ	54
a) Sur le sens et la portée de l’engagement 33.....	54
b) Sur le retard à la mise en place des indicateurs de qualité	56
c) Sur les conditions de la maintenance	56
d) Sur la priorité donnée par Altice/SFR Group à la commercialisation du câble	57
D. CONCLUSION SUR LE RESPECT DES ENGAGEMENTS PRÉVUS AUX PARAGRAPHES 30, 31 ET 33.....	58

III. Sur l'imputabilité des manquements	59
IV. Sur les sanctions	59
A. RAPPEL DES RÈGLES APPLICABLES	59
B. LES ÉLÉMENTS D'APPRÉCIATION AU CAS D'ESPÈCE	61
1. SUR LA NATURE DES ENGAGEMENTS INEXÉCUTÉS ET LEUR IMPORTANCE DANS L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA DÉCISION D'AUTORISATION	61
2. SUR LA GRAVITÉ DES MANQUEMENTS CONSTATÉS	62
a) En ce qui concerne l'ampleur des manquements	62
b) En ce qui concerne la durée des manquements.....	65
<i>La mise en place retardée des engagements</i>	<i>65</i>
<i>Sur le respect des délais imposés par les engagements</i>	<i>66</i>
3. SUR LES ATTEINTES À LA CONCURRENCE QUE LA DÉCISION AVAIT POUR OBJET DE PRÉVENIR	66
a) Sur le recours à l'offre bitsream en substitution du développement du réseau	67
b) Sur l'atteinte au déploiement concurrentiel de la fibre optique et l'affaiblissement de Bouygues Telecom	68
4. EN CE QUI CONCERNE LE COMPORTEMENT D'ALTICE/SFR GROUP ET LES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES OU AGGRAVANTES.....	70
C. CONCLUSION.....	71
1. SUR LA SANCTION PÉCUNIAIRE	71
2. SUR LES INJONCTIONS	72
DÉCISION	76

I. Contexte

1. Par décision n° [14-DCC-160](#) du 30 octobre 2014 (ci-après, la « Décision »), l’Autorité de la concurrence (ci-après, « l’Autorité ») a autorisé sous réserve d’engagements la prise de contrôle exclusif de la Société Française du Radiotéléphone (SFR) par Numericable Group (devenue Numericable-SFR, puis SFR Group le 21 juin 2016), filiale du groupe Altice (ci-après, ensemble « Altice/SFR Group »).
2. L’opération a été réalisée le 27 novembre 2014. SFR était alors détenue à 100 % par Numericable, elle-même contrôlée exclusivement par la société Altice SA. Depuis le transfert de la quasi-totalité des actifs et du passif d’Altice SA à Altice Luxembourg, les engagements pris par cette société auprès de l’Autorité ont été transférés à Altice Luxembourg.
3. Parmi les engagements souscrits par Altice/SFR Group figurait un engagement relatif à un accord de co-investissement dans la fibre optique en zone très dense signé entre SFR et Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 (ci-après, « l’accord ou le contrat Faber »).
4. Par décision n° 15-SO-14 du 5 octobre 2015, l’Autorité s’est saisie d’office des conditions dans lesquelles est assuré par Altice et Numericable-SFR le respect des engagements annexés à la décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relatifs à l’accord Faber, à la suite de plusieurs plaintes de la société Bouygues Télécom. L’autosaisine a été enregistrée sous le numéro 15/0113R.
5. Seront ici successivement présentés les marchés de gros et de détail de la fourniture d’accès à Internet haut et très haut débit concernés par cet accord (A), les principaux aspects de l’analyse concurrentielle menée sur ces marchés par l’Autorité dans sa Décision (B), les engagements relatifs au contrat Faber pris par la partie notifiante pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés (C) et enfin la procédure devant l’Autorité (D).

A. LES MARCHÉS DE LA FOURNITURE D’ACCÈS À INTERNET HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT CONCERNÉS PAR L’ACCORD

6. Seront successivement examinés les marchés de détail (1), puis les marchés de gros (2) du haut et très haut débit.

1. LES MARCHÉS DE DÉTAIL DES OFFRES À HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT

7. Les offres à haut et très haut débit sont considérées actuellement comme appartenant au même marché. Sur le marché français, plusieurs technologies d’accès à Internet coexistent et permettent à l’utilisateur final d’accéder à des débits très variables.

a) Les offres à haut débit

8. Les accès Internet haut débit utilisent la boucle locale en cuivre d’Orange via les technologies xDSL. Ils permettent un accès à Internet haut débit avec des débits généralement inférieurs à 30 Mbit/s, même si ce débit peut être amélioré grâce à la technologie VDSL2. D’après l’Autorité de régulation des communications électroniques et

des postes (ci-après « l'ARCEP »), environ 30 millions de foyers étaient éligibles à un service haut débit sur la boucle locale cuivre au 31 mars 2014 (Décision, paragraphe 62).

b) Les offres à très haut débit

9. Les accès Internet très haut débit permettent à l'utilisateur de disposer d'un accès à des débits supérieurs à 30 Mbit/s. Ils utilisent deux types de réseau différents : le réseau câblé modernisé partiellement fibré et le réseau en fibre optique de bout en bout.

Le réseau câble modernisé

10. En premier lieu sont apparues sur le marché les technologies mixant le recours à la fibre en haut de réseau et au câble coaxial pour la partie terminale. Sur la zone de couverture du câble, seule Altice/SFR Group a la possibilité d'utiliser une architecture technologique reposant sur l'utilisation successive de fibres optiques jusqu'au pied d'immeuble (les déploiements horizontaux en fibre optique étant achevés) puis de câbles coaxiaux à l'intérieur des immeubles, jusqu'à la prise chez l'abonné (technologie FttB pour *Fiber to the Building* ou fibre jusqu'à l'immeuble).
11. Les performances de cette technologie se rapprochent de celles de la fibre, jusqu'à assurer un débit descendant similaire à celui proposé en FttH. Mais il est généralement considéré que le recours au câble coaxial sur la partie terminale entraîne pour le consommateur le risque d'être bloqué en débit, à terme (c'est-à-dire quand les besoins en capacité des abonnés auront beaucoup augmenté du fait de nouveaux usages), par le partage entre tous les utilisateurs de l'immeuble de la capacité réduite du câble par rapport à la fibre.
12. Le principal avantage de cette technologie est qu'elle est déployée à partir d'un réseau câblé déjà modernisé depuis plusieurs années, et surtout déjà présent au domicile de l'abonné, sans qu'il soit besoin d'installer une prise supplémentaire, opération susceptible à la fois de renchérir le coût des travaux et de susciter de fortes réserves de la part des occupants du logement. Le délai de mise en service des accès Internet sur le réseau câblé est, de ce fait, particulièrement rapide : [...].
13. Le second avantage du réseau câblé modernisé est de disposer en 2014 d'un réseau existant beaucoup plus étendu que l'empreinte de la fibre : selon les données collectées par l'ARCEP, 8,5 millions de logements étaient éligibles à une offre Internet à très haut débit via un réseau coaxial au 31 mars 2014, dont 5,4 millions ayant accès à un débit supérieur à 100 Mbit/s (Décision, paragraphe 62), contre 3,15 millions pour le réseau en fibre optique.

Le réseau intégralement en fibre optique

14. Les opérateurs autres qu'Altice/SFR Goup, qui ne disposent pas d'un réseau coaxial susceptible de supporter le très haut débit, ont développé les technologies fondées sur la fibre optique intégralement déployée jusqu'à la prise chez l'abonné (*Fiber to the Home* « *FttH* » ou fibre jusqu'à la maison).
15. La technologie nécessite la construction d'un nouveau réseau, puisqu'elle ne permet pas de s'appuyer sur une boucle locale préexistante et implique des travaux de génie civil (tirage de la fibre) et d'accès aux parties communes d'un immeuble et aux logements particuliers pour l'installation d'une prise. En revanche, le FttH peut garantir à long terme des performances plus élevées que les technologies précédentes, puisque chaque abonné dispose de sa propre fibre optique.

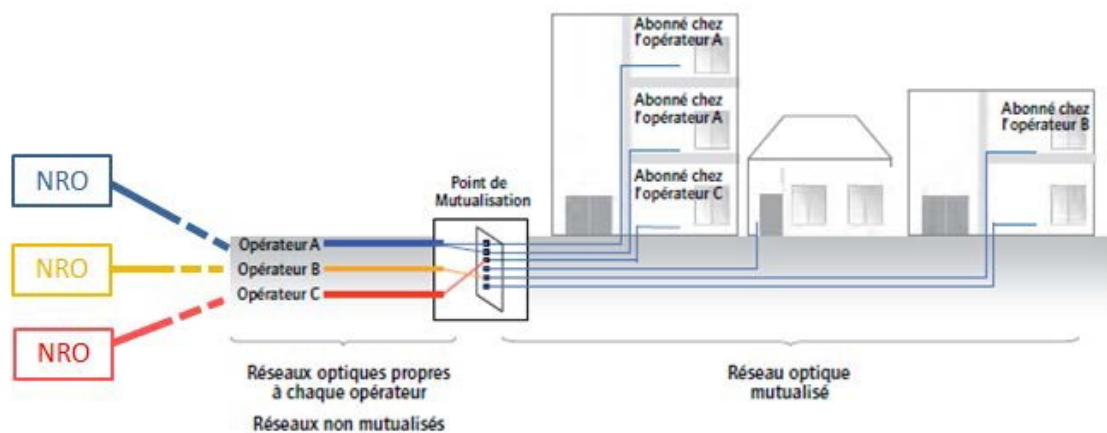
16. À l'époque de la Décision, Orange, SFR et, dans une moindre mesure, Bouygues Telecom et Free avaient commencé à déployer leurs infrastructures en fibre optique. Selon les données collectées par l'ARCEP, 3,15 millions de logements étaient éligibles à une telle offre au 31 mars 2014 (Décision, paragraphe 62).

2. LES MARCHÉS DE GROS DU TRÈS HAUT DÉBIT

17. Avant de présenter le fonctionnement des marchés de gros (c), il convient de préciser les conditions techniques (a) et réglementaires (b) du déploiement de la fibre optique dans les zones très denses.

a) Les conditions du déploiement de la fibre optique

18. Le déploiement de la partie terminale des réseaux FttH comprend : (i) le déploiement dit « horizontal » de fibre optique dans les rues, jusqu'au pied des immeubles, (ii) le déploiement dit « vertical » dans les colonnes montantes des immeubles, et (iii) le raccordement final ou « raccordement palier » qui permet de raccorder chaque logement au point de branchement optique situé sur le palier.



19. Le point de mutualisation (ci-après, « PM ») est le point en lequel l'« opérateur d'immeuble », qui est l'opérateur désigné par le propriétaire ou le gestionnaire d'immeuble pour équiper l'immeuble en fibre optique, donne accès à son réseau vertical (c'est-à-dire les colonnes montantes de l'immeuble) aux opérateurs tiers (« opérateurs commerciaux »), qui ont déployé le réseau horizontal de fibre optique jusque dans la rue à proximité des immeubles. Le raccordement du réseau horizontal des opérateurs tiers au point de mutualisation constitue l'adduction.

b) La réglementation sectorielle applicable

20. La partie terminale des réseaux en fibre optique (hors raccordement final) fait l'objet d'une régulation symétrique, c'est-à-dire s'imposant à tous les opérateurs (par opposition à la régulation asymétrique ne visant qu'un opérateur déterminé), fondée sur l'article L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques (ci-après, « CPCE »).

21. En zone très dense (qui comprend 106 communes définies dans la décision de l'ARCEP n° 2013-1475 du 10 décembre 2013), l'ARCEP considère qu'il est économiquement efficace pour plusieurs opérateurs de déployer leur propre réseau horizontal dans la rue. En revanche, pour la partie terminale verticale des réseaux en fibre optique, la réglementation pose le principe de la mutualisation, car cette partie n'est pas duplicable dans des conditions économiques efficaces.
22. Compte tenu de la mutualisation de la partie verticale du réseau FttH, le premier opérateur qui décide de raccorder un immeuble (opérateur primo-investisseur) devient opérateur d'immeuble et doit, à ce titre, proposer aux autres opérateurs commerciaux d'accéder à la partie mutualisée du réseau. Le PM, qui permet à chaque opérateur commercial de se raccorder au réseau vertical mutualisé, se situe donc en pied d'immeuble, ou à l'intérieur de l'immeuble si celui-ci comprend un nombre suffisant de logements.
23. Le raccordement des réseaux horizontaux des opérateurs commerciaux au réseau vertical installé par l'opérateur d'immeuble fait l'objet d'un séquençage précis. Une fois la convention signée entre l'opérateur d'immeuble et la copropriété, cette information est transmise aux opérateurs tiers dans le mois par le biais de la mise à jour du fichier dit « IPE ».
24. En vertu de l'article R. 9-4 du CPCE, l'opérateur d'immeuble doit réaliser les travaux d'installation de la partie verticale dans un délai de 6 mois à compter de la signature de la convention. L'opérateur d'immeuble doit, en tout état de cause, informer les opérateurs tiers du début effectif des travaux grâce au fichier IPE et indiquer une date prévisionnelle de livraison du PM (« date d'installation ») desservant cet immeuble.
25. Lorsque le PM est installé, l'opérateur d'immeuble doit obligatoirement informer les autres opérateurs de sa livraison en diffusant le « *Compte-rendu de mise à disposition* » (CR-MAD) dans le fichier IPE afin de leur permettre de procéder au raccordement de leurs réseaux horizontaux sur le point de mutualisation.
26. La réglementation impose à l'opérateur d'immeuble d'attendre un « délai de prévenance » d'au moins 3 mois (obligation dite « J3M ») avant de commercialiser tout accès FttH dans les immeubles desservis par le PM nouvellement installé. Ainsi, les opérateurs tiers peuvent réaliser l'adduction dans ce délai de trois mois, ce qui les place sur un pied d'égalité avec l'opérateur d'immeuble dans la commercialisation des abonnements au très haut débit.

c) Les marchés de gros des offres passives et activées d'accès à Internet

27. Pour servir le marché de détail de la fourniture d'accès à Internet à haut débit, l'opérateur de communications doit avoir accès à un réseau cuivre ou fibre. Il peut choisir d'investir dans ce réseau, en se plaçant dans une logique de concurrence par les infrastructures, ou bien recourir au réseau proposé par un opérateur tiers, se limitant alors à une concurrence par les services.

Les offres passives

28. Dans le cas d'une concurrence par les infrastructures, il peut choisir de construire lui-même son propre réseau ou bien souscrire à une offre de gros dite « passive », sous deux formes. L'opérateur peut en premier lieu construire son offre en investissant dans le dégroupage de nœuds de raccordement d'abonnés (« NRA », point de raccordement du réseau de cuivre ou optique en vue de la desserte locale). Mais il peut également souscrire à une offre d'accès passive en louant sur longue durée le réseau déployé par un autre opérateur. Dans tous les cas, il investira dans l'infrastructure qui lui permettra de proposer ses propres offres à partir de son réseau, en maximisant donc son revenu.

29. Différentes modalités financières sont proposées en échange d'un accès passif aux lignes FttH : un cofinancement *ab initio* ou un cofinancement *ex post* en échange d'un droit d'usage de la fibre optique, ou encore une offre de location à la ligne. Le mécanisme de cofinancement implique que le coût de déploiement du réseau pesant sur chaque opérateur décroît avec le nombre d'opérateurs participant à l'investissement.
30. Dans le cas du réseau en fibre optique en zone très dense, les quatre grands opérateurs français ont fait le choix de la concurrence par les infrastructures via le cofinancement du réseau.

Les offres activées

31. Contrairement aux offres de gros passives, qui permettent aux opérateurs d'accéder à différents niveaux du réseau (collecte, ou boucle locale cuivre ou fibre optique) en s'inscrivant dans une logique de concurrence par les infrastructures, les offres de gros activées relèvent d'une concurrence par les services.
32. Lorsqu'un opérateur ne dispose pas d'infrastructure propre pour adresser un client (n'ayant ni développé son propre réseau fibre, ni dégroupé de NRA, ni souscrit à une offre d'accès passif) sur une zone géographique donnée, il peut s'appuyer sur une offre d'accès « activée », ou « bitstream ». Le flux de données de l'opérateur demandeur est alors collecté par le fournisseur de l'offre bitstream à partir d'un point de présence de l'opérateur de détail en amont du réseau et acheminé vers le client final, via le réseau de collecte du fournisseur et la boucle locale de cuivre, fibre optique ou coaxiale.
33. Les offres activées proposées par les opérateurs disposant d'un réseau peuvent être des offres bitstream ou des accords dits de « marque blanche ». Un accord de type marque blanche se distingue d'un accord bitstream par le faible degré de liberté technologique et donc commerciale laissé à l'opérateur client. L'opérateur client vend alors sous sa propre marque un service qui est entièrement produit par l'opérateur fournisseur.
34. Sur le marché des offres activées en très haut débit, seul le réseau câblé modernisé était accessible, via Numericable, notamment sous forme d'une offre de type bitstream, offrant à cet opérateur une marge de manœuvre plus importante que les offres en marque blanche.

B. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNANT LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA FOURNITURE D'ACCÈS À INTERNET HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT

35. Dans sa Décision, l'Autorité a relevé le dynamisme des offres de très haut débit en France.
36. Ainsi, si à la fin de l'année 2013 le nombre total d'abonnements (grand public et entreprises) à une offre très haut débit n'était que de 2,066 millions sur un total de 24,936 millions d'abonnements haut et très haut débit, le segment du très haut débit avait cependant contribué à hauteur de 47 % à la croissance du nombre d'abonnements sur l'année, dont 78 % sur le dernier trimestre 2013.
37. Dans sa Décision, l'Autorité a relevé que l'opération de rachat de SFR par Numericable aurait un impact important sur le segment du très haut débit, sous forme :
 - d'effets horizontaux sur le marché de détail de la fourniture d'accès haut débit à Internet (1) ;
 - et d'effets verticaux sur les offres en gros très haut débit ainsi que sur l'accès au détail au très haut débit (2).

1. LES EFFETS HORIZONTAUX DE L'OPÉRATION SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA FOURNITURE D'ACCÈS À INTERNET

38. Dans sa Décision, l'Autorité notait que l'opération impliquait « *deux acteurs majeurs du très haut débit, le leader du segment – Numericable – prenant le contrôle d'un concurrent actuel et potentiel majeur, SFR* » (Décision, paragraphe 71).
39. Le très haut débit pouvait être offert via le réseau câblé, déjà largement modernisé, propriété de Numericable, ou via la fibre de bout en bout, en voie de développement par les autres opérateurs, notamment SFR. Ces deux réseaux disposaient cependant d'une couverture très différente : sur le réseau câblé, la nouvelle entité bénéficiait, comme il a été dit, d'une forte avance en termes de couverture (8,4 millions de logements étant déjà éligibles à des offres très haut débit, dont 5,4 millions sur câble modernisé offrant des débits supérieurs à 100 Mbits/s) loin devant les réseaux fibre en développement des autres opérateurs.
40. Les parts de marché des principaux opérateurs sur le marché de détail du haut et très haut débit résidentiel pour l'année 2013 reflétaient largement les différences de déploiement des deux réseaux :

	Haut et très haut débit		Très haut débit	
	Nombre d'abonnements (milliers)	PDM	Nombre d'abonnements (milliers)	PDM
Numericable	1 041	4,2 %	[...]	[50-60] %
SFR	5 257	21,1 %	[...]	[5-10] %
Nouvelle entité	6 298	25,3 %	[...]	[50-60] %
Orange	10 108	40,6 %	[...]	[10-20] %
BYT	2 103	8,1 %	[...]	[10-20] %
Free	5 640	22,6 %	[...]	[0-5] %
Autres ⁹⁹	846	3,4 %	[...]	[5-10] %
Total	24 905	100 %	[...]	100 %

Source : Décision, paragraphe 181

41. Grace au réseau câblé de Numericable, la nouvelle entité prenait ainsi une part dominante du segment du très haut débit. À l'aval, l'opération multipliait par [5 à 7] la base d'abonnés de Numericable, qui détenait [20-30] % du marché du haut et du très haut débit à l'issue de l'opération et près de [60-70] % du segment du très haut débit (Décision, paragraphe 237).
42. L'opération supprimait par ailleurs un concurrent important sur le marché. Au 31 mars 2014, SFR disposait du deuxième réseau FttH le plus étendu derrière Orange, avec environ [...] million de logements éligibles et le deuxième parc d'abonnements FttH. Il jouait ainsi un rôle de premier ordre dans l'animation concurrentielle sur le segment du très haut débit et dans le développement d'une offre FttH. L'ARCEP indiquait ainsi que « *SFR a largement contribué aux déploiements des réseaux FttH dans les zones très denses que ce soit en tant qu'opérateur d'immeuble (déploiement en propre de la partie terminale mutualisée) ou en*

cofinancement ». SFR se présentait d'ailleurs elle-même comme le « *seul opérateur alternatif à investir massivement dans le FttH* » (Décision, paragraphe 309).

43. Par ailleurs, la modernisation du réseau câblé étant moins coûteuse que la création d'une infrastructure FttH, il était prévisible que la couverture très haut débit de la nouvelle entité continue de progresser beaucoup plus rapidement que celle de ses concurrents.
44. Pour l'Autorité, la prise de contrôle de SFR par Numericable impliquait donc un risque de préemption durable de la clientèle adressable sur le segment du très haut débit pendant la période de déploiement de la fibre optique (Décision, paragraphes 198 et 199), la nouvelle entité se trouvant en mesure de développer ses activités sur ce segment plus rapidement que ses concurrents. En outre, ceux-ci ne parvenaient pas en mesure de combler leur retard avant un délai d'au moins 5 ans : selon Free « *les opérateurs FttH auront beaucoup de mal à récupérer les abonnés perdus [durant la période de construction du réseau], qui n'auront aucun intérêt immédiat à faire des travaux et installer une nouvelle prise dans leur logement pour bénéficier d'une autre offre très haut débit* » (Décision, paragraphe 299).

2. LES EFFETS VERTICAUX DE L'OPÉRATION

45. À l'amont, s'agissant des offres de gros très haut débit, l'Autorité constatait que le nouvel ensemble serait le seul à proposer une offre activée très haut débit sur le réseau câblé permettant de construire une offre de détail différenciée très haut débit couvrant un nombre significatif d'abonnés déjà éligibles, contrairement au réseau en fibre optique en voie de déploiement (Décision, paragraphe 233).
46. SFR et Numericable – tous deux offreurs sur les marchés de gros, l'un pour les offres d'accès passives à la fibre et le second pour les offres activées sur le câble – étaient présents sur toute la chaîne de valeur verticale : la Décision notait qu'ils pourraient ainsi disposer du pouvoir d'évincer leurs concurrents en verrouillant l'accès sous forme active ou passive aux infrastructures.
47. L'opération était en l'occurrence susceptible de porter atteinte à la dynamique concurrentielle du marché de trois façons :
 - en menaçant l'accès des opérateurs à l'offre activée sur le câble proposée par Numericable, qui avait intérêt à verrouiller l'accès à son réseau (a) ;
 - en supprimant un intervenant sur une partie du marché, SFR n'ayant pas intérêt à poursuivre son déploiement en fibre optique sur les zones câblées (b) ;
 - en menaçant le déploiement du réseau en fibre optique de Bouygues Télécom et SFR, ce dernier n'étant plus incité à exécuter jusqu'au bout le contrat de cofinancement qui les liait sur la zone très dense (c).

a) Sur l'accès des opérateurs à l'offre activée sur le câble proposée par Numericable

48. Bouygues Telecom a signé en 2009 un contrat de type bitstream lui permettant de commercialiser des offres à très haut débit à destination de la clientèle résidentielle. En attendant la construction de son propre réseau fibre, ce contrat lui permettait de développer une base d'abonnés très haut débit, la quasi-totalité des accès très haut débit commercialisés par Bouygues Telecom étant à l'époque achetés en gros à Numericable dans le cadre de ce contrat.

49. Grace au recours à l'offre activée bitstream, Bouygues Telecom était devenu le plus proche concurrent de Numericable, avec une part de marché représentant cependant moins du tiers de celle de la nouvelle entité. Bouygues Telecom était « *au demeurant, entièrement dépendant des prestations de gros que lui rend[ait] Numericable* » (Décision, paragraphe 182).
50. L'Autorité a considéré que la nouvelle entité aurait la capacité de verrouiller l'accès à son réseau câblé à l'issue de l'opération, et avait d'ailleurs intérêt à le faire, dans un contexte où ses concurrents ne seraient pas en mesure de répliquer à court terme en raison des barrières à l'entrée techniques et financières au déploiement d'un réseau FttH.
51. Une stratégie de verrouillage était donc susceptible d'affecter de manière importante la concurrence sur le segment du très haut débit, en dégradant les conditions d'accès au réseau très haut débit de Bouygues Telecom, qui dépendait de l'offre de gros activée de Numericable (offre de type *bitstream*), et en refusant l'accès à d'autres opérateurs (autres opérateurs ou MVNO) qui en auraient eu besoin pour répliquer efficacement à la préemption de la clientèle très haut débit par la nouvelle entité (Décision, paragraphe 298).

b) Sur la disparition de la pression concurrentielle exercée par SFR

52. En supprimant l'offre de SFR, l'opération de concentration ne faisait pas seulement disparaître un concurrent sur le marché de détail, elle réduisait également le nombre d'intervenants sur le marché de gros des offres passives d'accès au réseau fibre.
53. En effet, la nouvelle entité bénéficiait, comme il a été dit plus haut, d'une avance en termes de couverture : 8,4 millions de logements étant déjà éligibles à des offres très haut débit sur le réseau câblé.
54. La prise de contrôle de SFR par Numericable entraînait donc potentiellement la disparition de la pression concurrentielle exercée par SFR sur la fibre optique du fait que l'essentiel du réseau FttH de SFR se situait en zone câblée de Numericable : « [...] *des [...] million de logements éligibles à une offre FttH de SFR au 31 mars 2014 se trouvent en zone câblée Numericable* » (Décision, paragraphes 197 et 198), conférant ainsi une capacité d'arbitrage à la nouvelle entité entre les deux technologies et entraînant du coup un risque très probable de retrait de SFR des projets de déploiement FttH en zone câblée.
55. Dès 2014, SFR a signé avec Numericable un contrat de marque blanche lui permettant de commercialiser des offres d'accès Internet à destination du grand public sur le réseau câblé de Numericable. Ce contrat réduisait considérablement l'intérêt des investissements FttH jusqu'alors envisagés par SFR dès lors que le réseau câblé recouvrait l'essentiel de la zone très dense. Il n'était pas rationnel pour le nouvel ensemble de dupliquer une infrastructure très haut débit sur toute l'empreinte du câble, les nouvelles prises FttH que SFR envisageait alors de déployer se révélant redondantes avec celles du câble.
56. L'ARCEP notait à ce propos que « *SFR ou Numericable n'ont pour l'instant pas pris d'engagement public à maintenir ces investissements. Cependant, une stratégie visant à éviter la duplication de la boucle locale filaire pour un même logement semble la plus probable* » (Décision, paragraphe 313).
57. Ce point de vue était partagé par l'ensemble des opérateurs. Ainsi, Bouygues Telecom indiquait que « *postérieurement à la fusion, le nouvel ensemble n'aura plus d'incitation à déployer et à investir dans la technologie FttH dans toutes les zones dans lesquelles il pourra s'appuyer sur son réseau FttLA déjà déployé par Numericable, puisqu'il aura beaucoup plus intérêt à moderniser son principal actif, plutôt que déployer une nouvelle infrastructure*

qui viendra concurrencer la sienne, profitera à ses concurrents et l'obligera à consentir des investissements massifs » (Décision, paragraphe 313).

58. Le retrait de SFR du cofinancement de la fibre en zone câblée était susceptible d'entraîner deux types de conséquences sur le marché de gros.
59. La première conséquence était d'augmenter significativement la durée et le poids financier des investissements que les autres opérateurs devaient consentir pour maintenir leurs objectifs de déploiements, puisque le cofinancement allège le poids financier à la charge de chacun des opérateurs. Ainsi, l'ARCEP a évalué à environ [...] millions d'euros l'impact financier lié à la baisse de la participation de SFR aux déploiements des réseaux FttH. Orange, pour sa part, estimait que SFR « *risque également de ne plus déployer en zone câble en tant que primo-investisseur, ce qui conduirait Orange, en l'absence de remède à se substituer et à réaliser, dans un contexte financier contraint, en propre des déploiements non prévus* » (Décision, paragraphe 315).
60. La seconde conséquence était la disparition d'une offre de gros de la part de SFR, limitant d'autant le choix des cocontractants et surtout entraînant des conséquences problématiques pour les contrats de cofinancement déjà signés avec des concurrents.

c) Sur l'exécution du contrat signé entre Bouygues Telecom et SFR pour le co-investissement en zone très dense

61. Compte tenu du faible intérêt pour la nouvelle entité d'investir dans un réseau redondant, l'opération remettait en cause l'incitation de SFR à honorer ses engagements vis-à-vis des pouvoirs publics et de ses co-investisseurs sur l'ensemble de la zone câblée, tout particulièrement vis-à-vis de Bouygues Telecom (Décision, paragraphe 317).
62. Bouygues Telecom et SFR ont en effet signé, le 9 novembre 2010, un accord de co-investissement portant sur le déploiement d'un réseau horizontal en fibre optique sur un nombre défini de 22 communes situées en zone très dense (les communes représentant [40-60] % de la zone très dense), correspondant à environ [...] millions de logements raccordables. Le contrat a une durée [...].
63. Cet accord couvre le déploiement horizontal du réseau FttH comprenant, d'une part, l'installation des nœuds de raccordement optique (ci-après, « NRO ») et le déploiement des fibres des NRO jusque dans la rue à proximité des immeubles et, d'autre part, le raccordement de ces réseaux aux points de mutualisation (« l'adduction »).
64. Aux termes de cet accord, Bouygues Telecom cofinance ce déploiement qui est réalisé par SFR pour le compte des deux opérateurs. Le contrat Faber repose sur le principe d'un partage des coûts et des investissements entre les parties. Les tarifications des différentes prestations sont ainsi partagées à parts égales². Enfin, SFR est en charge pour le compte des deux opérateurs de la maintenance des infrastructures FttH partagées.
65. Dans sa Décision, l'Autorité relevait que Bouygues Telecom avait déjà cofinancé les déploiements horizontaux permettant de raccorder [2 à 3] millions de prises (logements) en

² Les « reprises d'adduction » constituent toutefois une exception à ce principe (cote 6496).

zone très dense, pour un investissement de [...] d'euros. Cependant, SFR n'avait pas encore procédé à la phase d'adduction pour environ [1,5 à 2,5] millions de prises. Par conséquent, Bouygues Telecom ne pouvait bénéficier commercialement des déploiements cofinancés que pour [...] prises environ (Décision, paragraphes 318 et 823).

66. Compte tenu du taux de couverture important du réseau câblé sur la zone très dense (plus de [90-100] %), SFR n'avait pas intérêt à poursuivre les adductions restantes, qui représenteraient un investissement dont la seule finalité serait désormais de permettre à Bouygues Telecom de compléter son réseau FttH et donc d'exercer, dans le périmètre géographique du contrat, une contrainte concurrentielle directe sur le nouvel ensemble en zone câblée. Cette inertie était rendue plausible par le fait que « *le contrat de 2010 ne prévoit pas de calendrier contraignant pour les déploiements, ces derniers étant définis chaque année sur proposition de SFR, en fonction de ses propres objectifs commerciaux. La nouvelle entité sera donc en mesure de ne pas honorer le contrat conclu en 2010 et Bouygues Telecom ne dispose d'aucun moyen de contraindre SFR à maintenir le rythme de réalisation des adductions* » (Décision, paragraphe 319).
67. En effet, le contrat présente la caractéristique d'être piloté par SFR qui assure les opérations de déploiement, dont les prestations d'adduction, et propose à Bouygues Telecom de participer à leur financement (article 4.3 du contrat cadre, cote 1118) : Bouygues Telecom est ainsi tributaire des plans prévisionnels de SFR en matière de raccordements.
68. Dès lors, l'Autorité a estimé que l'opération était susceptible de conduire le nouvel ensemble à ralentir le déploiement et la complétude du réseau FttH de Bouygues Telecom.

C. LES ENGAGEMENTS RELATIFS AU CONTRAT FABER

69. Afin de remédier aux problèmes de concurrence identifiés par l'Autorité, la nouvelle entité s'est engagée à mettre en œuvre un certain nombre de mesures correctives.
70. Au titre de ces mesures figure notamment l'obligation de mettre à disposition des opérateurs qui le souhaitent des offres d'accès activées à son réseau câblé (engagements annexés à la Décision, paragraphes 35 et suivants). Une première offre sous marque blanche permet aux opérateurs MVNO qui ne disposent pas de leur propre box d'accéder au câble. Une deuxième offre dite bitstream permet aux FAI d'utiliser l'accès au câble pour proposer des offres THD en utilisant leurs propres box et leurs propres interfaces clients.
71. Par ailleurs, la partie notifiante a pris un engagement relatif à l'exécution du contrat Faber, décomposé en trois volets :
 - l'engagement de réaliser les prestations d'adduction des PM déjà livrés par les opérateurs d'immeubles à la date de la Décision mais non encore adductés par SFR ;
 - l'engagement de réaliser sous trois mois, c'est-à-dire à l'intérieur du délai de prévenance cité au paragraphe 26 ci-dessus, les prestations d'adduction des PM qui seraient commandés par Bouygues Telecom parmi ceux livrés par les opérateurs d'immeuble postérieurement à la Décision ;
 - et enfin, l'engagement d'assurer la maintenance des infrastructures FttH dans les conditions prévues par le contrat, de manière transparente et non-discriminatoire reposant sur la définition d'indicateurs de qualité permettant d'en contrôler le suivi.
72. En conséquence, l'engagement 2.2.1 relatif au contrat Faber pris par Altice et Numericable Group (désormais SFR Group), dont l'inexécution est ici discutée, est rédigé en ces termes :

- paragraphe 30 : « *La Partie notifiante s'engage à réaliser sous 2 ans à partir de la Date d'Effet l'ensemble des adductions prévues au contrat pour l'ensemble des points de mutualisation livrés à la Date d'Effet, sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées au Mandataire chargé du Contrôle (génie civil bouché ou saturé, impossibilité d'accès, etc.)* » ;
- paragraphe 31 : « *La Partie notifiante s'engage à ajouter une disposition à l'accord 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 sur le périmètre géographique du réseau FttH déployé au titre de l'accord. La Partie notifiante s'engage à réaliser ces adductions dans un délai maximum de 3 mois, sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées au Mandataire chargé du Contrôle (génie civil bouché ou saturé, impossibilité d'accès, etc.)* » ;
- paragraphe 32 : « *La réalisation des adductions sera facturée à Bouygues Telecom dans le respect des conditions de tarification prévues au contrat* » ;
- paragraphe 33 : « *La Partie notifiante s'engage à assurer la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat dans les conditions prévues par celui-ci, de manière transparente et non-discriminatoire vis-à-vis de Bouygues Telecom. Afin de garantir l'effectivité de cette obligation, la Partie notifiante définira, sous le contrôle du Mandataire chargé du Contrôle, des indicateurs permettant de vérifier l'exécution de cet engagement et lui fournira toutes les données nécessaires ou utiles à cette fin* ».

D. LA PROCÉDURE DEVANT L'AUTORITÉ

73. Aux termes du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, « *le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'article L. 430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence* ».
74. Par courrier daté du 19 mai 2015, Bouygues Telecom a adressé à l'Autorité une plainte pour non-respect par Altice/SFR Group des engagements souscrits dans le cadre de la Décision.
75. Par décision n° 15-SO-14 du 5 octobre 2015, l'Autorité s'est saisie d'office des conditions dans lesquelles est assuré par Altice et Numericable SFR le respect des engagements relatifs à l'accord conclu avec Bouygues télécom le 9 novembre 2010.
76. À la suite de l'autosaisine, la rapporteure générale a saisi l'ARCEP en application de l'article R. 463-9 du code de commerce. Celle-ci a rendu son avis n° 2015-1406 le 24 novembre 2015 (cotes 869 à 890).
77. Le service des concentrations a demandé au mandataire indépendant chargé de vérifier le respect et la mise en œuvre des engagements (ci-après, « le mandataire ») de préparer un rapport concernant la mise en œuvre de l'engagement en cause. Le mandataire a communiqué son rapport *ad hoc* le 23 novembre 2015 (cotes 1256 à 1295).
78. Le 22 août 2016, le rapport des services d'instruction a été notifié à Altice et Numericable-SFR (désormais SFR Group) (cotes 15647 à 15725). Le commissaire du Gouvernement,

destinataire du rapport, a produit des observations le 8 septembre 2016 (cotes 15738 à 15742). Altice/SFR Group a produit ses observations en réponse le 21 septembre 2016 (cotes 15743 à 16113). Elle a par ailleurs produit une note datée du 10 octobre 2016 suivie d'un courriel daté du 8 novembre 2016 mettant à jour les chiffres relatifs aux adductions au 30 septembre 2016 (cotes 16127 à 16130) puis au 30 octobre 2016 (cotes 16172 à 16174). Enfin, elle a produit sur demande du collègue lors de la séance tenue le 22 novembre et clôturée le 7 décembre 2016 une note en délibéré le 30 novembre 2016 (cotes 16285 à 16313) ainsi qu'une seconde note en délibéré le 19 décembre 2016 faisant connaître ses observations sur un projet d'injonctions que lui avait transmis le collègue (cotes 16596 à 16611).

II. Constatations

79. Les engagements souscrits par Altice/SFR Group concernent les adductions de points de mutualisation, d'une part (A) ainsi que les conditions dans lesquelles Altice/SFR Group assure la maintenance des infrastructures FttH, d'autre part (B).

A. LES ADDUCTIONS DE POINTS DE MUTUALISATION RÉALISÉES AU TITRE DES ENGAGEMENTS DES PARAGRAPHES 30 ET 31

80. Seront successivement analysés le cadre juridique des adductions (1), l'évolution du rythme des adductions (2), les adductions réalisées au titre du paragraphe 30 (3) et du paragraphe 31 (4) et enfin, la question de la justification des adductions en échec (5).

1. LE CADRE JURIDIQUE ET LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES APPLICABLES AUX POINTS DE MUTUALISATION

a) Le cadre juridique

81. L'article L. 34-8-3 du CPCE définit une obligation de faire droit aux demandes d'accès aux lignes très haut débit ou en fibre optique. Cet accès est fourni en un point situé en principe, sauf dans les cas définis par l'ARCEP, hors des limites de la propriété privée et donc à l'extérieur de l'immeuble (ci-après, « PME »).
82. Dans sa décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009, antérieure au contrat Faber, l'ARCEP a défini les cas dans lesquels les PM peuvent être situés à l'intérieur des immeubles bâtis (ci-après, « PMI »). L'ARCEP a identifié deux situations :
- « *les immeubles bâtis d'au moins 12 logements* » ;
 - et « *les immeubles desservis par des galeries visitables d'un réseau public d'assainissement, quel que soit le nombre de logements ou locaux professionnels* », en précisant qu'« *à Paris notamment les réseaux publics d'assainissement sont visitables et desservent les immeubles d'habitation par des galeries de collecte elles-mêmes visitables* ».

83. Deux recommandations de l'ARCEP en dates des 14 juin 2011 et 21 janvier 2014 complètent la décision n° 2009-1106, en apportant des précisions sur les PM desservant certains immeubles en zone très dense (notamment sur les poches de basse densité, la limitation du nombre de PME pour réduire l'encombrement de la voirie et le nombre minimal de logements desservis par les PME). Ainsi, comme l'indique l'ARCEP dans son avis n° 2015-1406 précité, « depuis fin 2009, le cadre réglementaire relatif à l'établissement et au raccordement des points de mutualisation en zone très dense est défini ».

b) Les dispositions contractuelles

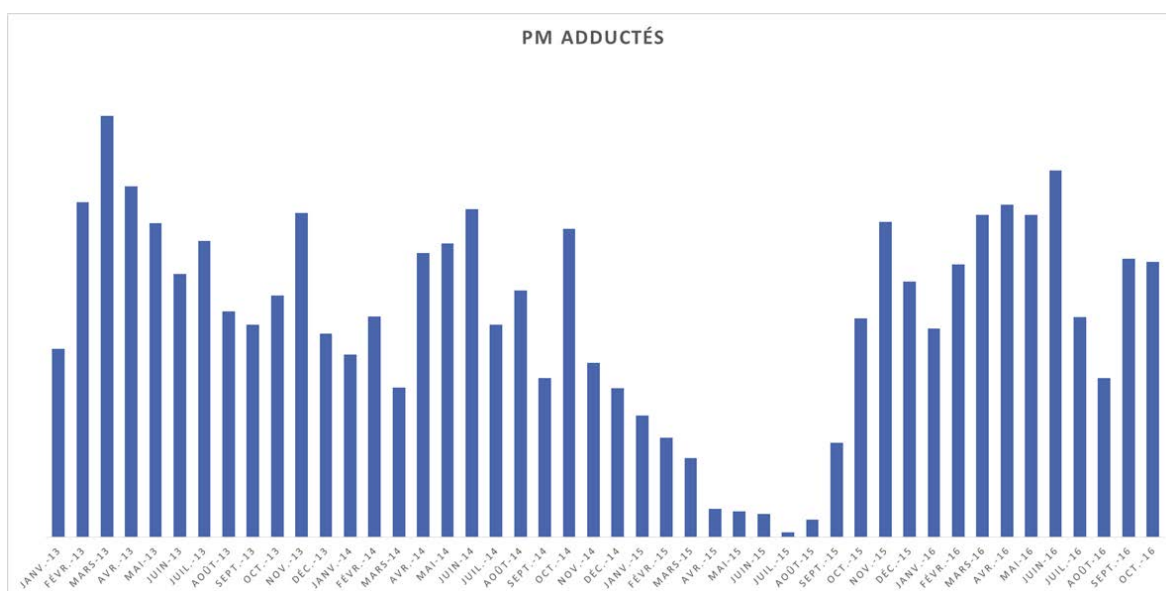
84. Le contrat Faber, conclu le 9 novembre 2010, se compose d'une convention cadre, de conditions particulières, ainsi que d'annexes techniques et tarifaires.
85. En vertu de l'article 1^{er} de la convention cadre, les parties ont convenu de co-investir dans un « réseau horizontal » FttH couvrant jusqu'à 22 communes en zone très dense, et le cas échéant, dans les « réseaux verticaux ».
86. Plus spécifiquement, SFR s'est engagée à accorder à Bouygues Telecom – en contrepartie de son co-investissement – [...] (article 1 des conditions particulières, cote 1141).
87. L'article 4.1.1 du contrat cadre stipule à ce titre que « *La Commande d'un NRO [...]* » (cote 1117). L'article 3.3 des conditions particulières précise que « *SFR livre les Adductions qu'elle déploie pour les NRO commandés par BOUYGUES TELECOM suivant les dispositions visées aux présentes Conditions Particulières* » (cote 1146).
88. Les modalités d'échange entre les parties au contrat sur les adductions sont régies par l'article 4.3.3 des conditions particulières. Concrètement, SFR [...] (article 4.3.3 des conditions particulières, cote 1157). Il existe ainsi différents flux d'informations échangés entre SFR et Bouygues Telecom dans l'interface [...].
89. Une annexe tarifaire décrit par ailleurs les conditions tarifaires des adductions. À la date de signature du contrat, les parties n'avaient convenu des tarifs applicables qu'aux seuls immeubles suivants :
- immeubles [...] (ce sont des immeubles raccordables à partir de PMI au sens de la réglementation de l'ARCEP susvisée) ;
 - immeubles [...] (ce sont des immeubles raccordables à partir de PMI au sens de la réglementation de l'ARCEP susvisée).
90. L'annexe tarifaire prévoit par ailleurs que les tarifs applicables aux adductions des immeubles [...] (qui constituent des immeubles raccordables à partir de points de mutualisation extérieurs à l'immeuble au sens de la réglementation de l'ARCEP) seront définis ultérieurement dans le cadre d'un comité stratégique « *après définition par l'ARCEP des conditions prévues pour ce type de déploiement* » (cotes 1172 ; voir également article 5.2 de la convention cadre, cote 1123).
91. Cependant, après l'adoption des deux recommandations de l'ARCEP visées ci-dessus, complétant le dispositif applicable en ce qui concerne les PME, le comité stratégique n'a pas été réuni à cette fin.
92. Compte tenu de cette absence de définition des conditions tarifaires, Altice/SFR Group a considéré, pour l'exécution des engagements, qu'un certain nombre de PM, du fait de leur typologie et des stipulations contractuelles, étaient exclus du périmètre des engagements (les « *PM Exclus* »). Il s'agit :

- des « PM de [...] » ;
- des PM desservant des immeubles de « [...] » ;
- des PM « [...] » ;
- des « [...] » (cotes 15 756 à 15 770).

93. C'est donc seulement pour les PM qu'elle considérait comme inclus dans le périmètre des engagements qu'Altice/SFR Group a procédé aux adductions prévues aux paragraphes 30 et 31. Les pièces et les données chiffrées communiquées par Altice/SFR Group et présentées ci-après reposent sur ce périmètre.

2. LE RYTHME DES ADDUCTIONS AVANT ET APRÈS LA DÉCISION

94. Il ressort des données communiquées par Altice/SFR Group, reprises dans le graphique ci-après, que le rythme des adductions de PM réalisées par cette dernière a très fortement diminué entre novembre 2014 et octobre 2015 :



95. Cette baisse du rythme des adductions entre novembre 2014 et octobre 2015 a été confirmée par l'ARCEP dans son avis n° 2015-1406 : alors que SFR adductait entre [...] PM et [...] PM par an, l'ARCEP a relevé que « la production réalisée par Numericable-SFR sur l'année écoulée de novembre 2014 à octobre 2015 a été de [...] adductions, dont environ la moitié concerne les adductions de PM existants avant la décision » (cote 884). Ainsi, SFR maintenait avant l'opération un rythme d'adductions de l'ordre de [...] PM par mois (cote 884).

96. S'agissant plus spécifiquement des adductions à réaliser au titre du paragraphe 30 (ci-après, « le stock »), l'Autorité constate qu'aucune adduction n'a été réalisée au titre du stock entre novembre 2014 – date de la décision de l'Autorité – et mars 2015 (hormis une adduction réalisée en janvier 2015), ainsi que cela ressort du graphique ci-dessus.

97. Il ressort de ce même graphique qu'à compter du mois de mars 2015, Altice/SFR Group a commencé à procéder aux adductions des points de mutualisation au titre du stock, mais en maintenant un rythme très faible (entre [...] et [...] PM par mois entre mars 2015 et septembre 2015). Ce n'est qu'à compter du mois d'octobre 2015 – date de l'autosaisine de l'Autorité – qu'Altice/SFR Group a repris un rythme plus soutenu de réalisation des

adductions au titre du stock (supérieur à [...] PM). Entre octobre 2015 et mai 2016, [...] PM par mois ont été livrés au titre du stock, contre seulement [...] PM entre janvier et octobre 2015, soit une moyenne de [...] PM par mois.

98. Interrogés par le service des concentrations en juillet 2015, soit avant l'autosaisine de l'Autorité, les responsables d'Altice/SFR Group ont indiqué que cette baisse brutale du volume d'adductions « *s'explique par une réorganisation interne très importante qui a suivi l'acquisition de SFR par Numericable mais également par l'introduction de nouvelles procédures de sélection de fournisseurs de SFR en charge des travaux de construction des lignes FttH* » (cotes 1875 à 1882). Cette explication a été réaffirmée au cours de l'audition des représentants d'Altice/SFR Group le 10 décembre 2016 (cotes 1313 à 1326).

3. L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS AU TITRE DU PARAGRAPHE 30

99. Au titre du paragraphe 30, Altice/SFR Group s'est engagée à réaliser, dans un délai de 2 ans suivant l'adoption de la Décision, soit au plus tard au 30 octobre 2016, les prestations d'adduction des PM livrés au 30 octobre 2014 (« stock »), sauf difficultés d'adduction dûment justifiées.
100. Altice/SFR Group a distingué dans ses comptes rendus d'exécution quatre situations :
- soit le PM est livré « *OK* » (c'est-à-dire « *effectivement adducté avec succès* ») ;
 - soit le PM est en « *KO temporaire* » ou « *KO provisoire* » (c'est-à-dire « *se heurtant à une impossibilité d'adduction que SFR et ses sous-traitants essaient par la suite de surmonter à l'occasion de nouvelles tentatives d'adduction* ») ;
 - soit le PM est en « *KO définitif* » (c'est-à-dire « *impossible à adducter* ») (cote 5656) ;
 - soit le PM est « *encours* », c'est-à-dire qu'Altice/SFR Group n'a justifié d'aucune tentative d'adduction.
101. S'agissant du stock de PM à adducter au titre du paragraphe 30, Altice/SFR Group affirme que seules « *les adductions réussies (OK) et les KO définitifs peuvent et doivent être pris en compte pour mesurer si, oui ou non, l'engagement n° 30 a bien été accompli* » (cote 15 772).
102. Les tableaux de suivi des adductions du stock communiqués par le groupe ont été établis sur ces bases.

a) Le stock de PM à la date de la Décision

103. À la date de la Décision, [8 000-16 000] PM (tous PM confondus) étaient dans les zones arrière des NRO commandés par Bouygues Telecom et restaient à adducter.
104. Comme il a été vu ci-dessus (cf. paragraphe 92 de la présente décision), Altice/SFR Group conteste ce nombre. Elle estime en effet que certaines catégories de PM sont exclues du périmètre du contrat et que 75 PM doivent être déduits du stock car ils ont été commandés à nouveau par Bouygues Telecom dans le cadre des commandes trimestrielles au titre de l'engagement 31.
105. Ainsi, selon elle, le stock de PM à adducter à la date de la Décision est composé seulement de [6000-14 000] PM (cote 15771), ainsi que cela ressort du tableau ci-après :

Stock de PM au 30/10/2014 (paragraphe 30)		
Stock initial	« PM Exclus » selon Altice/SFR Group	
[8 000-16 000]	PM de [...] logements[...] et de [...] logements [...]	[...]
	[...]	[...]
	[...]	[...]
	Total « PM Exclus » du périmètre du contrat selon Altice/SFR GRoup	[1 000-3 000]
	PM recommandés	75
Volume du stock à prendre en compte selon Altice/SFR Group	[6 000-14 000]	

b) Les adductions au titre du stock au 30 octobre 2016 selon Altice/SFR Group

106. Dans ses observations en réponse au rapport en date du 21 septembre 2016, Altice/SFR Group a présenté l'évolution des adductions du stock au 31 août 2016, soit deux mois avant la fin du délai fixé par l'engagement.
107. Altice/SFR Group indiquait être en mesure de traiter l'immense majorité du stock avant le 30 octobre 2016 et précisait que « *les sous-traitants de SFR traitent actuellement massivement les derniers PM dont l'adduction n'avait pas encore été tentée ([...]fin août et [...] au 19 septembre) ; comme il s'agit de PM par définition anciens (puisque figurant dans le stock) et dont l'adduction présente presque toujours une difficulté (ce pourquoi ils n'ont pu être adductés jusqu'ici), les sous-traitants pourront – pour ceux d'entre eux qui connaîtront un KO provisoire en septembre – faire une ultime tentative d'adduction d'ici fin octobre* » (cote 15774).
108. Ainsi, au 31 août 2016, sur le nombre de PM entrant dans le périmètre des engagements selon Altice/SFR Group, 34 %³ des PM avaient été livrés « OK », 15 %⁴ étaient en « KO définitif », le solde de PM – soit la moitié du stock encore à adducter au titre du paragraphe 30 – était soit en « KO provisoire » (34 %⁵), soit « encours » (15 %⁶).
109. Le 8 novembre 2016, Altice/SFR Group a transmis aux services d'instruction un nouveau tableau contenant les derniers chiffres relatifs aux adductions du mois d'octobre 2016 au titre du stock, donc à la date limite d'exécution de l'engagement 30, tableau qu'il convient de rapprocher de celui communiqué deux mois auparavant :

³ [...] PM livrés « OK » / [6 000-14 000] PM (périmètre selon Altice/SFR Group).

⁴ [...] PM en « KO définitif » / [6 000-14 000] PM (périmètre selon Altice/SFR Group).

⁵ [...] PM en « KO provisoire » / [6 000-14 000] PM (périmètre selon Altice/SFR Group).

⁶ [...] PM « encours » / [6 000-14 000] PM (périmètre selon Altice/SFR Group).

Nombre de PM du stock - Statut au 30/08/16				
PM dans le périmètre du contrat	Livrés OK	KO définitifs	KO provisoires	Encours
[6 000-14 000]	[...]	[...]	[...]	[...]

Source : Tableau Altice/SFR Group (cote 15774)

Nombre de PM du stock - Statut au 30/10/16				
PM dans le périmètre du contrat	Livrés OK	KO définitifs	KO provisoires	Encours
[6 000-14 000]	[...]	[...]	[...]	0

Source : Tableau Altice/SFR Group (cote 16173)

110. Il ressort de l'examen de ces deux tableaux :
- que l'« *encours* » du stock (c'est-à-dire les PM pour lequel Altice/SFR Group n'a justifié d'aucune tentative d'adduction) est passé de [...] PM à 0 PM ;
 - qu'entre septembre et octobre 2016, Altice/SFR Group a adducté [...] PM (livrés « *OK* ») ;
 - pour le solde, que [...] nouveaux PM sont passés durant ces mêmes deux mois du statut d'« *encours* » ou « *KO provisoire* » au statut de « *KO définitifs* », portant le total de ceux-ci à [...].
111. Dans ces conditions, Altice/SFR Group a estimé que l'engagement 30 a été correctement exécuté.
112. Il peut être relevé qu'au final, la quasi-disparition des « *KO provisoires* » et des « *encours* » a fait passer le pourcentage de « *KO définitifs* » en deux mois de 15 % à 57 %⁷ du stock initial selon Altice SFR/Group.
113. Selon les tableaux présentés par Altice/SFR Group, on comprend qu'auraient été « *traités* », durant ces deux derniers mois des engagements, [...]PM « *encours* » au 30 août 2016, plus la quasi-totalité des [...] PM classés en « *KO provisoire* », soit un total de plus de [2 000-5 000] PM « *traités* » en deux mois, représentant près de la moitié du stock total de PM entrant dans le périmètre des engagements selon Altice/SFR Group (sans préjudice des PM traités durant ces deux mois au titre des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom).

c) Les PM n'ayant fait l'objet d'aucune tentative d'adduction

114. Les chiffres ci-dessus ne tiennent pas compte des « *PM Exclus* » par Altice/SFR Group du périmètre du contrat, soit [1 000-3 000] PM non adductés et des 75 PM qui ont été

⁷ [...] PM en « *KO définitif* » / [6 000-14 000] PM (périmètre selon Altice/SFR Group).

commandés à nouveau par Bouygues Telecom dans le cadre des commandes trimestrielles au titre du paragraphe 31.

115. Ainsi, 19 %⁸ du nombre total de PM non adductés à la date de la Décision n'ont fait l'objet d'aucune tentative d'adduction, comme cela ressort du tableau ci-après :

	Stock initial de PM	PM dans le périmètre du contrat selon Altice/SFR	PM n'ayant fait l'objet d'aucune tentative d'adduction
Nombre de PM	[8 000 - 16 000]	[6 000 - 14 000]	[1 000 - 3 000] ⁹

4. L'EXÉCUTION AU 30 OCTOBRE 2016 DES COMMANDES TRIMESTRIELLES DE BOUYGUES TELECOM AU TITRE DU PARAGRAPHE 31

116. Au titre du paragraphe 31 de l'engagement 2.2.1, Altice/SFR Group s'est engagée à réaliser, dans un délai de 3 mois, les adductions de PM commandés trimestriellement par Bouygues Telecom, sauf difficultés d'exécution dûment justifiées. Ce délai de trois mois avait été fixé en fonction du délai de prévenance prévu par l'ARCEP pour mettre tous les opérateurs sur un pied d'égalité dans la prospection des abonnés après achèvement du réseau vertical à l'intérieur de l'immeuble.
117. Cet engagement a inversé la logique des rapports contractuels entre les parties s'agissant des adductions des immeubles conventionnés dont les PM sont livrés par les opérateurs d'immeubles. En effet, avant l'opération, Bouygues Telecom se contentait de signer l'offre de référence de l'opérateur d'immeuble et de cofinancer les PM de la zone arrière des NRO déployés par SFR que ce dernier proposait à Bouygues Telecom. L'exécution des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom nécessitait donc la conclusion d'un avenant au contrat Faber permettant à Bouygues Telecom de passer commande auprès de SFR d'une liste de son choix d'immeubles conventionnés, qu'Altice/SFR Group s'est engagée à signer au titre du paragraphe 31.
118. L'engagement pris au titre du paragraphe 31 comprenait donc deux volets : d'une part, la signature d'un avenant au contrat Faber (a), et d'autre part, une fois l'avenant signé, l'exécution par Altice/SFR Group des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom (b).

a) La conclusion de l'avenant au contrat Faber

119. L'avenant au contrat Faber a été signé par les parties le 19 novembre 2015, soit plus d'un an après l'adoption de la Décision. La version signée reprend strictement la lettre des engagements, alors que les négociations sur l'avenant ont nécessité l'envoi de cinq projets, qui ont été rejetés successivement par Bouygues Telecom car celle-ci les considérait comme non conformes à la lettre des engagements.

⁸ [1 000 - 3 000] « PM Exclus » / [8 000-16 000] PM (périmètre initial de PM à adducter).

⁹ Déduction faite des 75 PM qui ont été commandés à nouveau par Bouygues Telecom au titre du paragraphe 31 ([...] PM - 75 PM).

120. Ces cinq premiers projets d'avenant ont également été considérés par le mandataire comme contraires aux engagements. Dès ses premières notes rendues sur la base des premier et deuxième projets d'avenant, datées du 20 avril et du 28 mai 2015, le mandataire relevait que les projets formulés par Altice/SFR Group contenaient des points de blocage. Dans son rapport trimestriel en date du 1^{er} octobre 2015, le mandataire estime ainsi que « *malgré la grande simplicité de ce qui ne devrait constituer qu'une formalité, [il] ne constate que très peu d'avancées* » (cote 15333).
121. Le premier projet d'avenant est daté du 26 janvier 2015, soit environ trois mois après l'adoption de la Décision (cotes 6644 à 6649). Ce projet remettait en cause l'engagement selon lequel les adductions se feraient « *dans le respect des conditions de tarification prévues au contrat* » puisqu'il faisait peser sur Bouygues Telecom une charge financière supplémentaire. En outre, le projet prévoyait la réalisation par SFR d'un nombre maximal d'adductions trimestrielles par commune très faible, ce qui n'aurait pas permis d'atteindre les volumes nécessaires pour suivre les déploiements verticaux des opérateurs d'immeubles. Enfin, cet avenant introduisait un système de prévisions qui imposait à Bouygues Telecom de communiquer trimestriellement les volumes prévisionnels d'adductions qu'il commanderait à Altice/SFR Group, et qui lui seraient opposables.
122. Le 26 mai 2015, un deuxième projet d'avenant a été proposé par Altice/SFR Group (cotes 15580 à 15 585). Toutefois, ce projet, même s'il ne remettait plus en cause le principe du cofinancement, revenait sur le droit de Bouygues Telecom de choisir seule les PM à adducter. En outre, le projet limitait l'engagement d'adductions de PM par Altice/SFR Group à [...] immeubles en 2015 et [...] immeubles en 2016.
123. Les troisième et quatrième projets d'avenant, datés respectivement du 3 juillet 2015 (cotes 6740 à 6743) et du 3 septembre 2015 (cote 15396), limitaient quant à eux le nombre d'adductions à réaliser en ce qui concerne le stock ainsi que les commandes de nouveaux PM. Altice/SFR Group avait également envisagé de pouvoir se dégager de ses engagements en cas d'insuffisance de ses capacités de production. Ces projets réintroduisaient par ailleurs le système de prévisions décrit plus haut et incluaient l'obligation pour Bouygues Telecom de faire « *ses meilleurs efforts pour éviter tout écart de volume entre deux commandes successives* ».
124. Ce n'est qu'après la réunion annuelle de suivi des engagements en novembre 2015, soit plus d'un an après la Décision, qu'Altice/SFR Group a envoyé, le 17 novembre 2015, un projet d'avenant reprenant le libellé exact de la lettre des engagements. Bouygues Telecom a signé l'avenant 2 jours plus tard (cotes 3323 à 3325).

b) La réalisation des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom

Les commandes trimestrielles de Bouygues Telecom

125. Depuis l'adoption de la Décision jusqu'en juillet 2016, Bouygues Telecom a effectué cinq commandes trimestrielles.
126. Le tableau ci-dessous synthétise les cinq commandes trimestrielles d'immeubles conventionnés effectuées par Bouygues Telecom :

	PM commandés par Bouygues Telecom	PM commandés entrant dans le périmètre du contrat selon Altice/SFR Group	« PM Exclus » par Altice/SFR Group
Juillet 2015	[...]	[...]	[...]
Octobre 2015	[...]¹⁰	[...]¹¹	[...]
Janvier 2016	[...]	[...]	[...]
Avril 2016	[...]	[...]	[...]
Juillet 2016	[...]	[...]	[...]
Total	[10 000-15 000]	[8 500 – 13 500]	[1 000 - 2 500]

La réalisation des commandes trimestrielles selon Altice/SFR Group

127. Le 8 novembre 2016, Altice/SFR Group a transmis son estimation la plus récente de la réalisation des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom.
128. Les taux de réalisation sous 3 mois présentés par Altice/SFR Group sont établis sur l'assiette du périmètre de PM retenu par cette dernière et ne tiennent donc pas compte des « PM Exclus ».
129. Par ailleurs, contrairement à la méthode retenue pour le stock, Altice/SFR Group inclut les « KO provisoires » dans le comptage de la réalisation des commandes sous trois mois. Selon elle, les PM ayant fait l'objet d'un « KO provisoire » dans le délai de trois mois ne peuvent être utilement « tentés » à nouveau que dans un délai dépassant ce premier délai de trois mois. Par conséquent, « pour ce qui est des flux de l'engagement n° 31, c'est bien la totalité des PM traités par SFR (que la tentative d'adduction ait abouti à un succès ou à un KO définitif mais aussi provisoire) qui doit être prise en compte » (cote 15779).
130. Sur les bases ainsi définies, Altice/SFR Group a présenté les estimations suivantes, en distinguant le suivi de la réalisation des commandes de juillet et octobre 2015 et celui relatif aux trois commandes de 2016.
131. S'agissant des deux premières commandes (juillet 2015 et octobre 2015), Altice/SFR Group considère en effet que le délai de réalisation de 3 mois ne peut être enclenché qu'à compter du 1^{er} janvier 2016, date à laquelle Bouygues Télécom lui a transmis les documents nécessaires à la réalisation des adductions (les CR-MAD) envoyés par l'opérateur d'immeuble. Le délai « réalisé sous trois mois » présenté dans le tableau ci-après correspond donc à un délai réel pouvant aller jusqu'à 9 mois pour la commande de juillet 2015 et jusqu'à six mois pour la commande d'octobre 2015 :

¹⁰ Parmi les [...] PM commandés par Bouygues Telecom en octobre 2015, [...] PM n'avaient pas encore fait l'objet d'une livraison par l'opérateur d'immeuble à la date de la commande et n'ont pas été immédiatement acceptés par Altice/SFR Group. Selon les chiffres communiqués par cette dernière, seuls [...] PM ont été valablement commandés par Bouygues Telecom en octobre 2015 (cotes 5 659, 16 173 et 16 174).

¹¹ Altice/SFR Group a présenté le chiffre de [...] PM pour la commande d'octobre 2015, sans intégrer les [...] PM (cotes 5 659, 16 173 et 16 174).

	Nombre de PM - Statut au 31/10/16									
	PM dans le périmètre du contrat	Transmission des CR-MAD par Bouygues Telecom			Livré OK	KO définitif	KO provisoire	En cours	Réalisés dans les 3 mois à partir de la date de réception des CR-MAD (OK + KO définitifs + KO provisoires)	
		à la commande	au 09/12 2015	01/16					volume	%
Commande de juillet 2015	[...]	0	[...]	100 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	78 %
Commande d'octobre 2015	[...]	0	[...]	100 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	69 %

Source : Tableau Altice/SFR Group (cote 16 173)

132. S'agissant des commandes passées en 2016, Altice/SFR Group a apprécié le taux de réalisation des commandes dans le délai de 3 mois à compter du 1^{er} janvier 2016, du 1^{er} avril 2016 et du 1^{er} juillet 2016 :

Commandes	Nombre de PM - Statut au 31/10/16						
	PM dans le périmètre du contrat	Livrés OK	KO définitifs	KO provisoires	En cours	Réalisés dans les 3 mois à partir de la date de commande (OK + KO définitifs + KO provisoires)	
						volume	%
Commande de janvier 2016	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	58 %
Commande d'avril 2016	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	85 %
Commande de juillet 2016	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	87 %

Source : Tableau Altice/SFR Group (cote 16 174)

133. En résumé, selon Altice/SFR Group, le statut de l'ensemble des commandes au 30 octobre 2016 est le suivant :

PM dans le périmètre du contrat	Livrés OK	KO définitifs	KO provisoires	Encours
[10 000-15 000] ¹²	[...]	[...]	[...]	[...]

134. Le mandataire retient cependant des taux d'exécution à trois mois beaucoup plus faibles pour les quatre premières commandes. Dans son rapport trimestriel au 15 juin 2016, il « constate qu'un faible nombre de PM commandés ont été traités (PM adductés, KO temporaires ou définitifs) dans le délai de trois mois impartis », en excluant les « PM Exclus » par Altice/SFR Group. Dans son rapport au 18 septembre 2016, il cite les chiffres suivants :

- [...] PM sur [...] pour la commande de juillet 2015, soit un pourcentage de 19 % ;
- [...] PM sur [...] pour la commande d'octobre 2015, soit un pourcentage de 20 % ;
- [...] PM sur [...] pour la commande de janvier 2016, soit un pourcentage de 46 % (cote 16146).

Les PM n'ayant fait l'objet d'aucune tentative d'adduction au 31 octobre 2016

135. Il ressort des données communiquées par Altice/SFR Group que les PM suivants n'ont fait l'objet d'aucune tentative d'adduction (« PM Exclus » et « PM Encours »), comme cela ressort du tableau ci-après, ce qui correspond à un total de 14 %¹³ des commandes de Bouygues Télécom :

	« PM Encours »	« PM Exclus »	Total
Juillet 2015	[...]	[...]	[...]
Octobre 2015	[...]	[...]	[...]
Janvier 2016	[...]	[...]	[...]
Avril 2016	[...]	[...]	[...]
Juillet 2016	[...]	[...]	[...]
Total	[150 – 400]	[1 000 - 2 500]	[1 150 – 2 900]

5. LES JUSTIFICATIONS APPORTÉES AUX DIFFICULTÉS D'ADDUCTION (« KO PROVISOIRES » ET « KO DÉFINITIFS »)

136. Le paragraphe 30 de l'engagement 2.2.1 précise : « La Partie notifiante s'engage à réaliser sous 2 ans à partir de la Date d'Effet l'ensemble des adductions prévues au contrat pour l'ensemble des points de mutualisation livrés à la Date d'Effet, sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées au Mandataire chargé du Contrôle (génie civil bouché

¹² Exclusion faite des PM, qui n'ont pas été intégrés par Altice/SFR Group dans le total des commandes.

¹³ $([150 - 400] \text{ PM encours} + [1\ 000 - 2\ 500] \text{ PM Exclus}) / [10\ 000-15\ 000] \text{ PM}$ (périmètre total des commandes de Bouygues Telecom, en prenant en compte les [...] PM non comptabilisés par Altice/SFR Group).

ou saturé, impossibilité d'accès, etc.) » (surlignement ajouté). Le paragraphe 31 prévoit la même obligation de justifier dûment les difficultés rencontrées.

137. Les difficultés d'exécution ont donné lieu à des débats nombreux entre les parties et avec le mandataire sur la justification de ces échecs.
138. Dans son rapport du 15 juin 2016, le mandataire relève que les libellés des difficultés invoquées ne sont pas suffisamment harmonisés, ce qui rend difficile l'exploitation des fichiers communiqués par Altice/SFR Group. Il rappelle avoir déjà adressé cette remarque à la partie notifiante (cotes 15169 à 15 173).
139. S'agissant des [...] PM pour lesquels était déclaré un « *problème d'accès* », le mandataire relève que, selon la partie notifiante, aucun process particulier de relance pour ces PM n'est organisé, les sous-traitants profitant simplement d'un retour dans la zone pour accéder aux PM. Il constate les difficultés rencontrées par les sous-traitants dans l'accès aux immeubles, mais relève que les preuves de démarches engagées en vue d'obtenir l'accès aux immeubles concernés ne sont systématiquement communiquées ni à Altice/SFR Group ni au mandataire. Il souligne que le champ « *commentaires* » lié à chaque « *KO temporaire* » n'est pas toujours rempli, ce qui limite les possibilités de vérification des difficultés d'adduction invoquées.
140. À cette occasion, le mandataire fait les recommandations suivantes, s'agissant des difficultés d'exécution invoquées : « *préciser les raisons précises justifiant les difficultés d'accès, en remplissant notamment de manière systématique la case « Commentaires » ; conserver systématiquement les preuves écrites des démarches entreprises (...) ; prévoir avec les sous-traitants une procédure de relance systématique des personnes responsables de l'accès aux immeubles en vue de réduire le délai d'accès (...)* » (cote 15171).
141. S'agissant des [...] PM pour lesquels apparaissait la mention « *A étudier* », le mandataire relève que, selon Altice/SFR Group, cette catégorie de PM concerne les problèmes de déploiement nécessitant des travaux complémentaires ou des études spécifiques conduisant à des surcoûts et que l'intitulé a été renommé « *problème de déploiement* ».
142. S'agissant des [...] PM faisant l'objet de « *difficultés d'adduction dont le motif n'est pas précisé* », le mandataire relève que « *s'agissant de l'emprise, il conviendra de préciser davantage les motifs invoqués en vue d'en assurer la vérifiabilité* ».
143. S'agissant des [...] PM faisant l'objet « *d'un problème de déploiement sous plusieurs libellés différents* », le mandataire renvoie Altice/SFR Group aux recommandations relatives aux problèmes d'accès et encourage cette dernière à mettre en place une procédure précise de suivi de ces KO temporaires.
144. Le mandataire conclut : « *Dès que l'ensemble des motifs des difficultés d'exécution auront été clarifiés, et dans la mesure où ces motifs sont désormais communiqués à Bouygues Telecom, nous serons en mesure d'opérer un contrôle plus précis de ces motifs invoqués* » (cote 15173).

B. LES CONDITIONS DE LA MAINTENANCE DES INFRASTRUCTURES FTTH AU TITRE DU CONTRAT

145. Après avoir présenté les dispositions du contrat Faber relatives à la maintenance (1), l'Autorité relèvera les éléments pertinents pour apprécier la mise en œuvre de l'engagement au titre du paragraphe 33 (2).

1. LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES RELATIVES À LA MAINTENANCE

146. Le contrat prévoit que SFR est responsable, pour le compte des deux cocontractants, de la maintenance des réseaux pour toute la durée du contrat Faber, soit au minimum [...] ans. Les modalités techniques et opérationnelles relatives à la maintenance sont détaillées dans les conditions particulières.
147. L'article 5 des conditions particulières prévoit que SFR assure la maintenance au titre de l'hébergement au sein des NRO, d'une part, et au titre des liaisons, d'autre part. Les interventions relatives aux incidents ont lieu 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, sous réserve, s'agissant des liaisons, des conditions d'accès aux infrastructures concernées (cote 1158).
148. S'agissant de la maintenance au titre de l'hébergement au sein d'un NRO, celle-ci recouvre [...] (article 5.1 des conditions particulières, cote 1159). Elle comprend la maintenance préventive et curative des installations électriques SFR, de climatisation ou ventilation SFR (article 5.5 des conditions particulières, cote 1161).
149. S'agissant des temps d'intervention et des pénalités, l'article 5.8 des conditions particulières précise 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* ». Ce même article prévoit un délai d'intervention [...] en cas d'anomalies majeures déclarées par Bouygues Telecom (cote 1162).
150. En outre, l'article 5.8 des conditions particulières, dispose que « *les Parties dans le cadre du Comité de Pilotage s'engagent à définir de bonne foi les objectifs de garantie de temps de rétablissement des Anomalies. Les Parties partageront lors des Comités de Pilotage les indicateurs de qualité tels que les délais d'intervention, les délais de réparation, leurs évolutions, les principales causes de dépassement des objectifs et les plans d'amélioration éventuels associés. (...)* ».
151. Le Comité de Pilotage (« COPIL ») est l'instance chargée de s'assurer du suivi de l'exécution du contrat. Il se réunit au minimum une fois par mois. Conformément à l'article 5.1.c du contrat, il a pour mission de prendre toute décision technique et opérationnelle nécessaire à l'exécution du contrat, notamment sur le « *partage des indicateurs de qualité de maintenance (article 5.8)* » (cotes 1121 et 1122).

2. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ENGAGEMENT AU TITRE DU PARAGRAPHE 33

152. Altice/SFR Group s'est engagée à assurer la maintenance des infrastructures FttH dans les conditions prévues par le contrat, de manière transparente et non-discriminatoire. À cette fin, elle devait notamment définir, sous le contrôle du mandataire, des indicateurs permettant d'apprécier la maintenance mise en œuvre.

a) Les délais de mise en place des indicateurs de qualité et du suivi

153. Il ressort du dossier qu'une première proposition relative aux indicateurs de qualité n'a été adressée par Altice/SFR Group au mandataire que le 13 avril 2015, soit plus de 5 mois après l'adoption de la Décision. Cette première proposition faisait suite à l'initiative prise le 7 avril 2015 par Bouygues Telecom de proposer quatre indicateurs de qualité (cotes 15296 à 15 300 et 15 254 à 15 269).

154. Dans une note du 20 avril 2015¹⁴, le mandataire constatait qu'Altice/SFR Group ne lui avait proposé qu'un seul indicateur de qualité fondé sur le délai de résolution des tickets d'incidents au 50e et 95e percentiles (cotes 15302 à 15 311). Estimant que les propositions de Bouygues Telecom étaient raisonnables, le mandataire avait suggéré à Altice/SFR Group de retenir quatre indicateurs de qualité similaires à ceux proposés par Bouygues Telecom (cotes 15254 à 15 269).
155. Dans une note transmise le 28 mai 2015, le mandataire précisait que les indicateurs de qualité proposés par Bouygues Telecom n'étaient pas considérés comme pertinents par Altice/SFR Group.
156. Dans son deuxième rapport trimestriel du 15 juin 2015, le mandataire indiquait : « *notre objectif est d'arrêter des indicateurs de qualité de maintenance à l'horizon de la fin du mois de juin (...)* » (cotes 15596 à 15 635). Les discussions entre Altice/SFR Group et Bouygues Telecom se sont poursuivies au cours de l'été 2015.
157. Dans son troisième rapport trimestriel du 1^{er} octobre 2015, le mandataire a fait état de la proposition d'Altice/SFR Group transmise le 13 août 2015 (cotes 15398 à 15 405), laquelle comportait six indicateurs de qualité (cotes 15313 à 15 382) qui lui semblaient, au moins à titre provisoire, une base satisfaisante.
158. La mise en œuvre effective du suivi sur la base des indicateurs de qualité a finalement débuté le 22 septembre 2015.
159. Les discussions ont continué après cette date entre les parties pour créer de nouveaux indicateurs, finalement validés par le rapport trimestriel du 18 septembre 2016 du mandataire.
160. Ces indicateurs portent :
- sur les délais de prise en charge et de traitement des incidents ; ils sont exprimés en termes de jours calendaires par percentile, c'est-à-dire le nombre de jours nécessaires pour résoudre X % des incidents (exemple : objectif de 7 jours au 80^{ème} percentile signifie que 80 % des incidents doivent être résolus sept jours après la constatation de l'incident).
 - sur les incidents touchant plus particulièrement les NRO (alimentation en énergie et maintien de la climatisation).

b) La maintenance des infrastructures FttH

Les délais de prise en charge et de traitement des incidents

161. Il ressort des pièces du dossier que la question de la diminution de la qualité des prestations de maintenance a été évoquée par Bouygues Telecom dès les comités d'exploitation mensuels de janvier, février et mars 2015 (cotes 6655 à 6657).
162. Bouygues Telecom indique que lors du comité d'exploitation mensuel du 25 février 2015, SFR lui a annoncé une forte hausse des délais de traitement des incidents : « *Au 50^e*

¹⁴ Cette note a été faite à la demande du service des concentrations pour que le mandataire fasse un état des lieux des blocages existants entre les cocontractants sur la mise en œuvre de l'engagement.

percentile passait de [...] à [...] jours (+550 %) et au 95^e percentile passait de [...] à [...] jours (+70 %) ».

163. Le directeur de la direction opérations de SFR a répondu à Bouygues Telecom par courrier du 22 avril 2015 (cotes 6 659 à 6 660). Ce courrier comporte une annexe relative à l'encours de tickets d'incidents reproduite ci-dessous, qui montre une forte hausse de cet encours lors des neuf premières semaines de l'année 2015 :

[...]

164. Dans ce même courrier, le directeur de la direction Opérations de SFR indique que « *ces quelques dégradations et performances ou anomalies de processus constatées sont strictement liées à la phase de mise en place de notre nouvelle organisation de la maintenance. Elles n'ont été que très conjoncturelles et touchent sans aucune discrimination les prestations SAV FttH rendues au bénéfice de Bouygues Telecom [...] comme pour les clients FttH SFR. Dès que nous les avons identifiées, nous avons mis en place un plan d'actions correctif et informé vos équipes de façon la plus régulière possible* ». Ce plan d'actions destiné à rétablir le niveau de qualité a été évoqué lors du comité d'exploitation mensuel du 25 février 2015 (cotes 6655 à 6657). Le directeur indique que « *notre objectif premier est bien sûr de revenir à un niveau de qualité de service attendu le plus rapidement possible* » et que « *la situation est maintenant normalisée* ».

165. Les représentants de Bouygues Telecom ont indiqué ne pas avoir été informés par Altice/SFR Group des changements opérés dans la sous-traitance : « *SFR nous a donné l'explication après coup : il nous a informés en COPIL du changement de ses sous-traitants uniquement en réponse à nos demandes d'explication sur la baisse sensible de qualité de la maintenance constatée dès janvier 2015 et sur la hausse des délais de traitement des incidents et, à partir du T2 2015, sur la maintenance des NRO. C'est d'ailleurs à partir de ce 2^{ème} trimestre 2015 que BT a également observé un gel des adductions réalisées par SFR. Nous n'avons eu aucune information ou concertation préalable.* (cotes 5679 à 5691).

166. Il ressort du graphique fourni par Altice/SFR Group lors du comité d'exploitation mensuel du 23 mars 2016 que les tickets d'incident au 95^e percentile ont fait l'objet, en janvier et février 2015, d'un délai de traitement supérieur à [...] jours.

167. Lors de la réunion de médiation du 15 juin 2016 sur la maintenance, SFR et Bouygues Telecom ont fixé d'un commun accord, s'agissant des nouveaux indicateurs 1 bis et 1 ter (délais de rétablissement sur les liaisons), un objectif de [...] jours sur le 80^{ème} percentile au 2^{ème} trimestre 2016.

168. Dans ses observations du 7 décembre 2015, Bouygues Telecom relève que le délai de traitement des 50 premiers incidents s'est stabilisé à partir d'avril 2015, mais que le délai de traitement des 95 premiers incidents reste trop élevé sur la base des informations communiquées par Altice/SFR Group le 25 juin 2015 (cotes 15082 à 15 097).

169. Dans sa présentation « Indicateurs sur la maintenance » en date du 26 octobre 2016, SFR produit le tableau ci-après, relatif aux indicateurs de rétablissement du service après-vente :

[...]

170. Il ressort des indicateurs de maintenance établis par Altice/SFR Group le 30 août 2016 (cotes 16 070 à 16 085) et le 26 octobre 2016 (annexe 10 de la note en délibéré de SFR du 30 novembre 2016, cotes 16 528 et suivantes) qu'entre le mois de juillet 2015 et le mois de septembre 2016 :

- le délai de rétablissement des incidents Bouygues Telecom au 95^{ème} percentile, souvent supérieur à [...] jours, a dépassé [...] jours en octobre et décembre 2015 ;
- le délai de rétablissement des incidents Bouygues Telecom au 80^{ème} percentile, contrairement à l'objectif de [...] jours fixé d'un commun accord, a toujours été supérieur à [...] jours, et a atteint plus de [...] jours en octobre et décembre 2015 ;
- le délai de rétablissement des incidents Bouygues Telecom au 50^{ème} percentile a atteint [...] jours en octobre 2015 et même [...] jours en décembre 2015 ; sur l'ensemble de la période il a été à peu près constamment égal ou supérieur à [...] jours, soit proche de l'objectif fixé pour le 80^{ème} percentile.

Les difficultés sur les NRO

171. Les incidents en alimentation en énergie génèrent des micro-coupures susceptibles d'avoir des répercussions pour la qualité de service. Les incidents de climatisation, au-delà d'un premier seuil, menacent la durée de vie des équipements ; au-delà d'un deuxième seuil, elles sont susceptibles de générer des interruptions de service qui se répercutent sur tous les logements en aval.
172. Lors de la réunion de médiation organisée par le médiateur le 15 juin 2016, les parties se sont accordées sur un seuil de [...] °C pour le déclenchement des incidents de Bouygues Telecom vers SFR et « *conviennent que la température des NRO doit rester inférieure à [...] °C pour une exploitation normale des équipements* ». Elles s'accordent notamment sur l'objectif « *non contractuel et non engageant* » de revenir sous [...] °C dans [90-100] % des cas (en mensuel sur l'ensemble des NRO) en moins de 24 heures.
173. L'objectif de revenir sous la température de [...] °C en moins de 24 heures n'a été atteint pour aucun des [...] NRO concernés au mois d'août 2016.
174. Plus généralement, les pièces du dossier témoignent de très nombreux incidents, le plus souvent liés à la climatisation lors des périodes estivales.
175. Il ressort des pièces du dossier que Bouygues Telecom a adressé à SFR deux mises en demeure successives les 10 et 25 juin 2015 (cotes 6745 à 6750 et 6752 à 6755). La mise en demeure du 10 juin 2015 fait état de températures largement supérieures à [...] °C dans une [...] de NRO en mai et juin 2015, ayant entraîné une interruption de services pendant 14h et 15h pour deux d'entre eux (voir également en ce sens, le courrier de SFR du 25 juin 2013, cote 6763). La mise en demeure du 25 juin 2015 fait état de températures excessives dans quatre NRO, ayant entraîné pour l'un d'entre eux une interruption de services. Elle précise que pour les NRO [...], les systèmes de climatisation étaient toujours à l'arrêt en date des 17, 18 et 19 juin 2015, et les températures dans le local très élevées [...], alors même que les incidents avaient été signalés respectivement les 25 mai, 11 mai et 5 juin 2015.
176. Par courrier du 25 juin 2015, le directeur opérateurs de réseaux et régulation de SFR indique que ces incidents sur les NRO ont fait l'objet d'opérations de maintenance corrective (cotes 6 761 à 6 763).
177. Malgré ces interventions, dans un courrier adressé à SFR le 11 septembre 2015, Bouygues Telecom se plaint d'une nouvelle dégradation de la maintenance des NRO au cours de l'été, y compris sur les NRO ayant fait l'objet de ces opérations de maintenance corrective.
178. Mi-septembre 2015, Bouygues Telecom a informé l'Autorité qu'elle a constaté des délais de résolution de certains tickets d'incidents parfois supérieurs à deux mois sur certains NRO (cotes 15035 à 15 043).

179. Ultérieurement, Bouygues Telecom a communiqué au mandataire une note en date du 20 octobre 2015 dans laquelle il est fait état des incidents survenus en matière d'hébergement sur les NRO pour les mois d'août et septembre 2015 (cotes 1408 à 1414). Il en ressort que huit NRO ont subi des défaillances en termes de climatisation donnant lieu à l'ouverture de tickets d'incidents qui n'étaient pas rétablis après 10 jours ouvrés, certains incidents ayant été traités plus de 40 jours ouvrés plus tard.
180. Enfin, dans une note du 14 novembre 2016, Bouygues Telecom indique qu'au cours de l'épisode caniculaire du mois d'août 2016, [...] tickets d'incidents ont été ouverts concernant des NRO (notamment [...]), dont certains avaient fait l'objet de travaux selon SFR, avec des températures maximales relevées souvent supérieures à [...] °C voire [...] °C. [...] incidents ont entraîné des coupures de service, parfois pendant plusieurs jours (cote 16 212).

III. Discussion

181. Après un rappel des règles applicables (A), seront successivement examinés le respect par Altice/SFR Group de ses engagements relatifs aux adductions (B) puis de son engagement relatif à la maintenance (C).

A. LES RÈGLES APPLICABLES

182. Lorsqu'elle contrôle l'exécution d'engagements en application des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, l'Autorité tient compte de l'ensemble des circonstances particulières à l'opération de concentration. Son appréciation dépend notamment de la nature des engagements souscrits et du diagnostic ayant conduit à y subordonner l'autorisation de l'opération.
183. À cet égard, le contrôle du respect d'engagements de nature comportementale est susceptible de revêtir, toutes choses égales par ailleurs, un caractère plus complexe que celui des mesures de nature structurelle, comme le sont des engagements de céder une activité dans un délai imparti (Décision n° [12-D-15](#) du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard, paragraphe 30).
184. Le contrôle qu'opère l'Autorité ne relève pas d'une appréciation globale mais porte sur le respect des engagements pris un par un, dont chacun a valeur obligatoire (Décision n° 12-D-15 précitée, paragraphe 31). La circonstance qu'une partie des engagements a été respectée est par elle-même sans incidence sur un constat d'inexécution d'autres engagements qui ne l'auraient pas été, ainsi que l'a relevé le Conseil d'État : « *si les sociétés requérantes font valoir qu'elles ont respecté plus de 80 % des engagements, cette circonstance est sans incidence sur la gravité des manquements constatés* » (arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société Vivendi Universal, n° 353856).
185. Par ailleurs, le respect formel de la lettre d'un engagement peut, dans certains cas particuliers, être insatisfaisant s'il s'avère que l'entreprise qui était tenue de le mettre en

œuvre a par ailleurs pris des mesures aboutissant à le vider en tout ou en partie de sa portée (Décision n° 12-D-15 précitée, paragraphe 31). Dans de tels cas, il appartient à l'Autorité d'apprécier les suites à donner aux manquements constatés, en fonction notamment de la nature de l'engagement concerné.

186. Pour sa part, le Conseil d'État a jugé que « *l'Autorité de la concurrence est en droit de rechercher si, alors même que serait assuré le respect formel des critères expressément prévus par un engagement que l'évolution du marché n'a pas privé de son objet, les parties ayant pris cet engagement auraient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir* » (arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012, précité).
187. Par ailleurs, à la différence d'injonctions imposées par l'autorité de contrôle, les engagements sont proposés par les parties à l'opération de concentration elles-mêmes. Celles-ci sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés. Il leur appartient aussi de s'assurer, dès ce stade, que les engagements, tels que modifiés pour intégrer, le cas échéant, les préoccupations que leur premier état peut avoir suscitées chez l'Autorité, peuvent effectivement être exécutés, dès lors que ces derniers conditionnent l'autorisation de l'opération. Dans ces conditions, les parties ne sauraient invoquer, au stade du contrôle de leur exécution, l'impossibilité ou la difficulté de se conformer aux engagements (Décision n° 12-D-15 précitée, paragraphe 32).
188. En outre, pour contrôler la bonne exécution des engagements conditionnant l'autorisation d'une opération de concentration, un mandataire est, en principe, désigné pour en surveiller la mise en œuvre et en rendre compte à l'autorité de contrôle (Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence du 10 juillet 2013 relatives au contrôle des concentrations, point 618). Toutefois, si les rapports établis par le mandataire sont de nature à éclairer utilement l'analyse effectuée par l'Autorité, cette dernière n'est pas liée par les appréciations portées par le mandataire dans le cadre de l'exercice de sa mission de suivi des engagements (Décision n° 12-D-15, précitée, paragraphe 33).
189. De plus, comme le précise l'Autorité dans ses lignes directrices, « *[a]fin de vérifier le respect de l'exécution des injonctions, prescriptions et engagements, les services d'instruction de l'Autorité peuvent également adresser des demandes d'informations, aux parties comme aux tiers, et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers* » (Lignes directrices de l'Autorité, précitées, point 294).

B. EXAMEN DU RESPECT DES ENGAGEMENTS RELATIFS AUX ADDUCTIONS (PARAGRAPHERS 30 ET 31 DE L'ENGAGEMENT 2.2.1)

190. Aux fins d'établir si Altice/SFR Group a respecté ses engagements relatifs aux adductions, il convient au préalable de préciser les PM inclus dans le périmètre des engagements.

1. SUR L'INTERPRÉTATION DES ENGAGEMENTS 30 ET 31 EN CE QUI CONCERNE LES PM PRÉTENDUMENT EXCLUS

a) Arguments d'Altice/SFR Group

191. Comme indiqué au paragraphe 92, Altice/SFR Group soutient que certaines catégories de PM desservant des immeubles compris dans les 22 communes de la zone Faber ne sont pas

visées par le contrat Faber et ne relèvent par conséquent pas du périmètre des engagements pris aux paragraphes 30 et 31 (cotes 15756 à 15 770) : il s'agit des « *PM Exclus* ».

192. Dans ses observations en réponse au rapport, Altice/SFR Group a indiqué que « *seuls les PMI étaient et pouvaient être inclus dans le champ du contrat Faber, même si [...] elle a effectivement accepté, à titre dérogatoire, d'y ajouter des PMGC et une partie des multi-PM (les multi-PMT)* » (cote 15757). Altice/SFR Group soutient que pour les autres catégories de PM, notamment les PME et les multi-PM, les cocontractants n'ont jamais réussi à déterminer une architecture technique et une ingénierie spécifique associée.
193. Au soutien de son affirmation, Altice/SFR Group invoque la genèse du contrat au travers des documents préparatoires et se prévaut d'une interprétation littérale du contrat. Sur ce dernier point, Altice/SFR Group renvoie aux annexes « *Tarifaire* », « *Liaison* » et « *SI* » qui établiraient que les parties ne se sont entendues que pour l'adduction des PMI.
194. Selon Altice/SFR Group, dès lors que le contrat n'a pas prévu d'inclure « *automatiquement* » d'autres types de PM que les PMI, les engagements ne peuvent s'interpréter comme incluant des prestations d'adductions de PM non spécifiquement visés par le contrat (cote 15763). À cet égard, Altice/SFR Group fait valoir que le cofinancement du déploiement du réseau horizontal (NRO et liaisons) pour le compte des deux opérateurs est distinct des prestations de raccordement (adduction) et qu'il n'existe pas d'automatisme à l'adduction de l'ensemble des PM desservis par une route optique (HSP ou « *Home Street Passed* ») dès lors que l'opérateur d'immeuble a livré un PM (HVP ou « *Home Vertical Passed* »).
195. Par ailleurs, Altice/SFR Group reproche à l'Autorité de ne pas avoir tenu compte de l'avis du mandataire qui aurait estimé que les autres catégories de PM, c'est-à-dire les « *PM Exclus* », n'entreraient pas dans le périmètre des engagements.
196. Altice/SFR Group rappelle enfin avoir, en vain, proposé à Bouygues Telecom d'intégrer à l'avenir la totalité des catégories des PM dans le champ du contrat par la signature d'un avenant indépendant du périmètre des engagements.
197. L'analyse développée par Altice/SFR Group a des incidences tant sur le volume des adductions qui devaient être réalisées au titre du stock (au titre du paragraphe 30) que sur le flux de commandes à réaliser dans un délai de trois mois (au titre du paragraphe 31).

b) Position de Bouygues Telecom

198. Bouygues Telecom conteste, pour sa part, l'exclusion du champ contractuel des « *PM Exclus* », qui représenteraient au moins [...] logements sur les [2,5 à 3] millions déjà financés, pour les raisons suivantes (cote 7260).
199. Premièrement, les PME auraient été inclus dans le périmètre du contrat Faber dès la phase de négociation. SFR n'aurait jamais entendu exclure les PME avant son rachat par Numericable. À cet égard, les plans de financement annuel adressés par SFR avant la Décision, notamment ceux de 2014-2016 et 2015-2017, incluaient également l'adduction de nombreux PME. Ce n'est qu'après l'adoption de la Décision qu'Altice/SFR Group aurait commencé à évoquer le fait que les PME seraient exclus du périmètre contractuel.
200. Deuxièmement, Bouygues Telecom soutient que l'adduction d'un PME ne différerait techniquement pas ou peu de l'adduction d'un PMI, et qu'elle pourrait même s'avérer plus simple, plus rapide et moins coûteuse.
201. Le cocontractant de SFR considère donc que l'ensemble des PM livrés par les opérateurs d'immeuble, mais non adductés au jour de la Décision, doivent être réalisés au titre du stock

(paragraphe 30). De la même manière, Bouygues Telecom estime ne pas être limité, en termes de PM, dans ses commandes trimestrielles d'immeubles conventionnés au titre du paragraphe 31.

202. L'approche défendue par Bouygues Telecom correspond à :

- un stock de [8 000-16 000] PM au titre de l'engagement du paragraphe 30 (soit une différence de [...] PM¹⁵ de plus) ;
- et à un volume global de PM commandés jusqu'en juillet 2016, à adducter au titre de l'engagement du paragraphe 31 de [10 000-15 000] PM¹⁶ (soit une différence de [...] PM de plus).

c) Avis de l'ARCEP

203. Dans son avis n° 2015-1406, l'ARCEP a présenté les typologies de PM (PMI, PME, PMGC, Multi-PM) et analysé les conditions de réalisation des adductions de PM dans le cadre du contrat Faber.

204. Elle a indiqué, tout en rappelant qu'il appartenait à l'Autorité de se prononcer sur la portée des engagements 30 et 31, que :

- s'agissant des adductions au titre du paragraphe 30 : il n'existe pas de désaccord entre les parties au contrat sur le fait que les PMI sont inclus dans le périmètre du contrat et que les multi-PM (qui sont des PMI) pourraient se voir appliquer des modalités techniques et tarifaires similaires à celles applicables aux PMI. En revanche, l'ARCEP a relevé que si le contrat Faber envisage bien les adductions des PM autres que les PMI desservant les immeubles de plus de [...] logements, il n'en définit pas précisément les modalités techniques et tarifaires (cote 882) ;
- s'agissant des adductions au titre du paragraphe 31 : les adductions visées par cet engagement pourraient relever d'un périmètre technique englobant la totalité des typologies de PM, afin de permettre à Bouygues Telecom de tirer le bénéfice de ses investissements, en cohérence avec les principes de la Décision (cote 883).

d) Analyse de l'Autorité

Rappel des principes

205. À titre liminaire, l'Autorité rappelle que si elle n'est pas compétente pour interpréter une convention et trancher un litige entre personnes privées selon les règles du code civil – compétence qui échoit au juge civil – elle est en revanche compétente, au titre de sa mission

¹⁵ [...] PM si l'on déduit les 75 PM commandés à nouveau par Bouygues Telecom au titre du paragraphe 31 (cf. paragraphe 105 de la présente décision).

¹⁶ Altice/SFR Group a présenté le chiffre de [...] PM pour la commande d'octobre, sans intégrer les [...] PM, ce qui correspond à un total de commandes de [...] PM (cotes 5 659, 16 173 et 16 174) (cf. paragraphe 126 de la présente décision).

de préservation de l'ordre public économique, pour apprécier si les entreprises ont respecté les engagements dans le cadre d'une décision d'autorisation de concentration.

206. À cet égard, l'Autorité pourra se référer à la lettre des engagements et à leur objet, au regard notamment de la décision d'autorisation et des préoccupations de concurrence qui la fondent.

Analyse du contrat Faber

207. Comme le souligne l'ARCEP dans son avis n° 2015-1406 précité, le contrat Faber ne définit pas précisément les modalités techniques et tarifaires des PM autres que les PMI. De même, le mandataire a rappelé dans son rapport *ad hoc* du 23 novembre 2015 que les conditions tarifaires pour l'adduction des « *PM Exclus* » font défaut dans le contrat Faber.
208. Néanmoins, il apparaît que SFR s'est engagée dans le contrat à accorder à Bouygues Telecom les droits sur ses infrastructures afin de permettre à cette dernière d'accéder à la zone arrière des NRO qu'elle a commandés.
209. En effet, selon le contrat, SFR s'est engagée à accorder à Bouygues Telecom – en contrepartie de son co-investissement – [...], comme cela ressort de l'article 1 des conditions particulières (qui précise que « *ce co-investissement porte sur [...]* ») (article 1 des conditions particulières, cote 1141).
210. L'article 4.1.1 du contrat-cadre précise à ce titre que « *La Commande d'un NRO [...]* » (cote 1117).
211. Dès lors, il y a lieu de considérer que SFR s'est engagée dans le contrat à procéder aux adductions de l'ensemble des points de mutualisation desservis par les NRO commandés par Bouygues Telecom, sans distinction selon les catégories de PM (l'article 3.3 des conditions particulières précisant que « *SFR livre les Adductions qu'elle déploie pour les NRO commandés par BOUYGUES TELECOM suivant les dispositions visées aux présentes Conditions Particulières* », cote 1146).
212. En outre, l'engagement de volume souscrit par les parties confirme que l'objectif du cofinancement était de permettre un accès aux zones arrière des NRO sélectionnés par Bouygues Telecom : l'article 4.3 « *Engagement de volume* » du contrat-cadre précise que « *L'objectif des Parties est de co-investir sur le Réseau Horizontal sur un nombre d'environ [...] millions d'HSP [« home street passed » : logements raccordables] (...)* » (cote 1119).
213. Enfin, s'il est vrai que les conditions tarifaires ne sont pas fixées pour certains PM, cette circonstance est sans incidence sur l'obligation de SFR de procéder à l'adduction de l'ensemble des PM. S'agissant, d'ailleurs des PM de moins de [...] logements [...], l'Autorité relève que les parties ont employé le futur et non le conditionnel en ce qui concerne la définition des tarifs, ce qui confirme que la commune intention des parties était, dès la signature du contrat, d'adducter cette typologie de PM dans la zone Faber (article 4.1 de l'annexe tarifaire : « *les tarifs applicables aux adductions des immeubles [...] logements [...] seront définis entre les Parties dans le cadre du Comité Stratégique* », cote 1172, soulignement ajouté).

Analyse des motifs de la Décision

214. L'engagement 2.2.1 avait pour objectif de permettre à Bouygues Telecom d'être en capacité d'exercer une contrainte concurrentielle à partir du réseau en fibre optique dans lequel il a co-investi et de pouvoir, à terme, se passer de l'offre de gros activée à partir du réseau câblé de Numericable.

215. Si l'Autorité a accepté un tel engagement en contrepartie de l'autorisation de la concentration, c'est bien parce qu'il répondait aux problèmes de concurrence soulevés dans sa Décision, à savoir garantir que Bouygues Telecom puisse disposer d'un réseau FttH identique à celui auquel elle aurait eu accès en l'absence du rachat de SFR par Altice. En outre, il ne fait aucune doute que SFR, en l'absence de l'opération de concentration, aurait eu intérêt à procéder, à terme, à l'adduction de la totalité des PM installés en zone arrière des NRO déployés dans la zone Faber.
216. Or, comme cela a été rappelé au paragraphe 55, l'Autorité avait mis en évidence, dans sa Décision, qu'à l'issue de l'opération, le nouvel ensemble n'aurait que peu d'intérêt à poursuivre son effort de co-investissement dans les réseaux FttH sur l'ensemble de la zone câblée de Numericable. En effet, la nouvelle entité n'avait pas intérêt à construire une infrastructure très haut débit concurrente de son réseau câblé (Décision, paragraphes 313 et 820) et elle pouvait décider, compte tenu de l'absence de dispositions contraignantes au contrat Faber, de geler la réalisation des adductions restantes, privant ainsi Bouygues Telecom du bénéfice de l'infrastructure très haut débit dans laquelle elle avait co-investi (Décision, paragraphe 823).
217. L'ARCEP a relevé ce point dans son avis n° 2015-1406 précité, en ces termes « *la bonne réalisation par Numericable-SFR des adductions desservies par l'ensemble des routes optiques déployées dans le cadre du contrat est une condition essentielle pour que Bouygues Telecom puisse rentabiliser les investissements déjà engagés sur le segment NRO-PM dans le cadre de son contrat avec SFR. En effet Bouygues Telecom n'est en mesure de rentabiliser ses investissements qu'à partir du moment où les PM sont adductés, puisqu'il s'agit d'un prérequis technique pour pouvoir proposer des offres sur le marché de détail aux clients finals dans les logements concernés* » (cote 881).
218. La Décision imposait ainsi à Altice/SFR Group de procéder au raccordement du réseau horizontal aux réseaux verticaux par l'adduction des points de mutualisation pour [1,5 à 2,5] millions de prises sur les [2,5 à 3] millions déjà financées au titre du contrat qui n'étaient pas encore reliées à la date d'autorisation de l'opération (Décision, paragraphes 318 et 823).
219. Or, les représentants d'Altice/SFR Group reconnaissent que la totalité des [2,5 à 3] millions de logements adressables présents sur la zone de couverture Faber ne peut être uniquement desservie via des PMI (cote 1318). Cela est corroboré par le fait que SFR a transmis, le 1^{er} octobre 2014, à Bouygues Telecom dans le cadre de l'exécution du contrat, le plan de financement triennal 2015-2017 qui envisage l'adduction de plusieurs centaines de PME sur trois ans. Ce sujet avait été anticipé par Bouygues Telecom qui, dans un courriel adressé le 9 juillet 2014 à SFR, relevait que : « *Le volume de PM internes devrait progressivement se tarir à partir de fin 2015 début 2016 et Orange va développer les PM externes pour les immeubles [...]. Nous ne disposons pas des modalités tarifaires de raccordement des PM externes. Nous souhaitons donc compléter les CP afin d'intégrer les PM externes* » (cote 4969).
220. L'objectif des engagements acceptés par l'Autorité était donc de s'assurer que Bouygues Telecom puisse obtenir le raccordement – et, de ce fait, ait la possibilité de proposer des offres sur le marché de détail du très haut débit en concurrence avec celles de la nouvelle entité – pour l'ensemble des zones arrière dans lesquelles elle avait co-investi dans le cadre du contrat, sans distinction selon les catégories de points de mutualisation.
221. Il ressort de l'avis de l'ARCEP que ce point n'aurait pas dû susciter des difficultés techniques ou financières majeures. En effet, selon la typologie présentée dans cet avis, une partie de ces PM exclus, qui sont [...] ne devraient pas poser de difficultés dans la mesure où il s'agit tout simplement de PMI ; de même pour les [...], qui correspondent à un regroupement de

PMI dans le sous-sol d'un même immeuble, qui ne semblent pas poser de difficultés particulières d'adduction par rapport à la typologie des PMI. Troisièmement, concernant les [...], l'ARCEP constate qu'il s'agit d'une typologie marginale et non croissante, déjà adductés par SFR, qui a réalisé de telles opérations dans les conditions techniques et tarifaires du contrat Faber à titre dérogatoire et exceptionnel. Enfin, l'ARCEP note que, s'agissant de l'ensemble des [...], « l'adduction à cette typologie de PM semble, en première approche, être plus aisée sur le plan technique et engendrer des coûts inférieurs à ceux d'une adduction de PMI. En effet une [...] correspond à [...] » (cote 879).

222. L'Autorité relève, au surplus, que si Altice/SFR Group estimait que les stipulations du contrat étaient insuffisantes pour préciser les conditions techniques et tarifaires d'adduction de ces « *PM Exclus* », il lui incombait, afin de respecter son engagement, de réunir dans les meilleurs délais le comité stratégique prévu par l'annexe tarifaire (cf. paragraphe 90 de la présente décision) ou toute instance adaptée prévue au contrat, afin de préciser de bonne foi avec Bouygues Telecom ces conditions et, comme le souligne l'ARCEP, « *en confrontant ces conditions tarifaires aux éléments de coûts objectifs induits par la réalisation de ces nouvelles adductions* » (cote 888).

Conclusion

223. Il résulte de ce qui précède que l'ensemble des PM entre dans le périmètre des paragraphes 30 et 31 de l'engagement 2.2.1 relatif au contrat Faber, soit :

Stock de PM à adducter au titre du paragraphe 30	
[8 000-16 000]	
PM commandés par Bouygues Telecom à adducter au titre du paragraphe 31	
Commandes	Nombre de PM
Juillet 2015	[...]
Octobre 2015	[...] ¹⁷
Janvier 2016	[...]
Avril 2016	[...]
Juillet 2016	[...]
Total	[10 000-15 000]

2. EN CE QUI CONCERNE LES ADDUCTIONS DU STOCK (ENGAGEMENT 30)

224. Pour l'exécution de l'engagement pris au titre du paragraphe 30 seront successivement examinés le rythme des adductions (a), la réalisation des adductions et le taux de « *KO définitifs* » (b), et enfin les justifications apportées pour les adductions en échec (c).

¹⁷ Altice/SFR Group a présenté le chiffre de [...] PM, sans intégrer les [...] PM.

a) Sur le rythme des adductions au titre du paragraphe 30

225. Ainsi qu'il ressort des paragraphes 94 et suivants, il apparaît qu'aucune adduction n'a été réalisée au titre du stock entre novembre 2014 – date de la Décision de l'Autorité – et mars 2015 (hormis une adduction réalisée en janvier 2015).
226. À compter du mois de mars 2015, Altice/SFR Group a commencé à procéder aux adductions des points de mutualisation au titre du stock, mais en maintenant un rythme très faible (entre [...] et [...] PM par mois entre mars 2015 et septembre 2015), avant de reprendre un rythme plus soutenu à compter d'octobre 2015.

Arguments d'Altice/SFR Group

227. Altice/SFR Group ne conteste pas que les adductions ont sensiblement baissé de novembre 2014 à octobre 2015 et que le rythme de ces dernières a été « *particulièrement faible entre mars et août 2015* » (cote 15772). Elle indique cependant qu'il ne s'agit pas là d'une négligence de sa part dans le respect de ses engagements, mais d'une conséquence de la réorganisation de son système de sous-traitance après l'opération de concentration.

Analyse de l'Autorité

228. Il résulte de l'instruction qu'Altice/SFR Group, après un arrêt quasi total des adductions au titre du stock pendant plusieurs mois et un redémarrage partiel et très lent à partir de mars 2015 n'a repris un rythme plus soutenu d'adductions qu'à compter du mois d'octobre 2015, à la date de l'autosaisine de l'Autorité, soit un an après la Décision.
229. Altice/SFR Group, qui s'était engagée, en toute connaissance de cause, à adducter le stock de PM restant à la date de la Décision dans un délai de deux ans ne saurait faire état de difficultés rencontrées dans la réorganisation de son dispositif de sous-traitance induites par la réalisation de l'opération de concentration.
230. Il lui appartenait, en effet, de tout mettre en œuvre pour éviter une défaillance de ses équipes afin de maintenir un rythme suffisant d'adductions lui permettant d'assurer le respect de son engagement. Cette baisse du rythme des adductions n'a pas été sans conséquence puisqu'elle a réduit le temps dont disposait Altice/SFR Group pour surmonter les difficultés de réalisation des adductions.

b) Sur les adductions du stock

231. Selon les données chiffrées produites par Altice/SFR Group et reprises dans le tableau présenté au paragraphe 105 de la présente décision, Altice/SFR Group a « *traité* » [...] PM au terme du délai de deux ans qui lui était imparti.
232. Altice/SFR Group estime donc avoir « *traité* » la totalité du stock de PM depuis la reprise des adductions en septembre 2015, et avoir, ainsi, respecté son engagement.
233. Cependant, ainsi qu'il a été vu *supra* (cf. paragraphe 223 de la présente décision), le stock de PM qu'il lui appartenait d'adducter avant le 30 octobre 2016 au titre de l'engagement pris au paragraphe 30 était composé de [8 000-16 000] PM et non de [6 000-14 000] PM.

234. Il apparaît donc qu'au 30 octobre 2016, [1 500-3000] PM¹⁸ du stock n'ont fait l'objet d'aucune tentative d'adduction, c'est-à-dire 19 % des PM du stock qu'Altice/SFR Group s'était engagée à adducter au titre du paragraphe 30 ([8 000-16 000] PM).
235. Par ailleurs, sur les [8 000-16 000] PM à adducter, seulement 33 %¹⁹ de ces PM du stock ont été effectivement adductés au 30 octobre 2016 et 46 %²⁰ ont été classés en « *KO définitif* ». Sur le stock qu'Altice/SFR Group considère comme entrant dans le périmètre des engagements, l'Autorité relève que 41 %²¹ des PM ont été effectivement adductés et 57 %²² des PM qu'Altice/SFR a tenté d'adducter ont été classés en « *KO définitif* ».

Position de Bouygues Télécom

236. Bouygues Télécom, dans ses observations du 14 novembre 2016, souligne que les retards enregistrés ont abouti à constituer un nouveau stock au 30 octobre 2016 de près de [...] PM. Elle estime que les volumes de « *KO* » invoqués par son cocontractant sont « *tout à fait disproportionnés* », correspondant à un classement artificiel d'un encours en retard de fin d'exercice, d'ailleurs non dûment justifié (cotes 16264 à 16 284).

Arguments d'Altice/SFR Group

237. En ce qui concerne le pourcentage important de « *KO définitifs* », Altice/SFR Group considère qu'il est normal et procède de causes objectives qui touchent tous les opérateurs, telles que le manque de diligence ou la réticence des propriétaires des immeubles à autoriser l'intervention du sous-traitant, ou encore les difficultés matérielles ou techniques spécifiques de raccordement que l'opérateur d'immeuble serait seul en situation de résoudre. Altice/SFR Group observe que l'ARCEP a d'ailleurs confirmé ces difficultés en séance.
238. Selon Altice/SFR Group, à ces difficultés communes à tous les opérateurs s'ajoute le fait que le stock de l'engagement du paragraphe 30 est constitué d'un « *fond de cuve* » contenant l'ensemble des PM existants et « *non livrés* » depuis l'origine du contrat. Il est donc normal qu'une grande partie de ces PM n'ait pas été livrée « *OK* ». Aussi, selon ses déclarations en séance, les [...] PM classés « *KO définitif* » ne constitueraient qu'à peine plus de 10 % des quelques [...] PM inclus dans le contrat. Cette proportion de PM difficilement adductables correspondrait d'ailleurs à l'estimation avancée par l'ARCEP en séance, soit 10 %.
239. Elle indique avoir en tout état de cause dûment justifié les PM classés en « *KO définitif* » et avoir en toute transparence fait part, tant à Bouygues Telecom qu'à l'Autorité, des difficultés d'exécution qu'elle rencontrait. À cet égard, les différents constats d'huissiers qu'elle a produits, établis sur la base de PM sélectionnés de manière aléatoire, attesteraient de sa bonne foi (cotes 15775 et 15776).

¹⁸ Déduction faite des 75 PM qui ont été commandés à nouveau par Bouygues Telecom au titre du paragraphe 31 ([...] - 75 PM).

¹⁹ [...]PM livrés « *OK* » sur un total de [8 000-16 000] PM, y compris les « *PM Exclus* ».

²⁰ [...] « *KO définitifs* » / [8 000-16 000] PM.

²¹ [...]PM livrés « *OK* » sur un total de [6 000-14 000] PM.

²² [...] « *KO définitifs* » / [6 000-14 000] PM.

Analyse de l'ARCEP

240. En séance, le représentant de l'ARCEP a mis l'accent sur trois points.
241. Il a en premier lieu affirmé que, dans le contexte de l'extinction à terme du réseau cuivre, aucune difficulté d'adduction n'a vocation à être véritablement insurmontable et définitive. C'est pourquoi l'expression « *KO définitifs* », propre aux débats de la présente affaire, n'est pas reprise par la réglementation applicable aux déploiements des réseaux en fibre optique. En effet, l'objectif gouvernemental du Plan France Très Haut Débit, et plus encore en zone très dense dans laquelle le déploiement, plus rentable, permet l'existence d'une concurrence par les infrastructures, est d'assurer le raccordement effectif, à terme, de l'ensemble des logements afin de substituer au réseau en cuivre un réseau intégralement en fibre optique.
242. En deuxième lieu, il a confirmé que l'intervention de l'opérateur commercial après l'achèvement des travaux par l'opérateur d'immeuble se heurtait à des difficultés de fluidité des échanges entre opérateurs, d'une part, et à des problèmes de raccordements techniques difficiles, d'autre part. Il a reconnu que ces difficultés d'accès pour les opérateurs tiers aux immeubles pourraient nécessiter d'imposer de nouvelles obligations à l'opérateur d'immeuble, le plus souvent Orange, afin de renforcer la concurrence au bénéfice des utilisateurs finals.
243. Dans ses orientations concernant les marchés fixes publiées le 9 janvier 2017, l'ARCEP constate en effet que « *Orange est le principal opérateur d'infrastructure en zones très denses. Il a réalisé les colonnes montantes de 44 % des logements, principalement des points de mutualisation intérieurs (PMI), qu'il a adductés. Par ailleurs il a largement déployé son réseau horizontal pour adducter les PMI des immeubles équipés par d'autres opérateurs et déclare, dans les deux cas de figure, ne pas rencontrer de difficultés opérationnelles particulières à l'inverse des autres opérateurs. Il est possible que la présence d'Orange dans l'ensemble des immeubles avec son réseau cuivre, héritage de l'histoire, lui facilite tant l'équipement que l'adduction des immeubles. En tout état de cause, la position particulière d'Orange en tant que principal opérateur d'infrastructure soulève la question de l'effectivité de l'accès des opérateurs commerciaux aux immeubles équipés par Orange* »²³.
244. Enfin, en troisième lieu, le représentant de l'ARCEP, interrogé sur le taux « *normal* » d'échec des adductions pour un opérateur commercial, a estimé, d'après les informations que lui transmettent les opérateurs, que dans 10 à 20 % des cas, les opérateurs rencontraient des difficultés qui les amenaient à devoir « *laisser de côté un immeuble* » pour y revenir plus tard.

Analyse de l'Autorité

Sur la notion de « KO définitifs »

245. Dans le cadre du suivi des engagements, la distinction des PM entre « *KO définitifs* » et « *KO provisoires* » utilisée par Altice/SFR Group est dépourvue de pertinence pour ce qui concerne l'appréciation du bien-fondé des engagements pris au titre des

²³http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&no_cache=1&tx_gsactualite_pi1%5Buid%5D=2028&tx_gsactualite_pi1%5BbackID%5D=26&cHash=d7ef392a0ef3deb8cf0e5ff8b3642f41.

paragraphe 30 et 31. En effet, ainsi que l'a souligné l'ARCEP, la terminologie de « *KO définitifs* » n'est pas reprise par la réglementation applicable, pas plus que par le contrat Faber, ni par les engagements. Tous les PM ont ainsi vocation à être adductés en zone très dense dans la perspective de l'extinction du réseau cuivre, comme l'a d'ailleurs reconnu Altice/SFR Group en séance.

246. Dans ces conditions, Altice/SFR Group est tenue non seulement de documenter de façon précise toutes les difficultés rencontrées, mais doit également, pour l'ensemble des PM, qu'ils soient classés en « *KO définitif* » ou en « *KO provisoire* », mettre en place les procédures nécessaires pour réexaminer à intervalles réguliers les démarches nécessaires pour adducter tous les PM de la zone arrière des NRO.

Sur le taux final d'échec d'adductions

247. L'Autorité relève que près des trois quarts (73 %²⁴) des [...] PM classés en « *KO définitifs* » l'ont été entre le 31 août et le 30 octobre 2016, soit au cours des deux mois précédant l'expiration du délai de deux ans.
248. Selon les tableaux présentés par Altice/SFR Group, on comprend qu'auraient été « *traités* » durant ces deux derniers mois des engagements au total, [...] PM « *encours* » au 30 août 2016, plus la quasi-totalité des [...] PM classés en « *KO provisoire* », soit un total de plus de [...] PM « *traités* » en deux mois, représentant près de la moitié du stock total de PM à adducter à l'origine selon Altice/SFR Group (sans préjudice des PM traités durant ces mêmes deux mois au titre des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom, qui peuvent être évalués à [...] sur la période).
249. Dans son rapport de juin 2016, le mandataire observe « *qu'en moyenne NC SFR absorbe (adductés, KO provisoires et définitifs) [...] PM par mois selon ses capacités de production actuelles* » (cote 15174). Altice/SFR Group n'a fait état d'aucun changement de méthode de travail ou d'effectifs qui aurait permis de passer d'une capacité « *d'absorption* », selon les termes du mandataire, de [...] PM par mois en juin 2016 à près de [...] PM par mois²⁵ entre le 30 août et le 30 septembre 2016.
250. Enfin, sur ces deux mois, il peut également être relevé que le taux d'échec est particulièrement élevé : sur les quelque [...] PM « *traités* », [...] ²⁶ donnent lieu à des « *KO définitifs* », soit un taux d'échec de 84 %²⁷.

Sur l'impact d'un « fond de cuve »

251. Altice/SFR Group estime que le taux d'échec constaté (57 % du stock d'origine entrant dans le périmètre du contrat selon cette dernière étant classé en « *KO définitif* »²⁸) est normal dès

²⁴ Part de PM classés en « *KO définitifs* » entre août et octobre 2016 : ([...] - [...]) / [...] = 73 %.

²⁵ Si l'on compte également les adductions du flux.

²⁶ [...] PM en « *KO définitif* » en octobre 2016 – [...] PM en « *KO définitif* » en août 2016.

²⁷ [...] « *KO définitifs* » / [...] PM traités entre août et octobre 2016.

²⁸ [...] PM en « *KO définitif* » / [...] PM pour lesquels Altice/SFR Group a effectué une tentative d'adduction.

lors que le stock de l'engagement du paragraphe 30 est constitué d'un « *fond de cuve* » contenant l'ensemble des PM existants et traités depuis l'origine du contrat.

252. Il est certes normal que le pourcentage d'échec sur un stock ayant déjà partiellement fait l'objet de tentatives d'adduction soit plus élevé que sur un « *nouveau* » flux de PM récemment livrés.
253. Cependant, force est de relever dans le cas présent qu'une bonne partie des PM du stock n'avait jamais fait l'objet d'une tentative d'adduction. En effet, sur les quelque [...] PM à adducter selon Altice/SFR Group à la date du 30 octobre 2014, [...] PM avaient déjà fait l'objet d'une tentative d'adduction entre 2009 et 2014 (cote 16310), ce qui signifie que les quelque [...] autres PM, n'ayant jamais fait l'objet d'une tentative, ne peuvent être qualifiés de « *fond de cuve* ». En appliquant à ces [...] autres PM un taux d'échec de 15 %, soit le milieu de la fourchette proposée par l'Arcep (cf. paragraphe 244 *supra*), le nombre d'échecs pour cet ensemble de PM n'ayant jamais fait l'objet de tentatives d'adduction devrait alors être d'environ [...] ²⁹. Le nombre d'échecs définitifs provenant alors des PM ayant déjà fait l'objet d'une tentative d'adduction (soit [...] PM selon Altice/SFR Group) est alors de [...] ³⁰. En d'autres termes, il faudrait, pour expliquer le taux d'échec élevé constaté sur les quelque [...] PM du stock pris en compte par Altice/SFR Group, que 87 % ³¹ des [...] PM ayant déjà fait l'objet de premières tentatives d'adduction avant octobre 2014 se soit avéré impossible à adducter au terme de la période de deux ans couverte par l'engagement, soit un taux très élevé d'échecs provisoires devenus des échecs définitifs.
254. Enfin, et en tout état de cause, ainsi qu'il a été explicité plus haut, la notion de « *KO définitif* » ne peut être valablement utilisée dans le cadre d'un déploiement de réseau ayant vocation à remplacer le réseau de cuivre. Les [...] PM qui auraient été en 2014 en « *KO provisoire* » devaient faire l'objet de tentatives de raccordement renouvelées et documentées dans le cadre de l'exécution des engagements. L'entreprise a bénéficié pour ce faire d'un délai de traitement particulièrement étendu pour des PM livrés entre 2010 et 2014.

c) Sur la « justification » des adductions en échec

Point de vue de Bouygues Telecom

255. Dans ses observations complémentaires du 15 avril 2016, Bouygues Telecom fait valoir que, pour les commandes nouvelles, Altice/SFR Group avait tout d'abord refusé de lui communiquer toute justification de difficultés d'adduction au motif que celles-ci devaient être uniquement communiquées au mandataire (cotes 7252 à 7288). Le mandataire a finalement transmis les fichiers contenant ces informations le 11 avril 2016.
256. Sur le fond, Bouygues Telecom souligne que les motifs d'infaisabilité temporaire ou définitive ne sont pas étayés dans ce fichier. Le fichier relatif aux difficultés rencontrées, modifié d'un mois sur l'autre – ce qui rend tout suivi impossible – n'est assorti d'aucune pièce justificative.

²⁹ [...] * 0,15.

³⁰ [...] (échecs définitifs au 30 octobre 2016) - [...].

³¹ [...].

257. Elle relève également, dans ses observations du 14 novembre 2016, que les libellés utilisés sont très succincts (« *incohérence MAD* », « *emprise* », « *problème déploiement* », « *problème d'accès* ») et n'apportent que peu de précisions sur les motifs des échecs et aucun élément sur les moyens mis en œuvre afin de les résoudre. Elle relève que les réunions organisées les 16 juin 2016, 27 septembre 2016 et 19 octobre 2016 ont amélioré la compréhension de certains libellés mais que, s'agissant des « *KO provisoires* », seul le fichier pour le mois d'octobre 2016 a apporté des précisions allant au-delà des libellés génériques jusqu'alors utilisés (mais sans pièce justificative) (cotes 16264 à 16 284).
258. Bouygues Telecom fait également état d'un certain nombre de cas précis où une contre-expertise effectuée par un huissier a permis de démentir les difficultés alléguées.
259. Elle expose enfin que, pour de nombreuses difficultés invoquées, Altice/SFR Group a la faculté de solliciter l'opérateur d'immeuble et ne semble pas avoir utilisé cette faculté, puisqu'il a déclaré, lors de la réunion du 19 octobre 2016, ne pas retrouver les références des tickets déclarés sur l'outil « *IP Site* » d'Orange.
260. En dernier lieu, Altice/SFR Group n'aurait jamais eu recours à la possibilité de « *travaux exceptionnels* » que lui ouvre le contrat Faber, qui précise : « [...] » (article 3.3 des conditions particulières).

Point de vue d'Altice/SFR Group

261. Dans sa note en délibéré du 30 novembre 2016, Altice/SFR Group conteste les cas précis cités par Bouygues Telecom et insiste sur les difficultés d'accès rencontrées. Sur ce point, elle fait valoir que le système de sollicitation de l'opérateur d'immeuble « *ne fonctionne pas* » car l'opérateur d'immeuble ne se substitue pas au syndic ni au concierge et que certaines difficultés d'exécution ne peuvent *a priori* pas être réglées par l'opérateur d'immeuble (cotes 16289 à 16 313).

Analyse de l'Autorité

262. Il apparaît qu'Altice/SFR Group n'a ni justifié de façon précise les difficultés rencontrées, ni mis en œuvre les procédures de suivi nécessaires ni, enfin, recouru aux possibilités d'action que lui offraient la régulation et le contrat Faber.

L'identification et la motivation des échecs d'adduction

263. En ce qui concerne d'abord l'identification des difficultés rencontrées, il ressort des constatations qu'Altice/SFR Group a tardé à communiquer à Bouygues Telecom le relevé des difficultés rencontrées et n'a pas suffisamment justifié des difficultés rencontrées dans le fichier qu'il a remis au mandataire au mois d'avril 2016. En particulier, l'exploitation du fichier était rendue difficile par l'insuffisante harmonisation des libellés des difficultés invoquées, comme le souligne le mandataire pour la deuxième fois dans son rapport du 15 juin 2016.
264. S'agissant des [...] PM pour lesquels était déclaré un « *problème d'accès* », le mandataire relève que les preuves de démarches engagées par les sous-traitants en vue d'obtenir l'accès aux immeubles concernés ne sont pas systématiquement communiquées, ni à Altice/SFR Group ni au mandataire. Il souligne que le champ « *commentaires* » lié à chaque « *KO temporaire* » n'est pas toujours rempli, ce qui interdit les possibilités de vérification des difficultés d'adduction invoquées. Il note également concernant les « [...] PM faisant l'objet de ''difficultés d'adduction dont le motif n'est pas précisé'' » qu'« *il conviendra de préciser davantage les motifs invoqués en vue d'en assurer la vérifiabilité* » (cote 15172).

265. En conclusion, le mandataire fait les recommandations suivantes : « *préciser les raisons précises justifiant les difficultés d'accès, en remplissant notamment de manière systématique la case « Commentaires » ; conserver systématiquement les preuves écrites des démarches entreprises (...)* » (cote 15171).

L'absence de suivi des « KO provisoires » et « KO définitifs »

266. L'absence d'identification précise des difficultés, outre qu'elle fait obstacle à la vérification de la réalité de ces difficultés, notamment par Bouygues Telecom, empêche également toute mise en place d'un processus de suivi et de résolution de ces difficultés.

267. Il ressort en effet des propos du mandataire, s'agissant en particulier des [...] PM pour lesquels était déclaré un « *problème d'accès* », que selon Altice/SFR Group, aucun processus particulier de relance pour ces PM n'est organisé, les sous-traitants profitant simplement d'un retour dans la zone pour accéder aux PM. Afin de remédier à cette lacune, il recommande en particulier de « *prévoir avec les sous-traitants une démarche de relance systématique des personnes responsables de l'accès aux immeubles en vue de réduire le délai d'accès (...)* » ainsi que de « *mettre en place une procédure précise de suivi de ces KO temporaires* ».

268. Par conséquent, l'absence de mise en place d'un mécanisme de suivi et d'incitation des sous-traitants, relevée par le mandataire tout comme par Bouygues Telecom, fait obstacle à toute remise en cause systématique du statut des PM classés en « *KO provisoire* » et, plus encore, en « *KO définitif* ».

L'absence de recours à l'opérateur d'immeuble ou aux « travaux exceptionnels »

269. Outre la mise en place des processus de suivi des adductions en attente, l'engagement implique de faire appel à toutes les possibilités existantes pour débloquer les situations.

270. Tout d'abord, en ce qui concerne en particulier les difficultés d'accès, Altice/SFR Group peut solliciter l'opérateur d'immeuble pour faire face à une difficulté. En effet, l'article L. 34-8-3 du CPCE dispose : « *Toute personne établissant ou ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final fait droit aux demandes raisonnables d'accès à ladite ligne et aux moyens qui y sont associés émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communication à cet utilisateur final* ».

271. Altice/SFR Group fait valoir à cet égard que ce système de sollicitation de l'opérateur d'immeuble « *ne fonctionne en réalité pas* » dès lors que l'opérateur d'immeuble ne se substitue ni au syndic, ni au concierge et que certaines difficultés d'exécution ne peuvent *a priori* pas être réglées par l'opérateur d'immeuble, comme c'est le cas par exemple lorsque l'adduction implique de traverser un espace privatif (cave ou autre) ou lorsqu'un égout est bouché. Toutefois, ces considérations ne font pas obstacle à ce qu'Altice/SFR Group sollicite l'opérateur d'immeuble, non pour toutes les difficultés rencontrées, mais chaque fois que ce dernier est effectivement en mesure de faciliter la réalisation de l'adduction. Altice/SFR Group peut notamment faire remonter les difficultés rencontrées sur les outils informatiques dédiés (tels que l'outil « *IP Site* » d'Orange).

272. Or, l'Autorité relève qu'Altice/SFR Group a précisé, lors de la réunion téléphonique du 19 octobre 2016, soit environ dix jours avant la date de l'échéance de l'engagement 30, ne pas retrouver les références des tickets déclarés sur l'outil « *IP Site* » d'Orange pour notifier ces problématiques d'accès et de refus de travaux rencontrés et rouvrir actuellement l'ensemble des tickets sur l'outil Orange pour les [...] PM concernés.

273. Altice/SFR Group dispose par ailleurs d'un deuxième outil, conçu spécifiquement pour traiter les cas de difficultés techniques liées au réseau.
274. Comme évoqué ci-dessus, le contrat Faber prévoit en effet que : « *de façon exceptionnelle, certaines adductions communes nécessiteront des travaux spécifiques (saturation, génie civil, nouvelle adresse ou modification des typologies d'immeubles) et les coûts associés [...] au titre de travaux exceptionnels* » (article 3.3 des conditions particulières). L'article 5.7 des conditions particulières ajoute : « [...] ».
275. L'Autorité relève que selon le compte-rendu de la réunion téléphonique du 19 octobre 2016, [...] PM en « *KO définitif* » sont classés en catégorie « *problème déploiement* ». Altice/SFR Group n'a cependant soumis, pour la première fois, des devis à Bouygues Telecom que le 19 octobre 2016, soit deux ans après la Décision, et environ dix jours avant la fin de l'échéance de l'engagement 30.

d) Conclusion sur les adductions réalisées au titre du paragraphe 30

276. Il résulte de ce qui précède :
- qu'Altice/SFR Group, après avoir quasiment interrompu les adductions pendant plusieurs mois, n'a repris que très lentement le rythme des adductions.
 - qu'Altice/SFR Group n'a fait aucune tentative avant le 30 octobre 2016 pour procéder à l'adduction d'au moins 19 % de PM qu'elle considérait comme « *exclus* » du stock, en violation flagrante de l'engagement ;
 - qu'Altice/SFR Group n'a pas dûment justifié, pour chacun des très nombreux PM classés en « *KO définitif* » (57 % du stock) ou en « *KO provisoire* », de l'existence de difficultés faisant obstacle à l'adduction des PM du stock dans le délai de deux ans fixé à l'engagement 30, pas plus qu'elle n'a mis en œuvre les processus nécessaires au traitement des cas d'échecs constatés.
277. Ce faisant, Altice/SFR Group n'a pas respecté l'engagement qu'elle avait pris au titre du paragraphe 30.

3. SUR LE NON-RESPECT DE L'ENGAGEMENT PRÉVU AU PARAGRAPHE 31 (ADDITION DU FLUX)

278. L'engagement pris au titre du paragraphe 31 comprenait deux volets : d'une part, la signature d'un avenant au contrat Faber (a), et d'autre part, une fois l'avenant signé, l'exécution par Altice/SFR Group des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom (b).

a) En ce qui concerne la signature d'un avenant au contrat Faber

Arguments d'Altice/SFR Group

279. Altice/SFR Group affirme que la responsabilité de la durée des négociations pour aboutir à la conclusion d'un avenant au contrat ne peut lui être imputée. Elle fait valoir que l'inversion de la logique du contrat impliquait une meilleure collaboration entre SFR et Bouygues Telecom en matière de transmission des informations et de prévisibilité sur les commandes.

Analyse de l'Autorité

280. L'Autorité relève que l'avenant au contrat permettant à Bouygues Telecom, une fois par trimestre, de commander à Altice/SFR Group l'adduction d'une liste de son choix d'immeubles conventionnés a été signé le 19 novembre 2015, soit plus d'un an après l'adoption de la Décision. L'ajout d'une disposition à l'accord est intervenu à la suite de l'envoi de cinq projets d'avenant successifs, qui ont été considérés par Bouygues Telecom et par le mandataire comme contraires aux engagements, en ce qu'ils imposaient à Bouygues Telecom des contraintes non prévues par le contrat ni par la Décision.
281. L'Autorité considère donc qu'Altice/SFR Group n'a pas exécuté durant un an l'engagement qui lui imposait de conclure un avenant permettant à Bouygues Telecom de commander l'adduction des PM de son choix en 2015.
282. La conclusion tardive de cet avenant constitue un élément supplémentaire de nature à démontrer qu'Altice/SFR Group n'a pas fait preuve de la diligence escomptée pour assurer la bonne exécution de son engagement.

b) En ce qui concerne l'exécution par Altice/SFR Group des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom

Sur les adductions réalisées pour l'ensemble des commandes

283. L'engagement 31 imposait à Altice/SFR Group de procéder dans les trois mois à l'adduction de tous les PM commandés trimestriellement par Bouygues Telecom, soit un total de [10 000-15 000] PM³² pour les 5 commandes passées de juillet 2015 à juillet 2016.
284. En premier lieu, l'Autorité constate qu'Altice/SFR Group a retiré de ce total de commandes trimestrielles [...] PM considérés comme hors périmètre (« *PM Exclus* »), ramenant de ce fait la commande totale de Bouygues Telecom de juillet 2015 à juillet 2016 à [8 500 – 13 500] PM³³. Si l'on réintègre ces PM dans le périmètre de l'engagement (cf. paragraphe 223 de la présente décision), il apparaît qu'Altice/SFR Group n'a pas effectué de tentative d'adduction pour 12 % du total des commandes trimestrielles. En outre, Altice/SFR Group n'a pas justifié avoir effectué de tentative d'adduction pour les [...] PM classés « *encours* », ce qui porte le taux de PM non adductés à 14 %.
285. En second lieu, l'Autorité relève que les chiffres communiqués par Altice/SFR Group le 8 novembre 2016 (cf. paragraphes 127 et suivants de la présente décision), qui reposent sur le périmètre reconnu par la mise en cause et ne prennent donc pas en compte les « *PM Exclus* », attestent du fait qu'Altice/SFR Group n'a respecté le délai de trois mois pour aucune des commandes de Bouygues Telecom.

³² Altice a présenté le chiffre de [...] PM pour la commande d'octobre, sans intégrer les [...] PM, ce qui correspond à un total de commandes de [...] PM (cotes 5659, 16173 et 16174).

³³ Étant tenu compte des [...] PM qui n'ont pas été immédiatement acceptés par Altice/SFR Group.

286. En effet, selon les chiffres d'Altice/SFR Group, sur [...]PM³⁴ commandés par Bouygues Telecom entrant dans le périmètre du contrat selon Altice/SFR Group, le pourcentage de PM « *traités* » dans les 3 mois (en reprenant la définition proposée par Altice/SFR Group, soit incluant les PM adductés, les « *KO provisoires* » et les « *KO définitifs* ») varie de 58 % à 87 % selon la commande (voir paragraphes 131 et 132 de la présente décision). Il en résulte que pour un pourcentage allant de 13 % à 42 % des PM considérés par Altice/SFR Group comme faisant partie du périmètre du contrat, la mise en cause n'a pas effectué de tentative d'adduction dans le délai prévu par l'engagement. L'Autorité relève également que le taux d'échec provisoire et définitif selon les chiffres d'Altice/SFR Group s'élève à 40 %.
287. Par ailleurs, s'agissant des commandes de juillet et octobre 2015, les chiffres communiqués par Altice/SFR Group sont basés, sur la date de réception des CR-MAD qu'elle a réclamés à Bouygues Telecom (entre le 9 décembre et le 1^{er} janvier 2016) de sorte qu'en réalité, le pourcentage de PM autres que ceux dits « *PM Exclus* » pour lesquels Altice/SFR Group n'a procédé à aucune tentative d'adduction dans le délai de trois mois sur ces commandes est très supérieur aux chiffres communiqués par Altice/SFR Group.
288. Comme il est établi au paragraphe 134, le mandataire, dans son rapport au 15 juin 2016, « *constate qu'un faible nombre de PM commandés ont été traités (PM adductés, KO temporaires ou définitifs) dans le délai de trois mois impartis* », même en ne tenant pas compte des « *PM exclus* » par Altice/SFR Group. Dans son rapport au 18 septembre 2016, il cite les pourcentages suivants :
- [...] PM sur [...] pour la commande de juillet 2015, soit un pourcentage de 19 % ;
 - [...] PM sur [...] pour la commande d'octobre 2015, soit un pourcentage de 20 % ;
 - [...]PM sur [...] pour la commande de janvier 2016, soit un pourcentage de 46 %.
289. Au final, l'Autorité constate que moins de la moitié (47 %³⁵) des PM commandés par Bouygues Telecom ont été effectivement adductés à la date du 30 octobre 2016, quel que soit le délai.

Arguments d'Altice/SFR Group

290. Premièrement, Altice/SFR Group rappelle que l'engagement 31 a bouleversé la philosophie et le mode de fonctionnement du contrat Faber. En effet, avant le 30 octobre 2014, SFR identifiait et sélectionnait les PM qu'elle allait adducter et les proposait à Bouygues Telecom. Depuis cette date, c'est Bouygues Telecom qui commande les adductions des PM à réaliser par Altice/SFR Group, ce qui ne serait pas sans conséquence sur la gestion des commandes d'un point de vue organisationnel.
291. À cet égard, Altice/SFR Group soutient que lors des discussions ayant précédé la formulation de cet engagement, elle aurait fait valoir auprès du service des concentrations de l'Autorité « *l'extrême difficulté que représentait cet engagement* » et qu'un délai de six mois lui

³⁴ Dans les chiffres qu'elle a communiqués, Altice/SFR Group n'a pas intégré les [...] PM dans la commande d'octobre, estimée à [...] PM, le total des commandes selon les données d'Altice/SFR Group s'élevant donc à [...] PM.

³⁵ 6 038 PM livrés « *OK* » sur un total effectivement commandés de 12 674 PM.

paraissait être un minimum réaliste. Altice/SFR Group soutient que l'expérience accumulée par SFR entre 2011 et 2014 montrait que seuls [20-30] % des PM des immeubles conventionnés étaient adductés sous trois mois, d'une part, et qu'aucun autre opérateur télécom ne réussit à adducter la totalité des PM dans un délai de trois mois, d'autre part (cote 15777).

292. Dans ces conditions, Altice/SFR Group estime que les chiffres communiqués au 31 octobre 2016 attestent qu'elle a fait ses meilleurs efforts pour réaliser les commandes de Bouygues Telecom, en particulier pour les commandes d'avril et juillet 2016. En séance, ses représentants ont par ailleurs indiqué qu'il est irréaliste de croire que 100 % des commandes pourront être honorées dans les trois mois et qu'une moyenne de 85 % devrait être considérée comme satisfaisante et preuve de la bonne exécution de l'engagement.
293. Enfin, à titre accessoire, Altice/SFR Group estime également que le point de départ du délai de trois mois ne peut être fixé à la commande, dans la mesure où Bouygues Telecom commanderait fréquemment des PM non encore livrés par l'opérateur d'immeuble. En outre, s'agissant des commandes de juillet et octobre 2015, Altice/SFR Group considère ainsi que leur réalisation ne peut être analysée qu'à compter de la transmission des CR-MAD par Bouygues Telecom, c'est-à-dire à compter du mois de janvier 2016.

Analyse de l'Autorité

Sur le point de départ du délai de trois mois

294. L'engagement souscrit prévoit que Bouygues Telecom puisse passer commande de PM non encore livrés pour des immeubles conventionnés, le délai de trois mois ne commençant à courir qu'à la date de livraison effective du PM, telle que formalisée dans le fichier IPE « *Compte-rendu de mise à disposition* » (CR-MAD) à l'état « *Déployé* ». Dans cette hypothèse, il est clair que le délai de trois mois ne peut être déclenché qu'à compter de la livraison effective du PM par l'opérateur d'immeuble.
295. En ce qui concerne les commandes de juillet et octobre 2015, pour lesquelles Altice/SFR Group invoque l'absence des CR-MAD dans les commandes envoyées par Bouygues Telecom, l'Autorité relève que, conformément à la réglementation applicable rappelée ci-dessus, Altice/SFR Group est également destinataire des CR-MAD transmis par les opérateurs d'immeuble. Altice/SFR Group était donc en mesure de traiter les commandes de Bouygues Telecom, même en l'absence de transmission des CR-MAD par Bouygues Telecom au moment de chaque commande. Dans ces conditions, Altice/SFR Group ne peut utilement se prévaloir du défaut de transmission du CR-MAD par Bouygues Telecom pour justifier le non-respect de l'engagement 31 en ce qui concerne les commandes de juillet et d'octobre 2015.
296. Il résulte de ce qui précède qu'à l'exception des PM n'ayant pas été livrés à la date de la commande, le point de départ du délai de trois mois est la date de la commande.

Sur le caractère irréaliste du délai de trois mois

297. En premier lieu, Altice/SFR Group ne peut valablement invoquer, dans le cadre d'une procédure ouverte pour non-respect d'engagement, la difficulté voire l'impossibilité de respecter un engagement qu'elle a elle-même proposé. Altice et Numericable ont en effet proposé de leur propre chef cet engagement (cote 15741).
298. En deuxième lieu, il convient de rappeler l'objectif de cet engagement. Dans sa Décision, l'Autorité notait que « *ce délai est cohérent avec la réglementation de la fibre optique, qui*

autorise la commercialisation d'offres, après un délai de trois mois suivant l'installation d'un point de mutualisation » et que cet engagement visait à permettre à Bouygues Telecom « de définir le plan des adductions en fonction de ses propres besoins » afin de « commercialiser des offres FttH dans les immeubles relevant de l'accord conclu avec SFR dans des conditions équitables par rapport aux autres opérateurs FttH » (paragraphe 825).

299. L'ARCEP a rappelé dans son avis n° 2015-1406 que ce délai « a été introduit à l'annexe 2 de la décision n° 2009-1106 de l'ARCEP, à laquelle renvoie l'article 2 de cette décision qui prévoit que l'ouverture à la commercialisation des lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique situées dans la zone arrière d'un PM ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai de prévenance qui ne peut être inférieur à trois mois suivant la mise à disposition des informations nécessaires à l'accès aux lignes, lesquelles comprennent notamment les informations relatives à la mise à disposition du PM » (cote 886).
300. En troisième lieu, le respect de l'engagement 31 n'implique pas de mener à bien 100 % des adductions demandées dans le délai de trois mois, comme le soutient Altice/SFR Group qui semble confondre « adduction » et « tentative d'adduction » (PM « traités »), bien qu'elle soit à l'origine de cette distinction. En effet, l'engagement prévoit expressément que la partie notifiante a la possibilité de justifier d'éventuelles difficultés d'exécution faisant obstacle à l'adduction. Il suffit donc à Altice/SFR Group de démontrer avoir mis en œuvre, dans les meilleurs délais, les mesures adaptées pour parvenir à réaliser l'adduction dans le délai de trois mois mais avoir été confrontée à des difficultés telles que cette échéance n'a pu être respectée. Le fait que « l'expérience accumulée par SFR entre 2011 et 2014 montrait que seuls [20-30]% des PM des immeubles conventionnés étaient adductés sous trois mois » ne prouve donc en aucune manière que l'engagement ne pouvait être tenu.
301. Par conséquent, Altice/SFR Group n'est pas fondée à soutenir que le délai de trois mois ne peut pas être respecté.

c) Conclusion

302. Il résulte de ce qui précède qu'Altice/SFR Group n'a, au final, réalisé que moins de la moitié des adductions concernées à la date du 30 octobre 2016. En particulier :
- Altice/SFR Group n'a procédé à aucune tentative d'adduction pour 12 % des commandes qu'elle considérait comme hors périmètre et pour un total de 14 % des PM commandés par Bouygues Telecom (en incluant les « PM encours ») ;
 - même à l'intérieur du périmètre retenu par Altice/SFR Group, l'entreprise n'a pour aucune des commandes trimestrielles respecté le délai de trois mois pour « traiter » ces commandes ;
 - pour les raisons explicitées aux paragraphes 262 et suivants ci-dessus, les 40 % d'échecs provisoires ou définitifs reconnus par Altice/SFR Group pour les PM inclus n'ont pas été dûment justifiés.
303. Ce faisant Altice/SFR Group n'a pas respecté l'engagement au titre du paragraphe 31, privant ainsi Bouygues Telecom de la possibilité de bénéficier du « délai de prévenance » de trois mois prévu par la réglementation pour mettre les entreprises sur un pied d'égalité dans la commercialisation de la fibre nouvellement installée dans un immeuble.

C. SUR LE NON-RESPECT DE L'ENGAGEMENT RELATIF À LA MAINTENANCE PRÉVU AU PARAGRAPHE 33

304. Il ressort des constatations relatives à la maintenance figurant aux paragraphes 145 et suivants :

- qu'Altice/SFR Group n'a défini des indicateurs de qualité satisfaisante aux yeux du mandataire que le 13 août 2015, soit neuf mois après la Décision ;
- que les délais de résolution des incidents affectant les infrastructures horizontales ont augmenté très fortement au début de l'année 2015 ; par la suite, ces délais ont été, à nouveau, très élevés au cours de certaines périodes, en particulier aux mois d'octobre et décembre 2015. D'une manière générale, le pourcentage de résolution des incidents au 80^{ème} percentile fixé à moins de [...] jours d'un commun accord entre Bouygues Telecom et Altice/SFR Group n'a jamais été respecté sur l'ensemble de la période ;
- que les températures au sein des NRO ont connu, de façon réitérée, des niveaux excessifs causés par le défaut de climatisation, au point de causer des interruptions de service en mai, juin et novembre 2015, ainsi qu'en juillet 2016.

1. ARGUMENTS DE BOUYGUES TÉLÉCOM

305. Interrogés par les services d'instruction, le 8 décembre 2015, les représentants de Bouygues Telecom ont indiqué que la maintenance n'avait pas été assurée dans des conditions normales en 2015, s'agissant des délais de traitement des incidents et des conditions d'hébergement au sein des NRO : « en 2014, tant que l'infrastructure était utilisée par SFR, nous n'avons pas constaté de problème particulier sur le nombre de pannes ou sur les délais de traitement des incidents. Nous n'avons jamais eu les mêmes problèmes de climatisation et de surchauffe des NRO. En 2015, il y a clairement eu quelque chose d'anormal sur les délais de traitements des incidents et les conditions d'hébergement des équipements de BT au sein des NRO de SFR, notamment s'agissant du maintien en température » (cotes 5679 à 5691).

306. Durant cette même audition, les représentants de Bouygues Telecom ont déclaré que « les objectifs actuels garantissent la non-discrimination mais ne garantissent pas une maintenance transparente et conforme aux règles de l'art (et donc aux obligations contractuelles de SFR) et attentes du marché. Or, quand nous abordons ces sujets dans le cadre du COPIL, NC refuse d'en discuter. En particulier, NC refuse de nous dire les objectifs qu'elle a fixés à ses sous-traitants, la maintenance étant intégralement sous-traitée. De même, NC-SFR n'a jamais communiqué de façon transparente sur les raisons de la multiplication des incidents à partir du 2^{ème} trimestre 2015 et notamment sur l'augmentation des températures dans les NRO » (cotes 5679 à 5691).

2. ARGUMENTS D'ALTICE/SFR GROUP

307. Premièrement, Altice/SFR Group conteste avoir retardé la mise en place des indicateurs de qualité. Selon elle, l'élaboration de ces indicateurs a nécessité un travail en amont afin de s'assurer de leur faisabilité technique, ce qui explique que SFR n'ait communiqué au mandataire le premier indicateur de qualité que le 13 avril 2015. Les négociations avec

Bouygues Telecom ont également perduré en raison des demandes changeantes ou non pertinentes de Bouygues Telecom, voire de demandes allant au-delà de l'objectif de non-discrimination et visant en réalité à mesurer la performance des infrastructures FttH.

308. Deuxièmement, Altice/SFR Group conteste toute dégradation délibérée de la maintenance des infrastructures FttH dans la zone de couverture du contrat. Altice/SFR Group estime que Bouygues Telecom exagère la portée des incidents, en réalité temporaires et conjoncturels, qui ont pu survenir sur le réseau FttH sans apporter la preuve de leur impact effectif sur ses clients finals. Altice/SFR Group précise que la hausse du nombre de tickets d'incidents est logique dans la mesure où le parc client de Bouygues Telecom augmente parallèlement. De plus, Altice/SFR Group souligne que les déclenchements de tickets d'incidents à l'été 2015 liés à la température au sein des NRO résultent d'un désaccord entre les parties sur la température de référence.
309. Troisièmement, Altice/SFR Group fait valoir que les indicateurs ont permis au mandataire de contrôler les *reporting* réguliers transmis par Altice/SFR Group et de confirmer que la maintenance est assurée sans discrimination.
310. Enfin, Altice/SFR Group soutient n'avoir aucun intérêt à dégrader la maintenance des infrastructures FttH en zone Faber, ces infrastructures étant toujours des actifs stratégiques. En effet, ces infrastructures FttH hébergent plus de [...] sites radio SFR, [...] clients entreprises raccordées aux NRO (+ [20-30] % en 2015), et environ [...] clients grand public au 1^{er} mai 2016, soit un volume supérieur aux [...] clients de Bouygues Telecom.

3. POSITION DE L'AUTORITÉ

311. Il convient d'examiner successivement :
 - le sens et la portée de l'engagement 33 (a) ;
 - les conditions de mise en place des indicateurs de qualité (b) ;
 - les conditions effectives de la maintenance (c) ;
 - la maintenance du réseau fibre de SFR en tant qu'« *actif stratégique* » (d).

a) Sur le sens et la portée de l'engagement 33

312. Les engagements relatifs au contrat Faber ont pour objectif de permettre à Bouygues Telecom de compléter son déploiement et d'exercer une contrainte concurrentielle directe sur le nouvel ensemble en ce qui concerne les offres très haut débit. Cette contrainte concurrentielle exercée par le réseau FttH de Bouygues Telecom repose sur le déploiement complet du réseau mais également sur la qualité de celui-ci.
313. Comme l'a souligné la Décision, la nouvelle entité issue de l'opération de concentration devait être en mesure de ne pas honorer le contrat Faber s'agissant de la maintenance. Compte tenu de sa position, le nouvel ensemble aurait la possibilité de faire échec à l'exploitation normale du réseau FttH par Bouygues Telecom et pourrait être incité à favoriser ses propres usages par rapport aux besoins de Bouygues Telecom dans le cadre de la maintenance de réseau.
314. Lors de l'instruction de l'opération, Bouygues Telecom avait mis en avant le fait que pour toute la durée du contrat il serait dépendant d'un opérateur qui n'utilisera plus ses infrastructures FttH (en zone câblée) ce qui lui serait directement préjudiciable. À l'époque,

l'Autorité avait toutefois estimé qu'une politique de désengagement de SFR dans la maintenance du réseau n'était pas avérée dans la mesure où la partie notifiante avait indiqué devoir utiliser le réseau déployé pour raccorder ses clients (Décision, paragraphe 320).

315. Compte tenu des déclarations de la partie notifiante, l'Autorité avait estimé que le réseau déjà déployé et utilisé par SFR resterait un « *actif stratégique* » et qu'il n'apparaissait pas proportionné de confier la maintenance du réseau FttH à Bouygues Telecom et de modifier sur ce point le contrat initial entre les deux opérateurs.
316. Cependant, au regard de l'incitation de la nouvelle entité à privilégier en priorité ses services de détail sur son réseau câblé, l'Autorité avait relevé qu' « *il n'en [restait] pas moins que le nouvel ensemble pourrait être incité à favoriser ses propres usages par rapport aux besoins de Bouygues Telecom dans le cadre de la maintenance de ce réseau* » (Décision, paragraphe 320).
317. C'est pourquoi la partie notifiante s'est engagée à « *assurer la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat dans les conditions prévues par celui-ci, de manière transparente et non-discriminatoire vis-à-vis de Bouygues Telecom. Afin de garantir l'effectivité de cette obligation, la Partie notifiante définira, sous le contrôle du Mandataire chargé du Contrôle, des indicateurs permettant de vérifier l'exécution de cet engagement et lui fournira toutes les données nécessaires ou utiles à cette fin* » (Décision, paragraphe 320).
318. Le contrôle du respect de l'engagement 33 ne se limite pas à vérifier si la partie notifiante a défini une liste d'indicateurs de qualité validée par le mandataire. La mise en place d'indicateurs de qualité n'est pas une fin en soi qui permettrait à Altice/SFR Group de prouver qu'il a respecté ses obligations.
319. Comme le précise l'engagement, ces indicateurs doivent permettre « *de garantir l'effectivité de cette obligation* », c'est-à-dire de vérifier qu'Altice/SFR Group assure la maintenance des infrastructures FttH :
- dans les conditions prévues au contrat,
 - de manière transparente,
 - et de façon non-discriminatoire vis-à-vis de Bouygues Telecom.
320. Premièrement, l'obligation d'assurer la maintenance des installations « *dans les conditions prévues par [le contrat Faber]* » selon les termes de l'engagement garantit que Bouygues Telecom pourra jouir normalement du réseau déployé grâce à une maintenance effective réalisée dans les règles de l'art, conformément aux principes contractuellement définis par les parties avant l'opération de concentration, le maintien de « *conditions opérationnelles* » étant en particulier prévu à l'article 5 des conditions particulières du contrat.
321. Deuxièmement, l'obligation de transparence permet de vérifier, grâce à l'emploi d'indicateurs adaptés, qu'Altice/SFR-Group « *assure la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat dans les conditions prévues par celui-ci* » en fournissant les éléments d'information nécessaires à Bouygues Telecom, qui n'a pas la possibilité d'assurer lui-même la maintenance des infrastructures cofinancées.
322. Troisièmement, l'obligation de non-discrimination dans la maintenance des infrastructures FttH à l'égard de Bouygues Telecom n'a d'effet utile que si « *le réseau cofinancé est (...) un actif utilisé et stratégique pour SFR comme pour la nouvelle entité et qui n'a pas vocation à ne plus être utilisé* » (Décision, paragraphe 827). À l'inverse, si Altice/SFR Group privilégie ses offres FttB à partir du câble modernisé, et n'est donc pas impactée par une

dégradation de la maintenance, l'obligation de non-discrimination prévue par l'engagement est privée de tout ou partie de sa portée.

323. À cet égard, la jurisprudence *Groupe Canal Plus* précitée permet à l'Autorité d'appréhender le comportement d'une entreprise qui, bien qu'ayant formellement respecté l'engagement, aurait par ailleurs pris des mesures aboutissant à le vider de sa portée, produisant ainsi les effets anticoncurrentiels que cet engagement entendait prévenir (arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012, précité).
324. L'ARCEP indique dans son avis n° 2015-1406 que « *Numericable-SFR, en commercialisant en priorité ses services de détail sur son réseau câblé plutôt que sur son réseau FttH, pourrait être incité à fournir un service de moindre qualité en tant qu'opérateur d'infrastructure. Cela pourrait se traduire, par exemple, par (...) une baisse de la qualité et des délais du service après-vente en cas de panne, ces difficultés incitant le client à migrer vers le réseau câblé. L'Autorité rappelle que des difficultés similaires pourraient être rencontrées dans le cadre du contrat Faber liant Bouygues Telecom à SFR pour le déploiement et la maintenance d'un réseau horizontal en zone très dense* » (cotes 869 à 890).
325. L'ARCEP souligne également « *les limites de l'obligation de non-discrimination dans les zones où Numericable-SFR ne s'appuie pas de manière significative sur le réseau FttH pour fournir sur le marché de détail des offres très haut débit* ». Par conséquent, le régulateur sectoriel estime « *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* ».
326. En conclusion, l'engagement 33 a pour objectif de garantir à Bouygues Telecom un niveau de maintenance conforme aux stipulations du contrat, lui permettant d'exploiter pleinement le réseau qu'elle cofinance.

b) Sur le retard à la mise en place des indicateurs de qualité

327. Il ressort des constatations qu'il a fallu cinq mois à Altice/SFR Group pour proposer au mandataire un seul indicateur de qualité, manifestement insuffisant. Neuf mois se sont écoulés avant qu'Altice/SFR Group établisse une série d'indicateurs de qualité satisfaisante aux yeux du mandataire. La mise en œuvre du monitoring n'a donc débuté que le 22 septembre 2015, date à laquelle Altice/SFR Group a transmis au mandataire un rapport sur la maintenance pour les mois de juillet et août 2015.
328. L'Autorité relève que le délai de mise en œuvre des indicateurs est excessif et que ce retard incombe à Altice/SFR Group et non à Bouygues Telecom. SFR Group a en effet tardé à définir des indicateurs alors même que cet engagement ne présente aucune difficulté particulière. Cette obligation n'est au surplus pas nouvelle puisque l'article 5.1 du contrat prévoit, parmi les missions dévolues au comité de pilotage, le partage des indicateurs de qualité de la maintenance (article 5.8 des conditions particulières) : « *Les Parties partageront lors des Comités de Pilotage les indicateurs de qualité tels que les délais d'intervention, les délais de réparation, leurs évolutions, les principales causes de dépassement des objectifs et les plans d'amélioration éventuels associés. (...)* ».

c) Sur les conditions de la maintenance

329. Il ressort des constatations que la maintenance des infrastructures FttH a été assurée dans des conditions anormales entre la fin 2014 et mars 2015. Au cours de cette période, les délais de traitement des incidents, atteignant en particulier [10-15] jours au 50^{ème} percentile (soit

pour 50 % des incidents), ont augmenté dans des proportions manifestement excessives au regard des conditions prévues par le contrat Faber, notamment de l'article 5.8 des conditions particulières qui 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* ».

330. Altice/SFR Group a justifié ces dégradations par une nouvelle organisation de la maintenance à la suite de l'opération de concentration. Toutefois une nouvelle organisation de la sous-traitance ne dégage nullement Altice/SFR Group de ses responsabilités et ne peut justifier une méconnaissance des dispositions contractuelles et de l'engagement 33. Au surplus, Altice/SFR Group n'a pas informé son cocontractant à ce sujet mais ne s'est justifiée qu'*a posteriori* sur les raisons de ces incidents.
331. Si les délais de traitement des incidents ont diminué après le mois de mars 2015, il y a lieu de relever que ces délais ont été à nouveau particulièrement élevés à d'autres périodes de l'année 2015. Ainsi, les délais de rétablissement des incidents ont à nouveau atteint, aux mois d'octobre et de décembre 2015, des niveaux manifestement excessifs au regard des exigences du contrat Faber :
- pour le 95^{ème} percentile, plus de [...] jours en octobre et décembre 2015,
 - pour le 80^{ème} percentile, plus de [...] jours en octobre et décembre 2015, délai au demeurant très supérieur à l'objectif de [...] jours finalement fixé d'un commun accord par les parties à compter du deuxième trimestre 2016 ;
 - pour le 50^{ème} percentile, c'est-à-dire à hauteur de 50 % des incidents constatés, [...] jours en décembre 2015, et pour l'ensemble de la période à peine inférieur ([...] à [...] jours en moyenne) à l'objectif fixé pour le 80^{ème} percentile.
332. Par ailleurs, l'Autorité relève la multiplication des incidents en ce qui concerne la climatisation dans les NRO. Selon les « *conditions prévues au contrat* » citées dans l'engagement, Altice/SFR Group doit garantir le maintien en température du NRO (article 2.1.1 des conditions particulières), assurer une maintenance préventive et curative des installations de climatisation (article 5.5) et mettre en place tous les moyens nécessaires pour corriger les anomalies dans les meilleurs délais (article 5.8).
333. Or, il ressort des pièces du dossier, qu'à plusieurs reprises en mai et juin 2015, la température des NRO a atteint des températures excessives, très supérieures à [...] ° C, alors que les deux parties s'étaient accordées sur la température de [...] ° C, au-delà de laquelle un incident devait être déclenché dans la mesure où la durée de vie des équipements est menacée.
334. En dépit des plaintes réitérées de Bouygues Telecom, des incidents relatifs à la climatisation sont survenus ultérieurement au cours de l'année 2015 et 2016, occasionnant à nouveau des interruptions de service en novembre 2015 et août 2016. En ne prenant pas dans les meilleurs délais les mesures de maintenance préventive et curative nécessaires pour remédier à la situation signalée par Bouygues Telecom, Altice/SFR Group n'a pas assuré la maintenance du réseau FttH dans les conditions prévues au contrat, conformément à ce qu'exigeait l'engagement.

d) Sur la priorité donnée par Altice/SFR Group à la commercialisation du câble

335. La dégradation des conditions de maintenance des infrastructures FttH intervient dans un contexte où SFR a adopté en 2014 une stratégie nouvelle consistant à commercialiser prioritairement les offres sur le réseau câblé (cote 6736).

336. En juin 2014, SFR a en effet décidé, sur l’empreinte du réseau câblé, de ne commercialiser que les offres très haut débit câble, rendant inutiles les prises commercialisables FttH déjà installées et les déploiements FttH prévus sur la zone câble. Dans une présentation saisie dans le cadre de l’instruction de l’affaire de « *gun jumping* » qui a donné lieu à la décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l’article L. 430-8 du code de commerce, adressée par le directeur Grand Public de SFR au PDG de SFR le 5 juin 2014, il est indiqué, sous le titre : « *Des règles d’éligibilité en faveur du THS (câble)* », que « *lorsqu’un abonné est éligible aux offres sur le réseau câblé et le réseau FttH, seules les offres câble lui sont proposées. En outre, il ressort de ce document qu’en cas de refus de l’offre câble, l’abonné se voit proposer comme option de repli une offre d’accès internet haut débit (ADSL) mais en aucun cas une offre très haut débit sur le réseau FttH* » (décision n° 16-D-24 précitée, paragraphes 238 et suivants, soulignement ajouté).
337. SFR Group a donc privilégié ses offres THD à partir de son réseau câblé modernisé auprès des clients souhaitant une offre « fibre », notamment en commercialisant la gamme « *RED Fibre* » à un prix attractif (19,99 euros/mois) sur le réseau câblé modernisé (cotes 6476 et 6502).
338. Il ressort des données communiquées par Altice/SFR Group le 20 juin 2016, que le parc d’abonnés résidentiels à une offre FttB sur la zone de couverture est passé de [...] à plus de [...] clients entre octobre 2014 et mai 2016. En revanche, le parc de clients SFR à une offre FttH grand public a diminué d’environ [...] clients entre octobre 2014 et mai 2016. Les offres FttH de SFR sur la zone du contrat Faber ont donc bien été délaissées au profit des offres FttLA/FttB.
339. Ainsi, la dégradation des conditions de la maintenance au cours de l’année 2015, et dans une moindre mesure en 2016, a coïncidé avec une stratégie commerciale de la part d’Altice/SFR Group visant à concentrer ses efforts de conquête sur la technologie FttB à partir du câble modernisé coaxial dans la zone de couverture du contrat Faber. Cette stratégie peut expliquer pourquoi Altice/SFR Group n’a pas mis en place tous les moyens nécessaires pour assurer la maintenance des infrastructures FttH dans les conditions prévues par le contrat Faber conclu avec Bouygues Telecom.
340. Il est dès lors établi qu’Altice/SFR Group a offert une qualité de réseau FttH dégradée à son cocontractant Bouygues Telecom sans que lui-même n’en subisse les conséquences. Ce faisant, en accordant la priorité à la commercialisation des offres sur le réseau câblé, SFR Group a vidé de son effet utile l’obligation de non-discrimination prévue par l’engagement 33.
341. Il résulte de ce qui précède qu’Altice/SFR Group a méconnu l’engagement 33 en manquant à son obligation d’assurer la maintenance du réseau FttH dans les conditions prévues par le contrat Faber.

D. CONCLUSION SUR LE RESPECT DES ENGAGEMENTS PRÉVUS AUX PARAGRAPHES 30, 31 ET 33

342. Les éléments exposés aux paragraphes 190 à 341 ci-dessus démontrent que postérieurement à la Décision, Altice/SFR Group a :
- retardé de plusieurs mois à un an l’exécution des engagements 30, 31 et 33 en interrompant puis freinant fortement le rythme des adductions, d’une part, et en ne

procédant que tardivement aux démarches nécessaires en termes d'avenant et de mise au point des indicateurs de qualité, d'autre part ;

- refusé de procéder à l'adduction des PM prétendument exclus, contrairement à l'objectif des engagements ;
- échoué à « *traiter* » les commandes trimestrielles de Bouygues Telecom dans le délai de trois mois ;
- présenté des niveaux finaux d'échec des adductions très élevés, sans dûment les justifier, ni mettre en place les mesures permettant de les éliminer ;
- dégradé les conditions de maintenance du réseau prévues par le contrat Faber.

343. Il est donc établi que les engagements 30, 31 et 33 n'ont pas été respectés par Altice et SFR Group.

III. Sur l'imputabilité des manquements

344. Il résulte des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce que les sanctions prononcées par l'Autorité sont infligées « *aux personnes auxquelles incombaient l'obligation non exécutée* ».

345. En l'espèce, les engagements ont été souscrits par la société Altice SA, société mère du groupe Altice ayant ultimement acquis une influence déterminante sur SFR, et par sa filiale, Numericable-SFR (anciennement Numericable Group).

346. Depuis le transfert de la quasi-totalité des actifs et du passif d'Altice SA à Altice Luxembourg intervenu le 9 août 2015, les engagements pris par cette société auprès de l'Autorité de la concurrence ont été transférés à Altice Luxembourg (cote 5016).

347. Depuis le mois de juin 2016, Numericable-SFR a pris la dénomination sociale de SFR-Group.

348. Par suite, il y a lieu d'imputer les manquements constatés aux sociétés Altice Luxembourg, immatriculée au RCS du Luxembourg sous le numéro B 197 134, et SFR Group, immatriculée au RCS de Paris sous le numéro 794 661 470.

IV. Sur les sanctions

A. RAPPEL DES RÈGLES APPLICABLES

349. Selon les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, lorsque l'Autorité « *estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision [elle] constate l'inexécution. Elle peut : 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. (...); 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 ; 3° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée. En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire (...) ».

350. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a renforcé le pouvoir d'injonction de l'Autorité, en ajoutant un 3° au IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, permettant à l'Autorité – jusqu'alors habilitée à retirer la décision d'autorisation (1°) et à enjoindre sous astreinte la mise en œuvre du comportement dont l'inexécution est sanctionnée (2°) – d'enjoindre sous astreinte d'exécuter des injonctions ou prescriptions en substitution de l'obligation inexécutée. L'Autorité a désormais le pouvoir, en cas d'inexécution des engagements pris dans la décision d'autorisation, de substituer de nouveaux engagements ou des injonctions aux mesures correctives inexécutées par les parties.
351. Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité a analysé les options ouvertes par le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce lorsqu'elle constate l'inexécution d'un engagement. Elle a précisé que le prononcé d'une décision de retrait et celui d'une injonction constituent des options alternatives et que l'Autorité peut, en sus, infliger une sanction pécuniaire aux parties contrevenantes (décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus et décision n° 12-D-15 précitée).
352. Le choix entre les options ouvertes à l'Autorité par le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce doit être effectué en prenant en compte les circonstances de l'espèce. Pour se prononcer, l'Autorité examine notamment la nature des manquements constatés, en appréciant leur gravité et l'atteinte à la concurrence que la décision d'autorisation avait pour objet de prévenir. L'Autorité peut également prendre en compte la nature des engagements souscrits, leur importance dans l'économie générale de la décision d'autorisation de l'opération de concentration, ou encore le temps écoulé depuis l'opération de concentration et la durée des engagements restant à courir à la date à laquelle elle statue.
353. La sanction pécuniaire infligée doit également être proportionnée aux circonstances particulières de l'espèce. La nature particulière du manquement visé par le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce doit également être prise en considération : la sanction pouvant être imposée en cas de non-respect d'engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration, et conditionnant l'autorisation de celle-ci par l'Autorité doit en tout état de cause être déterminée *« de telle sorte que l'entreprise ayant pris les engagements ne soit pas incitée à se livrer à un calcul économique consistant à les proposer à l'Autorité en vue d'obtenir l'autorisation de la concentration, mais sans vouloir les exécuter effectivement ou sans prendre les mesures nécessaires à cet effet. Il importe donc que la sanction pécuniaire imposée en cas de non-respect d'engagements soit fixée à un niveau suffisant pour dissuader les intéressés de ne pas exécuter leurs engagements »* (décisions n° [11-D-12](#) et n° [12-D-15](#) précitées).
354. Le recours à une injonction, qui s'inscrit dans le cadre de la mission de régulation concurrentielle des marchés confiée à l'Autorité par l'article L. 461-1 du code de commerce, vise à garantir que les entreprises qui ont méconnu leurs engagements s'abstiennent effectivement de poursuivre les comportements constatés et de les réitérer. En d'autres termes, l'injonction doit permettre d'éviter que l'atteinte au fonctionnement concurrentiel des marchés concernés ne se poursuive ou ne se reproduise. Le pouvoir d'injonction reconnu

à l'Autorité par les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce s'inscrit, ce faisant, dans l'objectif général de préservation de l'ordre public économique auquel répondent les règles de concurrence (décision n° 2012-280 QPC du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, cons. 11).

355. Les injonctions prononcées 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 (arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012, précité).

B. LES ÉLÉMENTS D'APPRÉCIATION AU CAS D'ESPÈCE

356. Seront successivement examinés :

- l'importance des engagements inexécutés et leur importance dans l'économie générale de la décision (1) ;
- l'ampleur des manquements constatés (2) ;
- leurs conséquences en termes de maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés (3) ;
- et enfin le comportement d'Altice/SFR Group (4).

1. SUR LA NATURE DES ENGAGEMENTS INEXÉCUTÉS ET LEUR IMPORTANCE DANS L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA DÉCISION D'AUTORISATION

357. Comme l'a retenu la Décision, la prise de contrôle de SFR permettait à Numericable, leader dans le secteur de l'accès à Internet très haut débit, de renforcer fortement son pouvoir de marché sur ce segment en expansion rapide du marché du haut débit, compte tenu des barrières à l'entrée techniques et financières existantes.

358. Comme il est exposé aux paragraphes 61 et suivants de la présente décision, la présence simultanée, au sein du nouvel ensemble, d'un réseau câblé modernisé capable de supporter des offres très haut débit, déjà très largement déployé par Numéricable en zone très dense, et d'un réseau FttH en cours de déploiement par SFR créait une redondance de nature à décourager le nouvel ensemble à poursuivre la construction de son réseau FttH. Dans la mesure où ce nouveau réseau était cofinancé dans de nombreuses zones via des contrats de co-investissement conclus par SFR avec Orange et Bouygues Telecom, il existait un risque fort d'arrêt ou du moins de ralentissement du déploiement du réseau en fibre optique dans ces zones, les opérateurs cocontractants étant ligotés par les clauses de ces contrats et contractuellement empêchés de poursuivre seuls leur déploiement.

359. Une telle situation était de nature à compromettre le déploiement du réseau très haut débit, qui constitue notamment une priorité en termes concurrentiels puisqu'il est de nature à permettre, à terme, de mettre fin au monopole d'Orange sur le réseau cuivre. Elle créait aussi un déséquilibre concurrentiel à court et moyen terme sur ce marché, puisqu'elle permettait à la nouvelle entité, forte d'un réseau déjà largement déployé à moindre coût, de préempter seule, et pour une durée d'au moins cinq ans, le segment du très haut débit dans les zones très denses.

360. Les enjeux concurrentiels mis en exergue étaient donc particulièrement importants. Seule l'exécution des engagements 30, 31 et 33 pouvaient empêcher le nouvel ensemble de faire

obstacle aux déploiements de la fibre optique FttH dans ces zones et permettre la jouissance normale des réseaux déjà déployés par ces opérateurs cocontractants, au premier rang desquels Bouygues Telecom.

361. Les engagements relatifs au contrat Faber occupaient donc une place centrale dans l'économie générale de la Décision.

2. SUR LA GRAVITÉ DES MANQUEMENTS CONSTATÉS

362. Les autorités de concurrence considèrent que, par sa nature même, « *le non-respect des engagements ou injonctions pris en application du titre relatif à la concentration économique par la partie à laquelle ils incombaient revêt un caractère particulièrement grave* » (arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 21 août 2007 relatif à l'inexécution par le groupe Carrefour de ses engagements déposés au titre du contrôle des concentrations, p. 6 ; décision n° [12-D-15](#) précitée, paragraphe 113). En effet, ce manquement rompt l'équilibre qui avait conduit à autoriser l'opération sous condition et porte atteinte, de ce seul fait, à l'ordre public économique et à la concurrence.

363. La gravité d'un tel manquement doit cependant être appréciée en fonction des circonstances concrètes propres à chaque cas d'espèce, notamment de son ampleur (a) et de sa durée (b).

a) En ce qui concerne l'ampleur des manquements

364. Afin d'apprécier l'ampleur des manquements, il y a lieu de tenir compte de la situation du secteur de l'accès à Internet très haut débit, de la position respective des entreprises concernées, de l'étendue du réseau de fibre optique déployé dans le cadre du contrat Faber et du caractère partiel de la réalisation des engagements.

365. En premier lieu, en ce qui concerne le secteur, les manquements ont eu lieu sur le segment du très haut débit qui revêt une importance stratégique pour le développement du secteur des télécommunications et au-delà pour l'économie tout entière. Les dernières données rendues publiques par l'observatoire des marchés des communications électroniques de l'ARCEP, le 1^{er} décembre 2016, confirment la forte croissance du segment du très haut débit Internet fixe. En effet, comme l'indique l'observatoire, « *le nombre d'abonnements très haut débit dépasse pour la première fois les 5 millions (5,1 millions) d'accès à la fin du troisième trimestre 2016 (290 000 en un trimestre, +1,2 million en un an), dont :*

- *1,930 million d'abonnements internet à très haut débit en fibre optique de bout en bout ; leur nombre a augmenté de 165 000 au cours du trimestre et de 52 % en un an. Ils représentent 28 % du nombre total des logements éligibles au FttH ;*
- *1,220 million d'abonnements avec terminaison en câble coaxial dont le débit est supérieur ou égal à 100 Mbit/s ; leur nombre s'accroît de 45 000 au cours du trimestre et de 9 % en un an (...)* »³⁶.

³⁶ http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/observatoire/hd-thd-detail/t3-2016/observatoire-HDTHD-abonnements-T3_2016.pdf.

366. En deuxième lieu, en ce qui concerne la position respective des entreprises concernées, les manquements sont le fait d'Altice/SFR Group, leader dans le secteur de l'accès à Internet très haut débit et opérateur de premier plan dans le secteur des télécommunications, dont le parc clients très haut débit a connu une croissance de l'ordre de [20-30] % entre avril 2015 et avril 2016.
367. Les manquements fragilisent la position de Bouygues Telecom, 4^{ème} opérateur sur le marché de détail de la fourniture d'accès à Internet haut et très haut débit et concurrent particulièrement actif sur le marché du haut et du très haut débit, sur lequel il se présente comme franc-tireur (« maverick »), en faisant baisser depuis plusieurs années les prix de l'abonnement fixe ADSL et en se positionnant très tôt sur le THD via l'offre bitstream. Lors de la concentration, il possédait la seconde part de marché de clients THD après la nouvelle entité.
368. En troisième lieu, en ce qui concerne l'importance du marché géographique concerné, les manquements concernent un accord de dimension nationale qui prévoit le déploiement d'un réseau horizontal en fibre optique sur un nombre de 22 communes situées en zone très dense. Le contrat Faber couvre les principales villes françaises en province, Paris et une grande partie des départements situés en première couronne (Val de Marne, Hauts-de-Seine et Seine-Saint-Denis). Ces 22 communes représentent environ [2,5 à 3] millions de logements raccordables, ce qui représente [...] des 5,5 millions de logements comptabilisés par l'ARCEP dans les zones très denses.
369. En quatrième lieu, en ce qui concerne l'ampleur du non-respect constaté, les engagements 30, 31 et 33 ont été partiellement exécutés par Altice/SFR Group. Néanmoins, les manquements concernent une partie très significative du réseau de fibre optique dont le déploiement était prévu par le contrat Faber.
370. L'engagement 30 prévoyait l'adduction de [8 000-16 000] PM. Sur ce total, au moins [1 500-3000] PM³⁷ correspondant à des PM prétendument exclus (soit 19 %), n'ont fait l'objet d'aucune tentative d'adduction. Sur le solde de PM entrant dans le périmètre du contrat selon Altice/SFR Group, seuls 41 % ont été effectivement adductés, la quasi-totalité du stock subsistant selon Altice/SFR Group (57 %) ayant été classée en « KO définitifs ».
371. L'engagement 31 prévoyait l'adduction de tous les PM commandés trimestriellement par Bouygues Telecom, soit un total de [10 000-15 000] PM pour les 5 commandes passées de juillet 2015 à juillet 2016. Sur ce total, au moins 14 % des PM commandés n'ont fait l'objet, à la date du 30 octobre 2016, d'aucune tentative d'adduction (« PM Exclus » et « encours »). S'agissant des [...] PM³⁸ autres que ceux prétendument exclus, une part importante n'a pas été traitée dans le délai de trois mois.
372. Au total, la moitié des commandes trimestrielles de Bouygues Telecom n'a pas été adductée en fin de période, sans qu'Altice/SFR Group ne justifie dûment ces échecs.

³⁷ Déduction faite des 75PM commandés à nouveau par Bouygues Telecom au titre du paragraphe 31.

³⁸ Sans intégrer les [...] PM.

373. Sur un total de [...] PM à adducter du fait de la décision d'engagements, tant en stock qu'en flux, seuls [...] PM ont été effectivement adductés deux ans après la Décision, soit un pourcentage de non-réalisation de 58 %³⁹.
374. Au final, les manquements ont concerné un nombre important de logements et donc de clients potentiels par rapport aux [2,5 à 3] millions de logements adductables de la zone couverte par le contrat Faber. Trois estimations du nombre de logements non-adductés (estimés à partir du nombre de PM non adductés, un même PM pouvant desservir plusieurs dizaines de logements), qui varient d'environ [...] (au 31 mai 2016) à près de [...] logements (au 31 octobre 2016), peuvent être tirées du dossier.
375. Altice/SFR Group a ainsi indiqué que le nombre de logements mis à disposition au 31 décembre 2015 était de [...] et avoir adducté, au 31 mai 2016, un total de [...] logements. Ainsi, à cette date, au moins [...] logements n'étaient pas adductés par rapport au total de logements disponibles fin 2015. Sachant qu'au 30 octobre 2014 et au 31 décembre 2016, le nombre de logements mis à disposition était, respectivement, de [...] et de [...], une extrapolation linéaire conduit à un nombre de logements non adductés au 31 mai 2016 d'environ [...]⁴⁰.
376. De son côté, Bouygues Telecom, à partir d'un chiffre de PM non adductés légèrement supérieur à celui calculé par l'Autorité ([...] au lieu de [...]), estime le nombre de logements non-adductés à [...] au 31 octobre 2016 (cote 16207), chiffre non contesté par Altice/SFR Group dans sa note en délibéré.
377. Il est également possible d'obtenir une approximation du nombre de logements non-adductés à partir des chiffres présentés par l'ARCEP dans son avis du 24 novembre 2015. À partir d'un tableau figurant en page 15 de cet avis, il est possible d'estimer le nombre de logements desservis par « *PM exclu* » (en général des PM extérieurs desservant plusieurs immeubles et donc un plus grand nombre de logements) et par « *PM inclus* » (normalement un PMI desservant un immeuble). Sur la base de cette estimation, et en considérant que les PM des engagements 30 et 31 ne diffèrent guère, on obtient une approximation d'environ [...] logements⁴¹.

³⁹ [...] + [...] PM livrés « OK » / [8 000-16 000] + [...] (au titre des paragraphes 30 et 31).

⁴⁰ Selon les bases de calcul retenues, le nombre de logements supplémentaires mis à disposition croît entre [...] (selon le rythme de croissance des logements mis à disposition entre décembre 2015 et décembre 2016) et [...] par mois (selon le rythme de croissance des logements mis à disposition entre octobre 2014 et décembre 2015). En considérant un nombre de logements éligibles de [...] logements en décembre 2015, le nombre de logements mis à disposition est donc compris entre [...] et [...] en mai 2016. Rapporté à un nombre de logements adductés de [...] au 31 mai 2016, le nombre de logements non adductés à cette date est compris entre [...] et [...].

⁴¹ S'agissant des PM devant être adductés au titre de l'engagement sur les stocks, l'avis de l'ARCEP indique que les [...] PM considérés comme exclus du périmètre par Altice/SFR Group représentent environ [...] logements (soit 54,5 logements par PM) tandis que les [...] PM inclus selon Altice/SFR Group dans le périmètre de l'engagement sur les stocks représentent environ [...] logements (soit 34,8 logements par PM). Les [...] PM de ce périmètre non-adductés représentent ainsi [...] logements. Ainsi, les PM non-adductés au titre de l'engagement sur les stocks représentent [...] logements. De façon analogue, en considérant les mêmes nombres de logements par PM que pour l'engagement 30, les PM considérés comme exclus du périmètre de l'engagement sur les flux par Altice/SFR Group représentent [...] logements⁴¹ et les PM non-livrés « OK » au

378. Enfin, le manquement à l'engagement 33 a eu des conséquences non négligeables sur la qualité du service offert aux clients de Bouygues Télécom.

b) En ce qui concerne la durée des manquements

379. Il convient d'évoquer sur ce point la mise en place retardée des engagements et le respect des délais d'exécution de ces engagements.

La mise en place retardée des engagements

380. Dans les deux années d'exécution des engagements (octobre 2014 à octobre 2016), il convient de distinguer deux périodes.

381. Dans une première période, qui recouvre plus ou moins la première année d'exécution de la décision, Altice/SFR Group n'a que très peu commencé à appliquer ses engagements.

382. En effet, comme il a été vu ci-dessus :

- sur l'adduction du stock : ainsi qu'il ressort des paragraphes 94 et suivants, il apparaît qu'aucune adduction n'a été réalisée au titre du stock entre novembre 2014 (date de la décision de l'Autorité) et mars 2015 ; à compter du mois de mars 2015, Altice/SFR Group a commencé à procéder aux adductions des points de mutualisation au titre du stock, mais en maintenant un rythme très faible (entre [...] et [...] PM par mois entre mars 2015 et septembre 2015) ;
- sur les commandes trimestrielles : l'avenant au contrat Faber reprenant correctement l'engagement 31 n'a été proposé par Altice/SFR Group qu'en novembre 2015, soit un an après la Décision ; les premières commandes de Bouygues Telecom n'ont ensuite commencé d'être exécutées qu'à partir de la fin 2015, soit plus d'un an après la Décision, Altice/SFR Group invoquant l'absence des CR-MAD qu'elle recevait pourtant en même temps que Bouygues Telecom ;
- sur la question de la maintenance : les premiers indicateurs n'ont pu être considérés comme satisfaisants par le mandataire qu'à partir de la mi-août 2015, avec une entrée en application en septembre de la même année.

383. Il en résulte que les engagements ont été privés de tout effet durant cette période, Bouygues Telecom ayant été de ce fait mise dans l'incapacité de développer son réseau FttH de manière satisfaisante sur la zone couverte par les engagements à une période où les autres opérateurs, Orange et Free, étaient dans une phase de construction rapide de leur réseau.

sein de ce périmètre représentent [...] logements⁴¹. Selon cette approximation, ce sont ainsi [...] logements qui n'ont donc pas été adductés du fait des PM non adductés.

Sur le respect des délais imposés par les engagements

384. L'exécution des engagements n'a véritablement commencé qu'à compter du jour où l'Autorité s'est autosaisie du non-respect de ces engagements, le 5 octobre 2015. Les adductions ont alors repris à un rythme proche de celui observé avant la Décision.
385. Par la suite, Altice/SFR Group n'a respecté aucun des délais imposés par les engagements, que ce soit pour le stock ou pour les commandes trimestrielles. En effet, au terme du délai de deux ans, seul un tiers des PM livrés antérieurement à la date d'effet de la Décision avaient été adductés et 19 % des PM n'avaient fait l'objet d'aucune tentative d'adduction. Et aucune des cinq commandes d'immeubles passées par Bouygues Telecom entre les mois de juillet 2015 et juillet 2016 n'a été traitée dans le délai de trois mois.
386. Enfin, au titre de l'engagement 33, Altice/SFR Group a, depuis la notification de la Décision, manqué de façon répétée, au cours de l'année 2015, et dans une moindre mesure en 2016, à son engagement d'assurer la maintenance de l'infrastructure FttH dans les conditions prévues au contrat, tant en ce qui concerne les liaisons que l'hébergement au sein des NRO.
387. Il en résulte que, pas plus en 2016 qu'en 2015, Altice/SFR Group n'a respecté ses engagements, ni mis en œuvre les moyens de les respecter, cette situation perdurant au jour de la présente décision.
388. Compte tenu de la rapidité du développement de l'offre très haut débit par les concurrents actifs sur la zone très dense durant cette période, au premier chef Orange, et de la durée moyenne de cinq ans d'un abonnement THD, la préemption de clientèle par les concurrents est susceptible de s'exercer sur une durée beaucoup plus longue que la durée du manquement *stricto sensu*, ce qui accroît la gravité de la pratique.

3. SUR LES ATTEINTES À LA CONCURRENCE QUE LA DÉCISION AVAIT POUR OBJET DE PRÉVENIR

389. À titre liminaire, il convient de préciser que l'Autorité considère qu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un manquement a eu des effets réels sur la concurrence, même si la preuve de tels effets peut naturellement être prise en compte (décision n° 12-D-15 précitée). C'est en effet, en premier lieu, par rapport à l'objectif ayant conduit à la prise de l'engagement qu'il convient de raisonner : lorsqu'une décision rend obligatoire un engagement souscrit par une entreprise en vue de remédier à un risque d'atteinte à la concurrence identifié dans le cadre de l'analyse de l'opération, c'est dans le but de garantir qu'une telle atteinte ne puisse se matérialiser dans le futur. Le non-respect ultérieur de l'engagement permet à ce risque de se concrétiser. Plus le risque que l'engagement était destiné à prévenir est important, plus le manquement est de nature, toutes choses égales par ailleurs, à avoir, actuellement ou potentiellement, des conséquences importantes.
390. En l'espèce, il y a lieu d'examiner, dans un premier temps, l'argument d'Altice/SFR Group, selon lequel il ne peut y avoir d'atteinte à la concurrence puisque Bouygues Telecom pouvait compenser, par son offre bitstream offrant l'accès au câble modernisé, les abonnements très haut débit non conquis sur la fibre optique (a), puis, dans un second temps, l'atteinte à l'objectif de préservation du déploiement du réseau de fibre optique et l'affaiblissement consécutif de la position de Bouygues Telecom (b).

a) Sur le recours à l'offre bitsream en substitution du développement du réseau

391. Altice/SFR Group soutient, en s'appuyant notamment sur une étude économique, que Bouygues Telecom n'a pu être victime d'un effet de préemption des clients du fait du retard du déploiement du réseau FttH car Bouygues Telecom avait contractuellement accès, depuis 2009, au réseau câblé de Numericable via l'offre activée bitstream. Bouygues Telecom pouvait donc librement utiliser ce réseau pour commercialiser des offres haut et très haut débit dans la zone du contrat Faber couverte par le câble. L'étude économique montre ainsi que Bouygues Telecom recourait plus fréquemment aux offres « très haut débit » utilisant le réseau FttB dans les zones affectées par le non-respect des engagements que dans les zones où il avait également accès au réseau FttH.
392. Cependant, ainsi que l'indique la Décision, la préservation de la concurrence exigeait à la fois la prise d'engagements relatifs à l'accès au réseau câblé de Numericable (engagements 37 et suivants) et des engagements relatifs aux accords conclus par SFR en matière de déploiement FttH (engagements 30 et suivants). Les engagements relatifs à l'accès au réseau câblé visent à remédier à l'incapacité des concurrents, à l'époque des débuts du déploiement FttH, à répliquer les offres de la nouvelle entité en matière de fourniture d'accès à Internet très haut débit. Les engagements relatifs aux contrats conclus par SFR en matière de déploiement FttH visent à empêcher la nouvelle entité de geler le déploiement des réseaux de fibre optique. Les engagements d'accès au réseau câblé de Numericable sont donc complémentaires des engagements méconnus et ne peuvent s'y substituer.
393. Au demeurant, l'Autorité a, à plusieurs reprises, insisté sur la nécessité de favoriser, dans le secteur des télécommunications, le développement d'une concurrence par les infrastructures, qui, à la différence d'une concurrence par les services, permet à chaque opérateur de détenir son propre réseau.
394. L'Autorité rappelle que dans son avis n° [08-A-06](#) portant sur un projet de disposition législative concernant le développement des réseaux à très haut débit en fibre optique, elle avait ainsi relevé que « *les déploiements de boucles locales résidentielles optiques par différents opérateurs marquent le point d'aboutissement d'un processus graduel d'investissement des opérateurs alternatifs dans des réseaux de plus en plus capillaires leur permettant ainsi progressivement de s'affranchir des réseaux de l'opérateur historique* » (paragraphe 3). De même, dans son avis n° [10-A-07](#) relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi sur le programme national « très haut débit », l'Autorité avait noté que « *la capacité du marché à couvrir la zone I [la zone très dense] dans des conditions satisfaisantes résulte en grande partie de la dynamique de concurrence par les infrastructures qui est à l'œuvre* » (paragraphe 58).
395. C'est pourquoi la Décision estimait que l'accès au réseau câblé ne constituait qu'une « *solution transitoire* » dans l'attente que les opérateurs intéressés « *réalisent les investissements nécessaires dans les infrastructures FttH qui leur permettront de concurrencer la nouvelle entité sur la base de leurs propres infrastructures* » (paragraphe 807).
396. On peut d'ailleurs noter que ni Orange, ni SFR avant l'opération de concentration, ni Free n'ont manifesté d'intérêt pour cette offre bitstream, choisissant plutôt d'investir de façon massive directement dans le réseau fibre.
397. En effet, l'exploitation du très haut débit sur la base d'une offre bitstream implique le paiement d'une redevance qui, selon les déclarations de Bouygues Telecom en séance, représente [...] % du montant de l'abonnement. Cette solution ne permet donc que de gagner

du temps face à l'inéluctable perspective des investissements à réaliser pour se doter d'un réseau propre permettant de lutter à armes égales dans un marché animé par la concurrence par les infrastructures, mais en ne générant durant ce temps qu'un ARPU⁴² sensiblement inférieur à celui généré chez les concurrents disposant de leur propre réseau.

398. Pour ces raisons, bien qu'ayant accès de longue date à cette offre bitstream, Bouygues Telecom a cependant choisi de s'engager dans la voie du co-déploiement avec SFR dans le cadre du contrat Faber. En ne respectant pas ses engagements, Altice/SFR Group fait donc obstacle à ce que Bouygues Telecom développe son propre réseau FttH en zone très dense et puisse, à terme, proposer à ses clients très haut débit « câble » de migrer vers ses propres infrastructures. De fait, la concurrence par les infrastructures en zone très dense s'en trouve pénalisée.
399. En conclusion, la seule circonstance que Bouygues Telecom a pu continuer à se constituer une base d'abonnés grâce à l'accès activé au réseau câblé de la nouvelle entité ne saurait être de nature à compenser les difficultés imposées à Bouygues Telecom pour développer son réseau FttH.

b) Sur l'atteinte au déploiement concurrentiel de la fibre optique et l'affaiblissement de Bouygues Telecom

400. Les manquements aux engagements 30, 31 et 33 ont indiscutablement affecté la position concurrentielle de Bouygues Télécom, et en conséquence l'animation de la concurrence sur le segment du très haut débit, en ce que les prises non adductées ont considérablement réduit son potentiel de commercialisation d'abonnement et en ce que les délais non respectés et la maintenance incomplètement assurée l'ont exposée à une préemption de ses concurrents sur les prises récemment livrées, alors même que Bouygues Telecom jouait un rôle important dans l'animation concurrentielle du secteur.
401. En ce qui concerne en premier lieu le potentiel perdu du fait des prises non adductées, il convient de rappeler que plus de la moitié (58 %) des PM adductables au titre des engagements 30 et 31 étaient en échec « provisoire » ou « définitif » au 30 octobre 2016. De ce fait, Altice/SFR Group prive concrètement Bouygues Telecom de la possibilité de commercialiser des offres FttH pour tous les logements concernés alors même que les offres basées sur le réseau câblé présentent beaucoup moins d'intérêt pour Bouygues Telecom.
402. Les manquements privent ainsi Bouygues Telecom, 4^{ème} opérateur sur le marché de détail de la fourniture d'accès à Internet haut et très haut débit, du bénéfice commercial qu'il est en droit d'attendre d'une infrastructure dont il cofinance le déploiement à hauteur de [...] d'euros.
403. Ainsi, du fait du non-respect des engagements, Bouygues Telecom a continué de verser une redevance d'accès (environ [...] de ses revenus issus du câble selon les déclarations faites en séance par l'opérateur), pour chaque abonnement utilisant le réseau câble, tout en ayant déjà payé le déploiement de la partie horizontale du réseau. Il en résulte un affaiblissement

⁴² Average Revenue Per User ou revenu moyen par client.

de la capacité d'investissement de l'opérateur pour poursuivre le déploiement du très haut débit, en zone très dense mais aussi sur l'ensemble du territoire.

404. En deuxième lieu, en n'adductant pas les nouvelles commandes passées par Bouygues Telecom dans le délai de trois mois prévu par l'engagement 31, Altice/SFR Group prive cet opérateur du bénéfice de l'équité concurrentielle (avis de l'ARCEP n° 2015-1406 précité), alors même que l'Autorité relevait précisément que « [l']engagement permettra donc à Bouygues Telecom de commercialiser des offres FttH dans les immeubles relevant de l'accord conclu avec SFR dans des conditions équitables par rapport aux autres opérateurs FttH » (paragraphe 825).
405. À cet égard, l'Autorité avait souligné, dans son avis n° [08-A-06](#) du 6 mai 2008 rendu dans le cadre de l'adoption par l'ARCEP de sa décision n° 2009-1106, précitée, que « cette information respective des opérateurs est un rempart important contre le risque de captation de la clientèle finale par l'opérateur ayant déployé la partie terminale » et de préciser que « sans une information rapide, l'opérateur ayant déployé sera pendant quelque temps le premier et le seul à pouvoir proposer des services à très haut débit et risque de ce fait de capter l'essentiel de la clientèle potentielle avec des engagements de durée importants qui réduiront considérablement la concurrence potentielle dans les mois et années suivants » (paragraphe 24).
406. En effet, les débats contradictoires ont souligné l'importance pour un opérateur commercial d'être en mesure de proposer une offre commerciale à l'issue du délai de prévenance. Selon les déclarations de Bouygues Telecom en séance, si celui-ci peut espérer obtenir [...] % de parts de marché lorsqu'il est présent à l'issue de ce délai, cette part de marché peut être réduite à [...] % dans le cas contraire. Ce désavantage dans la compétition est aggravé par le fait que les clients sont captifs et qu'ils restent en moyenne auprès de l'opérateur auprès duquel ils ont souscrit une offre pour une durée de 5 ou 6 ans. Du fait du non-respect par Altice/SFR Group du délai de trois mois et de la faiblesse du taux de « churn », Bouygues Telecom risque d'être durablement affecté dans sa conquête de clients sur le segment du très haut débit fibre.
407. Enfin, en n'assurant pas la maintenance du réseau de fibre optique dans les conditions prévues au contrat Faber conformément à l'engagement 33, Altice/SFR Group peut affecter l'image commerciale de l'opérateur concurrent. Les incidents dans les NRO et les délais excessifs de traitement des incidents affectant les liaisons nuisent à la commercialisation des offres FttH par Bouygues Telecom.
408. Dans ces conditions, le non-respect des délais fixés pour adducter les nouveaux PM et remédier aux incidents de maintenance a laissé le champ libre aux opérateurs concurrents pour préempter la clientèle nouvellement adductée sur le segment du très haut débit fibre, tout en dégradant l'image commerciale de Bouygues Telecom.
409. En troisième lieu, les difficultés créées par le non-respect des engagements sont susceptibles d'avoir des conséquences plus larges sur l'animation concurrentielle du secteur.
410. Les entraves au développement de Bouygues Telecom sur le segment du très haut débit en zone très dense limitent le nombre d'acteurs sur le marché dans ces zones, d'autant qu'elles se juxtaposent au retrait de SFR qui privilégie désormais le réseau câblé modernisé. Au final, cette situation diminue le nombre d'acteurs capables de partager le cofinancement de la construction d'un nouveau réseau, ralentissant du même coup le rythme de déploiement de ce réseau. Elle conforte de ce fait la prééminence d'Orange, constatée par l'ARCEP dans ses orientations de janvier 2017.

411. Par ailleurs, lors de son audition le 1^{er} décembre 2015, le directeur de l'Agence du Numérique a souligné que « *la faiblesse accrue d'un opérateur en zone très dense où se concentrent la valeur et les clients (...) pourrait être de nature à obérer sa capacité à animer la concurrence sur le marché en zone AMII ou en zone d'initiative publique* » (c'est-à-dire sur les zones autres que les zones très denses). C'est donc l'ensemble du segment du très haut débit qui subit les conséquences du handicap imposé à un opérateur dans la zone de déploiement la plus rentable.
412. Enfin, le comportement d'Altice/SFR Group peut également impacter les offres mobiles puisque, comme le souligne Bouygues Telecom, « *les offres fixes accordent des avantages sur le mobile. Or, nos parts de marché sur le mobile sont plus fortes en zone très dense du fait d'une clientèle urbaine et de l'antériorité de nos déploiements sur cette zone* ». « *Cette mécanique de marché impose pour Bouygues Telecom d'avoir accès à la fibre dans les meilleurs délais* », sauf à perdre des parts de marché non seulement sur le fixe, mais aussi sur le mobile, au détriment du développement de la concurrence sur ce marché.
413. Ainsi, le comportement d'Altice/SFR Group est de nature à affecter durablement la structure de la concurrence et la position de Bouygues Telecom au-delà du très haut débit dans la zone très dense.

4. EN CE QUI CONCERNE LE COMPORTEMENT D'ALTICE/SFR GROUP ET LES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES OU AGGRAVANTES

414. Il convient de tenir compte, dans l'appréciation de la gravité des manquements, de la circonstance qu'Altice/SFR Group constitue un groupe puissant, qui dispose de moyens d'analyses juridiques et économiques substantiels, qui est rompu aux règles du contrôle des concentrations et ne pouvait ignorer le caractère contraignant des engagements souscrits à l'occasion d'une décision d'autorisation d'une opération de concentration.
415. Par ailleurs, les manquements relevés sont le fait d'un opérateur particulièrement expérimenté dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet haut et très haut débit, qui connaissait parfaitement les conséquences de son comportement sur la situation de la concurrence sur le segment du très haut débit, et plus particulièrement sur celle de son cocontractant.
416. De même, Altice/SFR Group avait tous les moyens techniques de remplir les objectifs que fixaient les engagements, puisque ces objectifs étaient déjà respectés dans l'exécution du contrat Faber en vigueur depuis quatre ans.
417. Au surplus, les comportements constatés ont fait l'objet, notamment durant la première année, d'interventions répétées du mandataire et du service des concentrations en vue de rappeler l'entreprise à ses obligations.
418. Enfin, l'Autorité relève qu'Altice/SFR Group pouvait d'autant moins ignorer la nécessité de se conformer aux règles de concurrence, qu'outre la décision de saisine d'office n° 15-SO-14 du 5 octobre 2015 prise par l'Autorité dans la présente affaire, l'Autorité s'est saisie, à deux autres reprises, du respect par Altice/SFR Group des règles relatives au contrôle des concentrations pour ce qui concerne la prise de contrôle de SFR par le groupe Altice. En effet, dès le 22 janvier 2015, l'Autorité s'est saisie des conditions du respect de l'engagement de cession des activités de télécommunication mobile d'Outremer Telecom prévue par la décision n° [14-DCC-160](#). Par la suite, l'Autorité s'est saisie le 27 mai 2016 de la situation du groupe Altice au regard des dispositions du II de l'article L. 430-8 du code de commerce concernant cette même opération. Ces procédures donneront lieu respectivement

à la décision n° [16-D-07](#) du 19 avril 2016⁴³ relative au respect de l'engagement de cession des activités mobiles d'Outremer Télécom à la Réunion et Mayotte et à la décision n° [16-D-24](#) du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce (décision dite « *gun jumping* »). Ces procédures multiples n'ont pu qu'attirer l'attention d'Altice/SFR Group sur l'importance de respecter pleinement les dispositions du code de commerce relatives au contrôle des concentrations.

C. CONCLUSION

419. Il ressort de ce qui précède que les manquements constatés concernant l'exécution du contrat Faber ont été particulièrement graves et ont, dans une large mesure, vidé de leur portée les engagements acceptés dans la Décision.
420. Compte tenu cependant de la possibilité de préserver la concurrence par des mesures moins coercitives que le retrait de l'autorisation de concentration, il y a lieu, en l'espèce, eu égard à la nature des engagements et des manquements constatés, d'une part, et à la nécessité de garantir le déploiement et l'exploitation normale du réseau de fibre optique dans le cadre du contrat Faber, d'autre part, d'imposer à Altice/SFR Group une sanction pécuniaire (1) ainsi que des injonctions assorties d'astreintes (2).

1. SUR LA SANCTION PÉCUNIAIRE

421. Selon les dispositions du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, le montant maximum de la sanction pécuniaire prononcée « *s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise (...)* ».
422. Altice SA, à laquelle Altice Luxembourg vient aux droits depuis le 9 août 2015 et SFR Group ont réalisé un chiffre d'affaires consolidé en France de 11,039 milliards d'euros pour l'exercice clos le 31 décembre 2015. Ce chiffre d'affaires inclut celui des sociétés acquises à l'issue des deux opérations de concentration. Le plafond légal de la sanction pécuniaire encourue s'élève donc à 551,95 millions d'euros.
423. Compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus relatifs tant à la gravité des manquements constatés qu'à l'importance de l'atteinte qu'ils sont de nature à engendrer pour la concurrence, il y a lieu d'infliger conjointement et solidairement aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group une sanction d'un montant de quarante millions d'euros.

⁴³ Cette décision fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État (affaire pendante).

2. SUR LES INJONCTIONS

424. Les manquements constatés portent atteinte dans une large mesure à l'effet utile des engagements 30, 31 et 33 annexés à la Décision, dont la finalité est de garantir le déploiement et l'exploitation des infrastructures FttH prévues par le contrat Faber.
425. Dès lors, les circonstances de l'espèce justifient le prononcé d'injonctions sur le fondement du 2° et du 3° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce afin de s'assurer qu'Altice/SFR Group s'abstienne effectivement de poursuivre ses comportements constatés dans la présente décision, ou d'adopter un comportement dont l'objectif ou les effets seraient équivalents, et de les réitérer.
426. Dans la mesure où les délais de réalisation des adductions prévues par les engagements 30 et 31 ont expiré à la date de la présente décision, il y a lieu de définir un nouveau calendrier d'exécution comprenant des paliers de réalisation, assortis d'astreintes progressives, afin de contraindre Altice/SFR Group à procéder à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation non effectivement adductés, y compris les PM prétendument « *exclus* » et quelle que soit la classification retenue en interne par Altice/SFR Group (« *Encours* », « *KO provisoire* » ou « *KO définitif* »), sauf difficultés d'exécution dûment justifiées.
427. Pour assurer la bonne exécution de ces injonctions et prévenir les différends susceptibles de survenir à ce sujet entre les cocontractants, il y a lieu d'assortir ces dernières de mesures propres à assurer leur contrôle et leur suivi, en particulier par la nomination d'un mandataire ad hoc et la constitution d'un comité de pilotage.
428. Les injonctions ci-dessous définies seront exécutées par Altice Luxembourg et SFR Group selon les modalités d'exécution et de contrôle exposées ci-après :

Concernant le non-respect de l'engagement 30

429. La méconnaissance constatée de l'engagement 30 commande d'enjoindre aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group de respecter la décision d'autorisation en procédant, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de la présente décision, à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation livrés à la date d'effet de la décision n° 14-DCC-160 et non effectivement adductés (le « stock »), sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées.
430. Pour assurer l'exécution efficace de l'injonction décrite au paragraphe précédent, il est infligé une astreinte :
- de 50 euros par point de mutualisation dont l'adduction n'a pas été réalisée et par jour de retard, si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group n'ont pas procédé à l'adduction de 50 % du « stock » à l'expiration d'un délai de six mois courant à compter de la date à laquelle la présente décision sera notifiée ;
 - de 75 euros par point de mutualisation dont l'adduction n'a pas été réalisée et par jour de retard, si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group n'ont pas procédé à l'adduction de 75 % du « stock » à l'expiration d'un délai de neuf mois courant à compter de la date à laquelle la présente décision sera notifiée ;
 - de 100 euros par point de mutualisation dont l'adduction n'a pas été réalisée et par jour de retard, si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group n'ont pas procédé à l'adduction de 100 % du « stock » à l'expiration d'un délai de douze mois courant à compter de la date à laquelle la présente décision sera notifiée.

Concernant le non-respect de l'engagement 31

431. La méconnaissance constatée de l'engagement 31 commande d'enjoindre aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group de respecter la décision d'autorisation en procédant, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de la présente décision, à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation, commandés par Bouygues Telecom en juillet 2015, octobre 2015, janvier 2016, avril 2016 et juillet 2016 et non effectivement adductés (le « nouveau stock »), sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées.
432. Pour assurer l'exécution efficace de l'injonction décrite au paragraphe précédent, il est infligé une astreinte :
- de 50 euros par point de mutualisation dont l'adduction n'a pas été réalisée et par jour de retard, si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group n'ont pas procédé à l'adduction de 50 % du « nouveau stock » à l'expiration d'un délai de six mois courant à compter de la date à laquelle la présente décision sera notifiée ;
 - de 75 euros par point de mutualisation dont l'adduction n'a pas été réalisée et par jour de retard, si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group n'ont pas procédé à l'adduction de 75 % du « nouveau stock » à l'expiration d'un délai de neuf mois courant à compter de la date à laquelle la présente décision sera notifiée ;
 - de 100 euros par point de mutualisation dont l'adduction n'a pas été réalisée et par jour de retard, si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group n'ont pas procédé à l'adduction de 100 % du « nouveau stock » à l'expiration d'un délai de douze mois courant à compter de la date à laquelle la présente décision sera notifiée.
433. En outre, la méconnaissance constatée de l'engagement 31 commande d'enjoindre aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group, pour la durée de l'engagement 31, de respecter la décision d'autorisation en procédant à la réalisation des adductions commandées trimestriellement postérieurement à juillet 2016 par Bouygues Telecom dans les délais et conditions prévus à l'engagement 31.

Concernant le non-respect de l'engagement 33

434. La méconnaissance constatée de l'engagement 33 commande d'enjoindre aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group, pour la durée de l'engagement 33, de respecter la décision d'autorisation en assurant la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat Faber dans les conditions prévues par celui-ci.

Suivi et contrôle de la mise en œuvre des injonctions

435. La méconnaissance constatée des engagements 30, 31 et 33 commande le prononcé de mesures relatives au suivi et au contrôle de la mise en œuvre des présentes injonctions.
436. À cet effet, il est enjoint aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group :

- a. *de nommer un mandataire ad hoc chargé du suivi et du contrôle de la mise en œuvre des injonctions de la présente décision*

Le mandataire ad hoc sera désigné dans les conditions prévues en annexe. Il exercera sa mission jusqu'à l'expiration des présentes injonctions.

Le mandataire ad hoc sera chargé du suivi et du contrôle de la mise en œuvre des injonctions de la présente décision.

Le mandataire ad hoc devra présenter à l'Autorité, tous les trois mois à compter de sa nomination, un rapport faisant état de la mise en œuvre des présentes injonctions et des avis

émis en cas de différend entre les parties au contrat Faber. Ces rapports seront confidentiels à l'égard des tiers.

Le mandataire ad hoc pourra adresser aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group toute demande d'éclaircissement nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions. De la même manière, le mandataire ad hoc pourra s'adresser à Bouygues Telecom, qui n'est pas lié par les injonctions mais qui est partie au contrat Faber, pour faciliter l'exécution des présentes injonctions. Dans l'exécution de sa mission, le mandataire ad hoc pourra enfin se rapprocher des tiers susceptibles de l'éclairer sur l'exécution par les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group des présentes injonctions, notamment de l'ARCEP. Dans le cadre de ses relations avec les tiers au titre de sa mission, le mandataire ad hoc sera tenu à la plus stricte confidentialité quant à l'exécution de sa mission.

Le mandataire ad hoc devra tenir à la disposition de l'Autorité tous les documents établis et/ou mis à sa disposition dans le cadre de sa mission.

b. d'instituer un comité de pilotage dédié au suivi de la mise en œuvre des injonctions de la présente décision

Constitution

Les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group devront instituer, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, un comité de pilotage dédié au suivi de la mise en œuvre des présentes injonctions.

Ce comité de pilotage devra (i) être présidé par le mandataire ad hoc (ii) être composé de manière paritaire par des représentants des parties au contrat Faber et (iii) contenir, parmi les membres désignés par la société SFR Group, le secrétaire général de la société SFR Group.

Le comité de pilotage exercera sa mission jusqu'à l'expiration des présentes injonctions.

Fonctionnement

Le comité de pilotage devra se réunir une fois par mois. La convocation, l'ordre du jour et les comptes rendus de réunions du comité de pilotage seront établis par un représentant de la société SFR Group et devront être transmis au mandataire ad hoc et à Bouygues Telecom. En cas de désaccord exprimé par Bouygues Telecom, le mandataire ad hoc sera chargé d'établir le texte définitif de ces documents.

Mission

Le comité de pilotage examinera les mesures prises par les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group pour assurer la mise en œuvre des injonctions de la présente décision.

À cet effet, les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group devront notamment communiquer au comité de pilotage, une fois par mois et au plus tard 5 jours avant la réunion mensuelle de ce comité :

- la liste (numéro « référence PM » et adresse « code adresse PM ») des points de mutualisation adductés, c'est-à-dire livrés « OK », au titre des engagements 30 et 31 ;
- la liste (numéro « référence PM » et adresse « code adresse PM ») des points de mutualisation ayant fait l'objet d'une difficulté d'adduction, et pour chacun d'entre eux : le motif précis des difficultés rencontrées, la date et la nature précise des mesures mises en œuvre et celles prévues pour y remédier (y compris en faisant appel aux services de l'opérateur d'immeuble), ainsi que les pièces justificatives pertinentes ;

- le cas échéant, pour les points de mutualisation pour lesquels il existe une difficulté technique particulière d'adduction, le devis et le délai de réalisation des travaux exceptionnels nécessaires, reflétant les conditions normales du marché ;
- un rapport faisant état, au regard notamment des indicateurs pertinents déterminés par le mandataire ad hoc, des incidents liés à la maintenance (notamment sur l'hébergement au sein des NRO pour ce qui concerne l'énergie et la climatisation et sur les dysfonctionnements des liaisons), des délais de résolution et des actions mises en œuvre et celles prévues pour y remédier.

Le mandataire ad hoc définira la liste des documents qui devront être transmis au comité de pilotage par les parties au contrat pour permettre la collaboration nécessaire à la bonne exécution des présentes injonctions, et en particulier les documents permettant à Bouygues Telecom de déterminer les zones arrière des NRO commandés et la liste complète et actualisée des adresses des immeubles correspondants.

En cas de différend au sein du comité de pilotage, le mandataire ad hoc, après avoir entendu les deux parties au contrat, émettra un avis qu'il transmettra à l'Autorité.

Si une partie au contrat entend contester cet avis, elle en informe l'Autorité, qui fera, si elle l'estime nécessaire, connaître sa position dans les meilleurs délais.

Si les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group refusent d'appliquer les présentes injonctions dans les conditions précisées par la position de l'Autorité, celle-ci pourra se saisir de la question, dans les conditions prévues par l'article L. 430-8 et les autres dispositions applicables du code de commerce.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est constaté l'inexécution par Altice Luxembourg et SFR Group des engagements pris aux paragraphes 30, 31 et 33 de l'engagement 2.2.1 liés à la mise en œuvre du contrat conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 auquel était subordonnée la décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice.

Article 2 : Une sanction pécuniaire de 40 millions d'euros est imposée solidairement aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group.

Article 3 : Il est ordonné à Altice Luxembourg et SFR Group de se conformer en tous points aux injonctions prévues aux paragraphes 428 et suivants de la présente décision.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Laure Dosogne-Varaire et M. Romain Galante et l'intervention de M. Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint, par Mme Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Pierrette Pinot et M. Noël Diricq, membres.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

La présidente de séance,
Élisabeth Flüry-Hérard

Annexe relative au mandataire chargé du suivi et du contrôle des injonctions

Désignation

Dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, les sociétés Altice et SFR Group proposeront à l'Autorité, conjointement avec Bouygues Telecom, le nom de deux personnes pour exercer les fonctions de mandataire ad hoc.

La proposition contiendra toutes les informations permettant à l'Autorité de s'assurer que le mandataire ad hoc est indépendant des sociétés Altice et SFR Group, d'une part, et Bouygues Telecom, d'autre part, et qu'il remplit les conditions de professionnalisme, d'impartialité et d'expertise nécessaires à l'exécution de son mandat. En particulier, la proposition devra inclure le texte intégral du mandat et les grandes lignes du plan de travail que le mandataire ad hoc envisagera de suivre pour accomplir sa mission. La proposition prévoira également les modalités de rémunération du mandataire ad hoc.

L'Autorité pourra agréer l'un des deux mandataires proposés, ainsi que le contrat de mandat associé, avec les modifications qu'elle jugera nécessaires, ou les refuser par décision écrite. En cas de refus d'agrément ou à défaut de proposition formulée par Altice et SFR Group dans les conditions et délais prévus, l'Autorité proposera elle-même, dans les meilleurs délais, un mandataire ad hoc dont la nomination sera effectuée après consultation des sociétés Altice et SFR Group et de Bouygues Telecom.

Rémunération

Le mandataire ad hoc sera rémunéré par les sociétés Altice et SFR Group selon des modalités qui ne porteront pas atteinte à la bonne exécution de son mandat ni à son indépendance. Le mandataire ad hoc aura également droit, sur présentation de justificatifs, au remboursement des frais raisonnablement exposés pour l'exécution de sa mission.

Conflits d'intérêts

Les relations existant éventuellement entre le mandataire ad hoc, d'une part, et les sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom ou toute autre entreprise dont les intérêts peuvent être proches des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom, d'autre part, seront décrites dans la proposition qui sera soumise à l'Autorité.

Sur cette base, le mandataire ad hoc confirmera qu'à compter de la date de signature du mandat, il est indépendant des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom ou de toute autre entreprise dont les intérêts peuvent être proches des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom, et n'est exposé à aucun conflit d'intérêts qui porte atteinte à son objectivité et à sa capacité d'exécuter avec indépendance les missions qui lui sont confiées aux termes du mandat (ci-après, un « conflit d'intérêts »).

Le mandataire ad hoc s'engage à ne créer aucun conflit d'intérêts durant l'exécution du mandat. Le mandataire ad hoc ne pourra dès lors, au cours de l'exécution de ce mandat :

- occuper ou accepter tout emploi, fonction ou mandat social au sein des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom ou de toute autre entreprise dont les intérêts peuvent être proches des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom, à l'exception des nominations éventuelles relatives à la mise en œuvre et à l'exécution du mandat ;
- exécuter ou accepter toute mission ou toute autre relation commerciale avec les sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom ou de toute autre entreprise dont les intérêts peuvent être proches des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom et qui pourrait donner lieu à un conflit d'intérêts.

Si le mandataire ad hoc est informé de l'existence d'un conflit d'intérêts l'impliquant, il s'engage à le résoudre immédiatement. Si le conflit d'intérêts ne peut être résolu dans un délai raisonnable, le mandataire ad hoc en informe immédiatement l'Autorité. De même, si les sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom sont informées de l'existence d'un conflit d'intérêts impliquant le mandataire ad hoc, elles en informent l'Autorité dans les meilleurs délais.

Pour la durée de l'exécution du mandat, et pour une période d'un an à compter de la fin du mandat, le mandataire ad hoc s'engage à ne pas fournir aux sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom ou à toute autre entreprise dont les intérêts peuvent être proches des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom des prestations de service de toute nature, et notamment de conseil, et plus généralement s'engage à n'accepter aucun emploi, fonction ou mandat social au sein des sociétés Altice, SFR Group et Bouygues Telecom.

En outre, le mandataire ad hoc s'engage à mettre en place les mesures nécessaires afin de garantir son indépendance ainsi que celle de ses éventuels employés.

Fin du mandat

Le mandataire ad hoc exercera sa mission jusqu'à l'expiration des injonctions.

En cas d'impossibilité définitive pour le mandataire ad hoc d'exécuter sa mission, pour quelque raison que ce soit, y compris des raisons de conflit d'intérêts, ou en cas de manquements dans l'exécution de sa mission, l'Autorité peut exiger que les sociétés Altice et SFR Group révoquent le mandataire ad hoc.

Les sociétés Altice et SFR Group peuvent révoquer le mandataire ad hoc avec l'autorisation préalable de l'Autorité. Les sociétés Altice et SFR Group s'engagent alors à proposer à l'Autorité un nouveau mandataire ad hoc dans les conditions prévues pour la désignation du mandataire ad hoc, dans un délai de quinze jours ouvrés. Il peut être exigé du mandataire ad hoc révoqué qu'il continue à exercer ses fonctions jusqu'à ce que le nouveau mandataire ad hoc, à qui le mandataire ad hoc révoqué aura transmis l'ensemble des informations et documents pertinents, soit en fonction.