

**Décision n° 22-D-15 du 29 septembre 2022
relative à l'exécution des injonctions prononcées dans la décision
n° 17-D-04 du 8 mars 2017***

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

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

Vu la décision de l'Autorité 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 ;

Vu la décision n° 19-DCC-199 du 28 octobre 2019 portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-160 et des injonctions de la décision n° 17-D-04 ;

Vu la décision n° 18-SO-13 du 9 juillet 2018¹, enregistrée sous le numéro 18/0134 R, par laquelle l'Autorité s'est saisie d'office de l'examen du respect de l'exécution des injonctions prévues par la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017, à l'encontre d'Altice/SFR Group ;

Vu la saisine enregistrée le 18 janvier 2021 sous le numéro 21/0004 F par laquelle les sociétés Altice Luxembourg et Altice France demandent la levée des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de la décision n° 17-D-04 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 ;

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

Vu l'avis n° 2018-1394 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse du 15 novembre 2018, rendu sur le fondement de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu l'avis n° 2021-0960 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse du 27 mai 2021, rendu sur le fondement de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu la décision du 20 janvier 2021 par laquelle le rapporteur général adjoint a procédé à la jonction de l'instruction des affaires n° 18/0134 R et n° 21/0004 F ;

Vu le procès-verbal de transaction du 11 mai 2022 signé par le rapporteur général adjoint et les sociétés Altice Luxembourg et Altice France ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

¹ Cote 2.

Vu la note communiquée le 16 juin 2022 par les sociétés Altice Luxembourg et Altice France en vue de la séance du 23 juin 2022 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le représentant de l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse entendu sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l’article L. 463-7 du code de commerce ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, les représentants des sociétés Altice Luxembourg et Altice France, et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l’Autorité de la concurrence du 23 juin 2022 ;

Adopte la décision suivante :

Résumé²

Aux termes de la présente décision, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») sanctionne les sociétés Altice Luxembourg et Altice France (ci-après « Altice ») pour ne pas avoir correctement exécuté les injonctions prononcées dans la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017.

Par cette décision, l'Autorité avait sanctionné le non-respect, par Altice, de plusieurs engagements souscrits dans le cadre de la prise de contrôle exclusif de SFR, autorisée par l'Autorité en 2014. Ces engagements, relatifs à l'exécution d'un accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 (contrat « Faber »), portaient sur la réalisation de prestations d'adduction de points de mutualisation au réseau FttH³ et sur la maintenance des infrastructures FttH. L'Autorité avait sanctionné leur méconnaissance par une sanction pécuniaire de 40 millions d'euros et le prononcé d'injonctions, dont certaines sous astreintes, visant à assurer leur exécution effective.

Au terme de son analyse, l'Autorité a constaté qu'Altice n'était pas parvenue, dans le délai qui lui avait été imparti, à procéder à l'adduction de l'intégralité des points de mutualisation entrant dans le champ des injonctions. Elle a également relevé que, dans une mesure significative, les cas d'inexécution n'étaient pas liés aux difficultés extérieures alléguées par Altice. De même, elle a constaté que les objectifs relatifs à la maintenance des infrastructures FttH concernées par le contrat Faber n'avaient pas été atteints sur l'ensemble de la période considérée.

En conséquence, l'Autorité a, sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, d'une part, procédé à la liquidation des astreintes prononcées par la décision n° 17-D-04, et, d'autre part, prononcé une sanction pécuniaire pour le non-respect des injonctions sans astreintes. Au titre de ces manquements, l'Autorité a prononcé une sanction globale de 75 millions d'euros, dans le respect des termes de la transaction conclue par le rapporteur général adjoint avec Altice le 11 mai 2022.

Enfin, à la demande d'Altice, l'Autorité a levé les injonctions sous astreintes prononcées par la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017, considérant que, pour l'avenir, leur maintien ne se justifiait pas.

² Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

³ FttH signifie « *Fiber to the Home* ». Il s'agit d'une technologie de déploiement de la fibre optique jusqu'à l'abonné.

SOMMAIRE

I. CONSTATATIONS	6
A. LA PROCEDURE	6
B. RAPPEL DES CONDITIONS TECHNIQUES ET REGLEMENTAIRES DU DÉPLOIEMENT DE LA FIBRE OPTIQUE DANS LES ZONES TRES DENSES	7
C. LES DECISIONS ANTERIEURES DE L'AUTORITÉ	8
1. LA DECISION D'AUTORISATION	8
2. LA DECISION DE NON-RESPECT DES ENGAGEMENTS	9
3. LA DECISION DE REVISION	11
D. LES PRATIQUES CONSTATEES	12
1. SUR LE PERIMETRE DES INJONCTIONS	12
a) Précisions méthodologiques	12
<i>Exclusion des PM dont l'adduction a été abandonnée</i>	12
<i>Précisions relatives au caractère non-applicable des injonctions pour les PM non effectivement adductés</i>	13
b) Nombre de PM visés par les injonctions	13
<i>Ancien stock</i>	13
<i>Nouveau stock</i>	13
<i>Nouvelles commandes</i>	13
<i>Conclusion</i>	14
2. SUR LES STATUTS DES PM CORRESPONDANT A LA PROGRESSION DES ADDUCTIONS	14
a) Présentation des principaux statuts	15
b) Constatations relatives à l'évolution des statuts	16
c) Sur les paliers de réalisation et les objectifs d'adduction	17
<i>Identification des dates d'échéance associées aux paliers de réalisation</i>	17
<i>Qualification des différents objectifs associés à ces paliers</i>	18
d) Sur la satisfaction des paliers de réalisation	19
<i>Ancien et nouveau stocks</i>	19
<i>Nouvelles commandes</i>	20
<i>Conclusion</i>	21
3. SUR LE SUIVI DE LA MAINTENANCE	22
a) Les indicateurs suivis par le mandataire	23
<i>L'indicateur 1 bis (délai de rétablissement)</i>	23
<i>L'indicateur 5 bis (objectif de non dépassement des 40° C)</i>	24
<i>L'indicateur 5 quater (rétablissement du service en moins de 5 heures)</i>	25

<i>L'indicateur 4 bis (disponibilité des équipements)</i>	26
b) L'analyse du mandataire sur les indicateurs de maintenance.....	27
II. DISCUSSION	28
A. SUR LE RESPECT DES INJONCTIONS	28
1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES.....	28
2. SUR L'ANALYSE DES INJONCTIONS 1, 2 ET 3 PORTANT SUR L'ADDITION DE L'ANCIEN STOCK, DU NOUVEAU STOCK ET DES NOUVELLES COMMANDES.....	30
a) Sur la nature des obligations pesant sur Altice et les causes exonératoires de sa responsabilité	30
b) Sur l'inexécution des Injonctions d'adduction.....	31
3. SUR L'ANALYSE DE L'EXECUTION DE L'INJONCTION DE MAINTENANCE.....	34
B. SUR L'IMPUTABILITE	35
C. SUR LA LEVEE DES INJONCTIONS	35
D. SUR LA LIQUIDATION DES ASTREINTES ET LA DETERMINATION DE LA SANCTION ENCOURUE SUR LE FONDEMENT DU IV DE L'ARTICLE L. 430-8 DU CODE DE COMMERCE	37
1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES.....	37
a) Liquidation des astreintes	37
b) Sanction pécuniaire prononcée sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce.....	38
2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE	38
DÉCISION	41

I. Constatations

A. LA PROCEDURE

1. Par décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 (ci-après « la Décision d'autorisation »), l'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité ») a autorisé l'opération de prise du contrôle exclusif de Société Française du Radiotéléphone (ci-après « SFR ») par le groupe Altice, sous réserve de la mise en œuvre de plusieurs engagements.
2. Par décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 (ci-après « la Décision de non-respect des engagements »), l'Autorité a constaté le non-respect par les sociétés Altice Luxembourg SA, anciennement Altice SA, et Altice France, anciennement SFR Group (dénommées ensemble ci-après « Altice ») des engagements relatifs à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 (ci-après, « contrat Faber »). Outre une sanction pécuniaire de 40 millions d'euros, l'Autorité a prononcé plusieurs injonctions à l'encontre d'Altice, afin que soient effectivement mis en œuvre les engagements souscrits dans le cadre de la décision d'autorisation (ci-après, les « Injonctions »). Elle a par ailleurs assorti une partie de ces Injonctions d'astreintes progressives.
3. Par décision n° 18-SO-13 du 9 juillet 2018⁴, l'Autorité s'est saisie d'office des conditions dans lesquelles Altice avait exécuté les Injonctions.
4. La saisine d'office a été enregistrée sous le numéro 18/0134 R.
5. Le 23 janvier 2019, Altice a demandé la levée de l'ensemble des Injonctions prononcées par l'Autorité dans le cadre de la Décision de non-respect des engagements⁵.
6. Par décision n° 19-DCC-199 du 28 octobre 2019 (ci-après « la Décision de révision »), l'Autorité a levé les Injonctions, qui n'étaient pas assorties d'astreintes. L'Autorité a en revanche renvoyé à une décision ultérieure l'examen de la demande de levée des Injonctions sous astreinte.
7. La saisine relative à la demande de levée des Injonctions sous astreinte a été enregistrée sous le numéro 21/0004 F.
8. L'instruction des saisines 18/0134 R et 21/004 F a été jointe par décision du rapporteur général adjoint du 20 janvier 2021⁶.
9. Saisie par courrier du rapporteur général de l'Autorité du 21 avril 2021, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après, l'« ARCEP ») a rendu un avis le 27 mai 2021⁷.
10. Les services d'instruction ont adressé leur rapport à Altice le 15 mars 2022⁸. Altice n'a pas contesté la réalité des manquements qui lui ont été notifiés et a signé le 11 mai 2022 un procès-verbal de transaction avec le rapporteur général adjoint de l'Autorité. Lors de son

⁴ Cote 2.

⁵ Cotes 6609 à 6624 (VC) et 7220 à 7235 (VNC).

⁶ Cote 7092.

⁷ Cotes 9641 à 9657 (VC) et 10664 à 10677 (VNC).

⁸ Cotes 10712 à 10834.

intervention orale à l'occasion de la séance du 23 juin 2022, le représentant d'Altice a confirmé, en toute connaissance de cause, son plein accord avec les termes de la transaction.

B. RAPPEL DES CONDITIONS TECHNIQUES ET REGLEMENTAIRES DU DÉPLOIEMENT DE LA FIBRE OPTIQUE DANS LES ZONES TRES DENSES

11. Le déploiement de la partie terminale des réseaux FttH⁹ 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.
12. Le point de mutualisation (ci-après, « PM ») est le point par 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.
13. 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 »).
14. En zone très dense (qui comprend 106 communes définies dans sa décision 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.
15. 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.
16. 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 « informations préalables enrichies » (ci-après « IPE »).
17. 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

⁹ FttH signifie « *Fiber to the Home* ». Il s'agit d'une technologie de déploiement de la fibre optique jusqu'à l'abonné.

du début effectif des travaux grâce au fichier IPE et indiquer une date prévisionnelle de livraison du PM (« date d'installation ») desservant cet immeuble.

18. 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 » (ci-après « CR-MAD ») dans le fichier IPE afin de leur permettre de procéder au raccordement de leurs réseaux horizontaux au point de mutualisation.
19. La réglementation impose à l'opérateur d'immeuble d'attendre un « délai de prévenance » d'au moins 3 mois 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 pour la commercialisation des abonnements au très haut débit.

C. LES DECISIONS ANTERIEURES DE L'AUTORITÉ

1. LA DECISION D'AUTORISATION

20. Dans la Décision d'autorisation, l'Autorité a estimé que l'opération, qui impliquait deux acteurs majeurs du très haut débit (le leader du segment – Numericable – prenant le contrôle d'un concurrent actuel et potentiel majeur – SFR –), entraînait des risques pour les déploiements FttH auxquels SFR s'était engagée avant l'opération, tout particulièrement vis-à-vis de Bouygues Telecom.
21. Bouygues Telecom avait en effet signé un accord de co-investissement avec SFR le 9 novembre 2010, appelé contrat Faber¹⁰, portant sur le déploiement d'un réseau horizontal en fibre optique dans 22 communes situées en zone très dense représentant environ 3 millions de logements. Cet accord couvrait le déploiement horizontal comprenant l'installation des nœuds de raccordement optiques (ci-après, « NRO ») et le déploiement des fibres des NRO jusque dans la rue à proximité des immeubles, d'une part, et l'adduction des PM aux réseaux verticaux, d'autre part.
22. Aux termes du contrat Faber, SFR réalisait les opérations de déploiement et en particulier d'adduction et proposait à Bouygues Telecom de participer à leur financement¹¹. Bouygues Telecom était donc tributaire des plans prévisionnels de SFR en matière de raccordements.
23. Dans la Décision d'autorisation, l'Autorité a relevé, au jour de son analyse, que Bouygues Telecom avait déjà cofinancé les déploiements horizontaux, pour un investissement de plusieurs millions d'euros. Cependant, SFR n'avait pas encore procédé à la phase d'adduction pour environ [1,5 – 2,5] millions de prises. Bouygues Telecom ne pouvait donc bénéficier des déploiements cofinancés que pour [500 000 – 1 000 000] prises environ.
24. À l'issue de l'opération, SFR avait peu d'intérêt à poursuivre son effort de co-investissement dans les réseaux FttH sur l'ensemble de la zone câblée, dans la mesure où l'opération lui

¹⁰ Cotes 3620 à 3646.

¹¹ Voir l'article 4.3 du contrat, cotes 3629 et 3630.

donnait la capacité de continuer son déploiement en s'appuyant sur le réseau FttLA¹² déjà déployé par Numericable.

25. Compte tenu du taux de couverture important du réseau câblé sur la zone très dense (plus de 90 %), la nouvelle entité issue de l'opération n'avait donc pas intérêt à poursuivre les adductions restantes, qui représentaient un investissement dont la seule finalité aurait été désormais de permettre à Bouygues Telecom de compléter son réseau FttH et donc d'exercer une contrainte concurrentielle directe sur la nouvelle entité en zone câblée.
26. 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.
27. Afin de remédier à ce problème de concurrence, la nouvelle entité a pris notamment les engagements suivants :
 - paragraphe 30 : « *La Partie notificante 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.)* » (ci-après « l'engagement 30 ») ;
 - paragraphe 31 : « *La Partie notificante 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 notificante 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.)* » (ci-après « l'engagement 31 ») ;
 - 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 notificante 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 notificante 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* » (ci-après « l'engagement 33 »).

2. LA DECISION DE NON-RESPECT DES ENGAGEMENTS

28. Le 8 mars 2017, l'Autorité a constaté l'inexécution par Altice des engagements 30, 31 et 33. L'Autorité a infligé à ce titre une sanction financière d'un montant de 40 millions d'euros à Altice, assortie d'injonctions visant à la contraindre à respecter ces engagements, dont certaines assorties d'astreintes en cas de nouveau défaut d'exécution (« Décision de non-respect des engagements »).

¹² FttLA ou « Fibre to the Last Amplifier », « fibre jusqu'au dernier amplificateur ». Il s'agit d'une technologie utilisée pour fournir l'accès à Internet aux particuliers : le FttLA vise à remplacer le câble coaxial jusqu'au dernier équipement actif (le plus proche de l'abonné) par de la fibre optique.

29. S'agissant des engagements 30 et 31, l'Autorité a constaté que le rythme des adductions des PM s'était très fortement ralenti après la réalisation de l'opération, et n'avait véritablement repris qu'au bout d'un an, générant un retard substantiel par rapport aux engagements pris. Altice avait ainsi réalisé moins de la moitié des adductions comprises dans le périmètre des engagements à la date du 30 octobre 2016, date à laquelle ont été réalisées les constatations dans la Décision de non-respect des engagements.
30. L'Autorité a dès lors enjoint à Altice :
- de procéder, dans un délai de douze mois à compter de la date de notification de la Décision de non-respect des engagements (13 mars 2017), à l'adduction de l'ensemble des PM livrés à la date d'effet de la Décision d'autorisation (30 octobre 2014) et non effectivement adductés (ci-après, « l'ancien stock »), sauf difficultés d'exécution dûment justifiées (ci-après l'« **Injonction 1** ») ; et,
 - de procéder, dans un délai de douze mois à compter de la date de la Décision d'autorisation (13 mars 2017), à l'adduction de l'ensemble des PM commandés par Bouygues Telecom postérieurement à la Décision d'autorisation en juillet 2015, octobre 2015, janvier 2016, avril 2016 et juillet 2016 et non effectivement adductés (ci-après, le « nouveau stock »), sauf difficultés d'exécution dûment justifiées (ci-après l'« **Injonction 2** »).
31. Pour assurer l'exécution efficace des Injonctions 1 et 2, l'Autorité a fixé les astreintes suivantes :
- en ce qui concerne l'ancien stock, 50 euros, puis 75 euros et enfin 100 euros par jour de retard par PM dont l'adduction n'a pas été réalisée, si Altice n'a pas procédé à l'adduction, respectivement, de 50 %, 75 % et 100 % de l'ancien stock à l'expiration d'un délai respectivement de six mois, neuf mois et douze mois, courant à compter de la date de la notification de la Décision de non-respect des engagements (13 mars 2017) ; et
 - en ce qui concerne le nouveau stock, 50 euros, puis 75 euros et enfin 100 euros par jour de retard par PM dont l'adduction n'a pas été réalisée, si Altice n'a pas procédé à l'adduction, respectivement, de 50 %, 75 % et 100 % du nouveau stock à l'expiration d'un délai respectivement de six mois, neuf mois et douze mois courant à compter de la date de la notification de la Décision de non-respect des engagements (13 mars 2017).
32. En outre, l'Autorité a enjoint à Altice de procéder à la réalisation des adductions commandées trimestriellement par Bouygues Telecom postérieurement à juillet 2016 (ci-après les « nouvelles commandes ») dans les délais et conditions prévues par l'engagement 31 (ci-après l'« **Injonction 3** »).
33. S'agissant de l'engagement 33, l'Autorité a constaté une dégradation des conditions de la maintenance au cours de l'année 2015, et dans une moindre mesure en 2016, concomitante à une stratégie commerciale de la part d'Altice visant à concentrer ses efforts de conquête sur la technologie FttB¹³ à partir du câble modernisé coaxial dans la zone de couverture du contrat Faber. L'Autorité a dès lors constaté qu'Altice avait offert une qualité de réseau FttH dégradée à son cocontractant Bouygues Telecom, sans que lui-même en subisse les conséquences.

¹³ « Fiber to the Building » ou « FttB » désigne la technologie qui consiste à fournir des offres très haut débit via la terminaison coaxiale (réseau câble), la fibre optique arrivant au pied de l'immeuble.

34. L'Autorité a en conséquence enjoint à Altice d'assurer la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat Faber dans les conditions prévues par celui-ci (ci-après l'« **Injonction 4** »).
35. Afin d'assurer le suivi des Injonctions, l'Autorité a enjoint à Altice de nommer un mandataire ad hoc, qui devait présenter à l'Autorité, tous les trois mois à compter de sa nomination, un rapport faisant état de la mise en œuvre des Injonctions et des avis émis en cas de différend entre les parties au contrat Faber.
36. L'Autorité a également enjoint à Altice d'instituer un comité de pilotage dédié au suivi de la mise en œuvre des Injonctions. Ce comité de pilotage devait (i) être présidé par le mandataire ad hoc, (ii) être composé de manière paritaire des représentants des parties au contrat Faber et (iii) contenir, parmi les membres désignés par Altice, le secrétaire général de la société SFR Group.
37. Le 28 septembre 2017, le Conseil d'État a confirmé en tous points la Décision de non-respect des engagements, à la fois sur les manquements imputés à Altice et sur les sanctions et Injonctions prononcées par l'Autorité¹⁴.

3. LA DECISION DE REVISION

38. Dans la Décision de révision du 28 octobre 2019, l'Autorité a constaté que « *le risque de préemption de la clientèle THD par Altice France sur le marché national n'est plus avéré aujourd'hui, son réseau câble ne lui permettant plus de proposer des offres non répliquables par ses concurrents, ceux-ci ayant largement déployé leurs réseaux FttH depuis la date de la décision, notamment en zone câblée.* »¹⁵. Elle a toutefois relevé que « *en zone Faber [zone de couverture du contrat Faber], l'interruption du déploiement du réseau FttH dans lequel Bouygues Telecom a investi avec SFR (puis Altice France) aboutirait, même en l'absence de préemption de la clientèle THD par Altice France, à l'exclusion de Bouygues Telecom du marché THD dans cette zone, et donc à une diminution de l'intensité concurrentielle préjudiciable pour les consommateurs résidants dans cette zone* »¹⁶.
39. Cependant, l'Autorité a constaté qu'Altice orientait désormais sa stratégie vers les réseaux FttH, cette technologie étant celle qui alimente la croissance observée des abonnements très haut débit.
40. Ainsi, concernant les engagements 31 et 33, l'Autorité a considéré que « *les intérêts de Bouygues Telecom et Altice France sont à nouveau alignés en ce qui concerne le déploiement d'un réseau FttH en ZTD. Dès lors, l'Autorité constate que la situation qui justifiait la mise en place des engagements en 2014 a évolué, dans un sens réduisant le risque concurrentiel identifié en 2014. En effet, dès lors qu'Altice France est à nouveau incitée à déployer un réseau FttH, même dans les zones dans lesquelles elle dispose déjà d'un réseau câblé, elle a tout intérêt à poursuivre les adductions prévues par le contrat Faber.* »¹⁷
41. Dans la Décision de révision, l'Autorité a donc levé les engagements souscrits dans le cadre de la Décision d'autorisation et visés par le dispositif de révision des engagements. En raison

¹⁴ Conseil d'État, 28 septembre 2017, société Altice Luxembourg, n° 409770, publié au recueil.

¹⁵ Paragraphe 152 de la Décision de révision (cote 4940).

¹⁶ Paragraphe 173 de la Décision de révision (cotes 4944 et 4945).

¹⁷ Paragraphe 182 de la Décision de révision (cote 4946).

de la levée des engagements sur lesquels elles portaient, les Injonctions 3 et 4 portant sur le respect des engagements relatifs au dispositif des nouvelles commandes (présentées ci-dessus au paragraphe 32) et à la maintenance (voir ci-dessus au paragraphe 34) ont également été levées à compter de la date d'effet de la Décision de révision (28 octobre 2019).

42. En revanche, les Injonctions 1 et 2 sous astreintes relatives à l'ancien stock et au nouveau stock ont été maintenues à l'issue de la Décision de révision.

D. LES PRATIQUES CONSTATEES

43. Seront successivement exposés le périmètre des PM visés par les Injonctions (1), les statuts des PM correspondant à la progression des adductions (2) et le suivi de la maintenance (3).

1. SUR LE PERIMETRE DES INJONCTIONS

a) Précisions méthodologiques

Exclusion des PM dont l'adduction a été abandonnée

44. Dans le cadre du contrat Faber, Altice et Bouygues Telecom sont convenus d'un abandon définitif de l'adduction de certains PM dans les cas suivants :
- le PM est concerné par un abandon par l'opérateur d'immeuble du PM ;
 - le PM relève de l'identification d'une alternative à l'adduction. En d'autres termes, son adduction a eu lieu par le biais d'un autre PM (repli vers un PM de rue ou d'un autre PM) ;
 - le PM relève d'un refus des devis de travaux par Bouygues Telecom ;
 - le PM ne se trouve pas dans le périmètre du contrat Faber (en raison de sa non-appartenance à la zone définie par le contrat).
45. Les PM qui ont fait l'objet d'un abandon définitif ne sont pas concernés par les Injonctions.
46. Les cas d'abandon doivent être distingués des cas liés à des difficultés d'exécution qui, pour leur part, doivent être rattachés à la notion de « difficultés d'exécution dûment justifiées » (voir paragraphes 62 à 64 ci-dessous).
47. Par ailleurs, bien que le statut de PM abandonné soit conçu comme un statut définitif, il apparaît que quelques PM ont été classés provisoirement par le mandataire en « abandon »¹⁸ avant d'être, pour la quasi-totalité des PM concernés, considérés finalement par le mandataire comme adductés. Dans de tels cas, les PM concernés ont été maintenus dans le périmètre des stocks concernés.

¹⁸ Il s'agit des PM 75001520R, 75013252R, 92001004R, 92003648R, F006209448, F009E6A4E2, FI-06088-008S, FI-13204-002T, FI-13206-000K, FI-13206-000O, FI-13206-7W8J, FI-13212-ZDUM, FI-31555-009R, FI-31555-ZHKS, FI-33063-003X, FI-33063-9R0B, FI-33063-D6YY, FI-69383-008Z, FI-75101-47O8, FI-75101-CPNV, FI-75104-000W, FI-75104-4H5B, FI-75104-4HU5, FI-75104-ZF7M, FI-75105-005Y, FI-75107-CUBG, FI-75107-CUCV, FI-75115-00XK, FI-75115-2DFH, FI-75116-4G8X, FI-75116-D3FF, FI-75116-D3Q7, FI-92012-002Q, SRO-BPI-1162049, SRO-BPI-1641617, SRO-BPI-1709793, SRO-BPI-1866612, SRO-BPI-2708258, SRO-BPI-5228248 et SRO-BPI-854722.

Précisions relatives au caractère non-applicable des injonctions pour les PM non effectivement adductés

48. Le périmètre de l’Injonction 1 relatif à l’ancien stock porte sur « *l’ensemble des PM livrés à la date d’effet de la décision n° 14-DCC-160 et non effectivement adductés* »¹⁹.
49. Les PM sont considérés comme livrés lorsque l’opérateur d’immeuble a adressé à Altice le CR-MAD, dans lequel figurent différentes informations telles que l’adresse de l’immeuble, les coordonnées de la personne à contacter pour procéder à l’adduction, la localisation du PM ainsi que les éléments nécessaires à l’adduction.
50. Par conséquent, le périmètre de l’Injonction 1 concerne uniquement les PM qui, à la date de la Décision d’autorisation (30 octobre 2014), disposaient d’un CR-MAD.
51. En revanche, le périmètre des Injonctions 2 et 3 portant respectivement sur le nouveau stock et les nouvelles commandes n’est pas défini en fonction de la livraison effective du PM concerné par la commande. Ainsi, les PM commandés et pour lesquels un CR-MAD ne serait pas disponible n’ont pas vocation à être retranchés des périmètres des Injonctions 2 et 3.
52. Il est cependant précisé que, pour les Injonctions 2 et 3, les cas avérés dans lesquels les CR-MAD n’ont pas été disponibles ou l’ont été d’une manière tardive ont été pris en compte à titre exonératoire (voir notamment à cet égard le paragraphe 64 ci-dessous).

b) Nombre de PM visés par les injonctions

Ancien stock

53. L’Injonction 1 sur l’ancien stock porte sur **[5 000 – 10 000]** PM.
54. Il s’agit des PM livrés au jour de la Décision d’autorisation (le 30 octobre 2014) et non effectivement adductés à la date d’effet de la Décision de non-respect des engagements (le 14 mars 2017), à l’exception de ceux qui ont été abandonnés (voir paragraphes 44 à 47 ci-dessus) ou pour lesquels il s’est avéré que les CR-MAD n’étaient pas effectivement disponibles le 30 octobre 2014 (voir paragraphe 50 ci-dessous).

Nouveau stock

55. L’Injonction 2 sur le nouveau stock porte sur **[5 000 – 10 000]** PM.
56. Il s’agit des PM commandés par Bouygues Telecom entre juillet 2015 et juillet 2016 inclus (la date de la dernière commande étant intervenue au moins trois mois avant la date des constatations utilisées aux fins de la Décision de non-respect des engagements) et non adductés à la date d’effet de cette décision (le 14 mars 2017), à l’exception de ceux qui ont été abandonnés.

Nouvelles commandes

57. L’Injonction 3 sur les nouvelles commandes porte sur **[15 000 – 20 000]** PM.
58. Comme indiqué ci-avant, l’Injonction 3 a été levée par l’Autorité dans la Décision de révision (voir paragraphe 41 ci-dessus). L’Injonction 3 ne s’applique donc pas aux commandes qui ont été passées par Bouygues Telecom postérieurement à cette décision. De plus, afin de tenir compte du délai maximum d’adduction prévu par l’engagement 31

¹⁹ Paragraphe 429 de la décision d’injonction.

(trois mois), la dernière commande concernée par l’Injonction 3 doit nécessairement être intervenue plus de 3 mois avant le 28 octobre 2019. Il en résulte donc que les toutes dernières commandes passées par Bouygues Telecom, moins de 3 mois avant cette date, à savoir les commandes du 31 juillet 2019²⁰ ainsi que des mois d’août, de septembre et d’octobre 2019²¹, ne sont pas considérées comme faisant partie du périmètre de l’Injonction 3 sur les nouvelles commandes. En conséquence, ce périmètre inclut les commandes passées par Bouygues Telecom postérieurement à juillet 2016 et jusqu’au 28 juillet 2019. En outre, comme expliqué ci-dessous, l’Injonction 3 n’est pas applicable aux PM abandonnés.

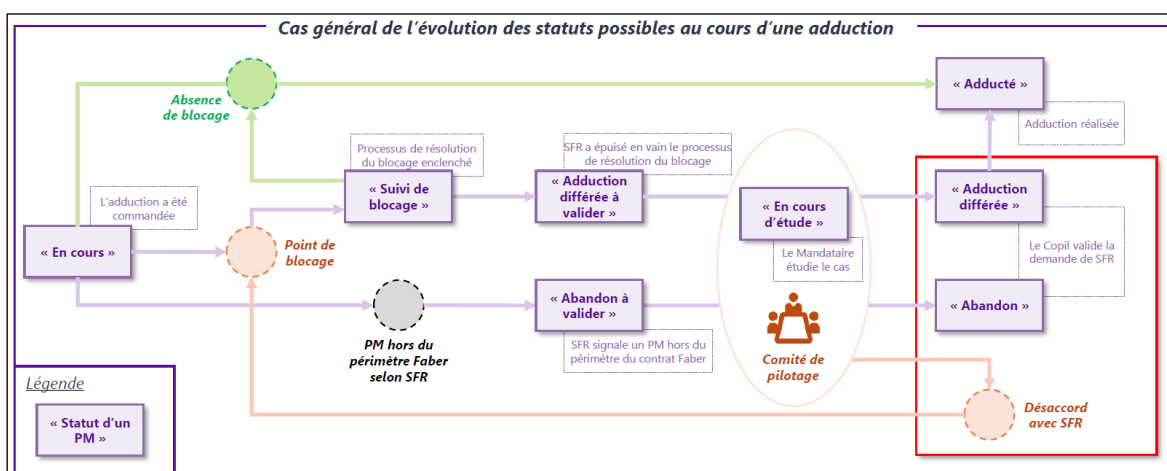
Conclusion

59. Le périmètre global des Injonctions d’adduction porte sur [20 000 – 30 000] PM.

2. SUR LES STATUTS DES PM CORRESPONDANT A LA PROGRESSION DES ADDUCTIONS

60. Afin de procéder au suivi du respect des Injonctions par Altice, le mandataire a établi, en accord avec les parties au contrat Faber, une catégorisation des PM selon plusieurs statuts correspondant à la progression de leur adduction. La catégorisation de chaque PM a été réalisée par le mandataire, lors des comités de pilotage mensuels, sur la base des justifications présentées par Altice.
61. La progression des adductions a ainsi été suivie et contrôlée par le mandataire en considération des statuts suivants :

Figure 1 - Les statuts de suivi du mandataire relatifs à la progression des adductions



Source : 2^e rapport du mandataire²²

²⁰ Commande portant sur 406 PM.

²¹ Commandes portant, respectivement, sur 151 PM, 228 PM et 169 PM.

²² Cotes 6421 à 6464.

a) Présentation des principaux statuts

62. Les principaux statuts²³ sont les suivants²⁴ :
- les statuts « **en cours** » et « **suivi de blocage** » correspondent au déroulement « normal » des travaux d'adduction dans l'approche retenue par le mandataire. Ils correspondent au suivi des travaux menés par Altice sous sa responsabilité. Plus précisément, ces statuts correspondent aux situations suivantes :
 - « en cours » : les PM classés sous ces statuts correspondent à des PM pour lesquels l'adduction n'a pas été réalisée et le processus d'adduction est en cours sans difficulté particulière d'adduction signalée ;
 - « suivi de blocage » : les PM classés sous ce statut correspondent à des PM pour lesquels un blocage a été constaté lors d'une tentative d'adduction, mais pour lesquels un processus de résolution est en cours. Sont concernés par ce statut, notamment, les PM pour lesquels des travaux sont nécessaires afin de procéder à l'adduction.
 - les statuts « **adductés** » et « **abandon** » sont des statuts définitifs. Le statut adducté correspond à des PM pour lesquels l'adduction a été réalisée. Le statut abandon correspond aux PM qui se sont avérés être hors périmètre du contrat Faber (à cet égard, voir les paragraphes 44 à 47 ci-dessus).
 - les PM classés « **en adduction différée** » par le mandataire sont des PM pour lesquels une tentative d'adduction a été menée par Altice mais pour lesquels un blocage considéré par Altice comme indépendant de son action et comme insurmontable, au moins temporairement, a été constaté.
63. Le statut des PM « en adduction différée » recouvre des situations dans lesquelles Altice a présenté au mandataire des justifications tendant à démontrer que le délai d'adduction est allongé en raison d'une situation qu'elle n'est pas en mesure de résorber à court terme.
64. Un PM peut être classé en adduction différée par le mandataire en raison :
- du non-déploiement du PM par l'opérateur d'immeuble (absence ou indisponibilité du PM dans le fichier IPE) ou de la non-finalisation de ce déploiement, notamment lorsque le CR-MAD est incorrect ou incomplet ;
 - de difficultés d'accès en raison de l'opposition d'un tiers, par exemple du propriétaire de l'immeuble ou du syndic de copropriété, difficultés pouvant aller jusqu'à la mise en place d'un gel de commercialisation des offres de détail à partir du PM par l'opérateur d'immeuble²⁵ ;

²³ Cote 164.

²⁴ Le mandataire a pu nécessiter une phase d'étude afin de déterminer le classement d'un PM dans une catégorie. Le suivi comporte en conséquence des statuts transitoires (« Adduction différée à valider », « En cours d'étude » et « Abandon à valider ») qui sont exclus des constatations quantitatives présentées ci-après.

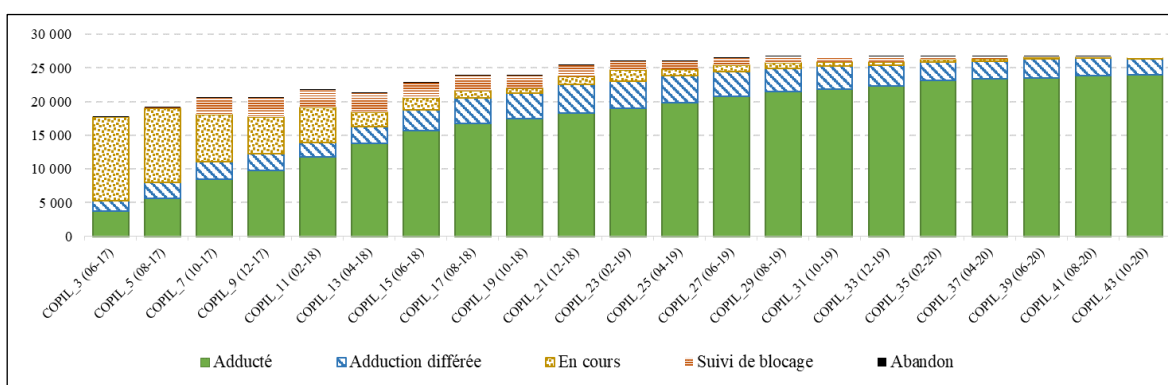
²⁵ L'ARCEP a mis en place un groupe de travail relatif aux difficultés d'accès aux PMI (PM situés à l'intérieur d'un bâtiment). Seuls les PM pour lesquels un ticket a été ouvert auprès d'Orange pour des difficultés d'accès de plus de six mois entrent dans le périmètre de ce groupe de travail. Pour ces PM, Orange doit envoyer des mises en demeure aux personnes responsables de l'accès à l'immeuble (généralement les syndicats de copropriété) pour leur rappeler la nécessité de permettre l'accès au PM à l'ensemble des opérateurs. En cas de non-réponse, un gel de commercialisation est mis en place, c'est-à-dire qu'aucun opérateur ne peut

- de problèmes de capacité dans les infrastructures de Bouygues Telecom ;
- de difficultés dans la réalisation de travaux et, en particulier, en cas de retard dans la validation des devis par Bouygues Telecom ; et
- de la situation de certaines zones géographiques dans lesquelles la sécurité des personnes procédant à l'adduction ne peut être garantie.

b) Constatations relatives à l'évolution des statuts

65. La répartition mensuelle des PM dans les différentes catégories de statuts utilisés par le mandataire a évolué de la manière suivante :

Figure 2 - Répartition mensuelle des PM en fonction des statuts utilisés par le mandataire

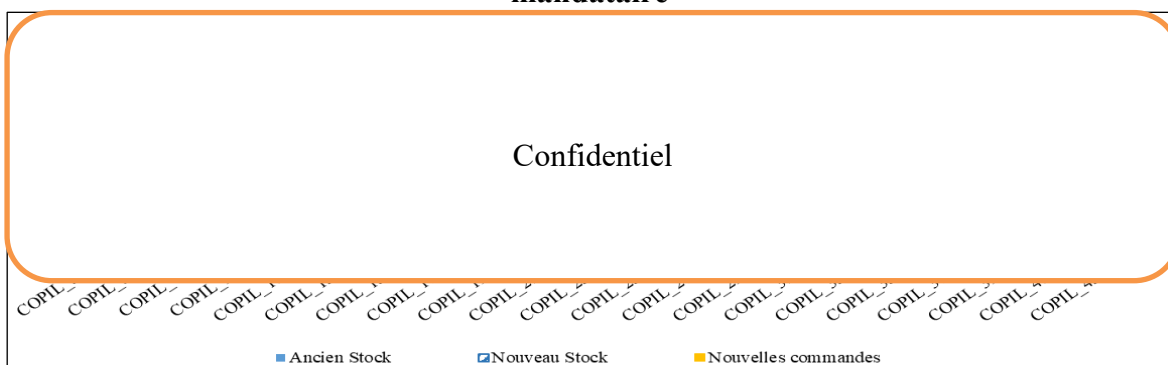


Source : rapport du mandataire et calculs des services d'instruction²⁶

Note : les statuts transitoires sont exclus du présent graphique

66. Plus spécifiquement, le nombre de PM sous statut « adduction différée » a évolué de la manière suivante :

Figure 3 - Nombre de PM classés en adduction différée dans le cadre du suivi du mandataire



Source : rapport du mandataire et calculs des services d'instruction²⁷

commercialiser une offre FttH à partir de ce PM à compter de la déclaration du gel de commercialisation. Les abonnements commercialisés avant la déclaration du gel ne sont pas concernés.

²⁶ Annexe B1 (cote 10700).

²⁷ Annexe B1, (cote 10700).

67. À la date des constatations, soit le 13 octobre 2020, la répartition, portant sur l'ancien et le nouveau stock et les nouvelles commandes, était la suivante :
- un total de [20 000 – 30 000] PM ont été classés « adductés » ;
 - [500 – 1 000] PM ont été classés en « abandon » ;
 - [1 000 – 5 000] PM étaient toujours classés en « adduction différée ». Par ailleurs, [100 – 500] PM concernés par un classement en adduction différée au cours de la période de suivi étaient considérés comme abandonnés ;
 - [100 – 500] PM étaient classés en « suivi de blocage » ;
 - [100 – 500] PM étaient classés « en cours ».

c) Sur les paliers de réalisation et les objectifs d'adduction

68. À titre liminaire, la notion de « paliers de réalisation » s'entend dans le cadre de la présente décision comme la conjonction (i) d'un objectif d'adduction de PM devant être atteint avec (ii) une date d'échéance déterminée conformément à la Décision de non-respect des engagements.

Identification des dates d'échéance associées aux paliers de réalisation

69. Le paragraphe 426 de la Décision de non-respect des engagements définit différents paliers de réalisation, afin de contraindre Altice à procéder à la réalisation des adductions prévues par les engagements 30 et 31 :
- « 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. »* (soulignement ajouté)
70. En ce qui concerne les Injonctions 1 et 2 portant sur l'ancien stock et le nouveau stock, les différents paliers de réalisation ont été définis de la manière suivante :
- paliers des réalisations intermédiaires des adductions au 13 septembre 2017 et au 13 décembre 2017 : paliers dont les échéances sont fixées à 6 mois et 9 mois à compter de la date de notification de la Décision de non-respect des engagements s'agissant de l'adduction de 50 % puis de 75 % de l'ancien stock (ci-après, respectivement, le « **palier 1.1** » et le « **palier 1.2** ») et du nouveau stock (ci-après, respectivement, le « **palier 2.1** » et le « **palier 2.2** ») ;
 - paliers des réalisations intégrales des adductions au 13 mars 2018 : palier dont l'échéance est fixée à 12 mois à compter de la date de notification de la Décision de non-respect des engagements s'agissant de l'adduction de l'intégralité de l'ancien stock (ci-après le « **palier 1.3** ») et du nouveau stock (« **palier 2.3** »).
71. En ce qui concerne l'Injonction 3 portant sur les nouvelles commandes, seuls des paliers de réalisation intégrale ont été prévus par l'Autorité comme suit :

- il s’agit de paliers de réalisation intégrale associés à chaque nouvelle commande et portant sur l’ensemble des adductions commandées lors d’une même commande ;
- chaque nouvelle commande étant associée à un palier spécifique, les dates d’échéance de ces paliers sont fixées à + 3 mois à compter de la date de commande concernée (ci-après les **paliers « 3.1 » à « 3.14 »**) ;

Qualification des différents objectifs associés à ces paliers

72. D’une façon générale, il est rappelé que le Conseil d’État, dans sa décision du 28 septembre 2017 précitée, a jugé que les injonctions sous astreinte et sans astreinte, et ainsi, les objectifs d’adduction de PM à atteindre, prononcées par l’Autorité dans sa décision d’injonction, n’étaient pas disproportionnées par rapport aux manquements constatés et à la capacité moyenne d’adduction de la société SFR (Altice)²⁸.
73. Au cas présent, s’agissant de la quantification des différents objectifs, il est tout d’abord constaté que les paliers 1.3 et 2.3 correspondent aux objectifs de réalisation intégrale des adductions. En ce sens, ils correspondent aux périmètres respectifs des injonctions portant sur l’ancien stock et le nouveau stock, tels que déterminés dans la partie constatations du rapport et aux paragraphes 53 et suivants de la présente décision.
74. Il est précisé que, tels qu’établis, les périmètres chiffrés des ancien et nouveau stocks correspondent donc aux objectifs de résultats devant être atteints au titre des injonctions sous astreintes. En d’autres termes, pour les raisons énumérées aux paragraphes 63 et 64 ci-dessus, les PM ayant, éventuellement, pu rencontrer des difficultés d’exécution n’ont pas vocation à être déduits au niveau de la détermination des objectifs à atteindre.
75. En revanche, s’agissant des cas d’abandons, qui sont distincts de cas liés à des difficultés d’exécution, il est rappelé que ceux-ci ont été déduits des périmètres chiffrés des ancien et nouveau stocks, comme cela ressort des paragraphes 54 et 56 ci-dessus.
76. Les paliers 1.1 et 1.2 impliquent respectivement la réalisation de l’adduction de 50 % puis de 75 % de l’ancien stock. Les paliers 2.1 et 2.2 impliquent respectivement la réalisation de l’adduction de 50 % puis de 75 % du nouveau stock.
77. Le chiffrage des objectifs associés aux paliers 1 et aux paliers 2 est le suivant :

Tableau 1 : Objectifs associés aux paliers 1 et 2

Paliers	Date de notification de la décision d’injonction	Dates d’échéance (respectivement à +6 mois, +9 mois et +12 mois)	Objectifs d’adductions (nombres de PM correspondant respectivement à 50, 75 et 100 % des stocks)
<i>Ancien stock</i>	13/03/2017		
Palier 1.1		13/09/2017	[1 000 – 5 000]
Palier 1.2		13/12/2017	[1 000 – 5 000]
Palier 1.3		13/03/2018	[5 000 – 10 000]
<i>Nouveau stock</i>			
Palier 2.1		13/09/2017	[1 000 – 5 000]
Palier 2.2		13/12/2017	[1 000 – 5 000]
Palier 2.3		13/03/2018	[5 000 – 10 000]

²⁸ Conseil d’État, 28 septembre 2017, société Altice Luxembourg, n° 409770, points 33, 35 et 38.

78. Les **paliers 3** sont des paliers unitaires, impliquant la réalisation de l'adduction du PM nouvellement commandé sous trois mois. Ces paliers sont les suivants :

Tableau 2 : Objectifs associés aux paliers 3

Paliers	Date de réception de la commande de Bouygues Telecom par Altice	Dates d'échéance (+ 3 mois)	Objectifs d'adduction (nombre de PM commandés minorés des abandons)
Palier 3.1	01/10/2016	01/01/2017	[...]
Palier 3.2	01/01/2017	01/04/2017	[...]
Palier 3.3	01/04/2017	01/07/2017	[...]
Palier 3.4	03/07/2017	03/10/2017	[...]
Palier 3.5	02/10/2017	02/01/2018	[...]
Palier 3.6	04/01/2018	04/04/2018	[...]
Palier 3.7	27/03/2018	27/06/2018	[...]
Palier 3.8	02/07/2018	02/10/2018	[...]
Palier 3.9	28/09/2018	28/12/2018	[...]
Palier 3.10	01/01/2019	01/04/2019	[...]
Palier 3.11	29/03/2019	29/06/2019	[...]
Palier 3.12	25/04/2019	25/07/2019	[...]
Palier 3.13	29/05/2019	29/08/2019	[...]
Palier 3.14	26/06/2019	26/09/2019	[...]
Total			[10 000 – 20 000]

d) Sur la satisfaction des paliers de réalisation

Ancien et nouveau stocks

79. Les **paliers 1** et **paliers 2** n'ont pas été respectés. En effet, comme cela ressort du tableau ci-dessous, les objectifs d'adductions associés à ces paliers n'étaient, de façon systématique, pas atteints, cela de manière très significative, aux dates d'échéance²⁹ :

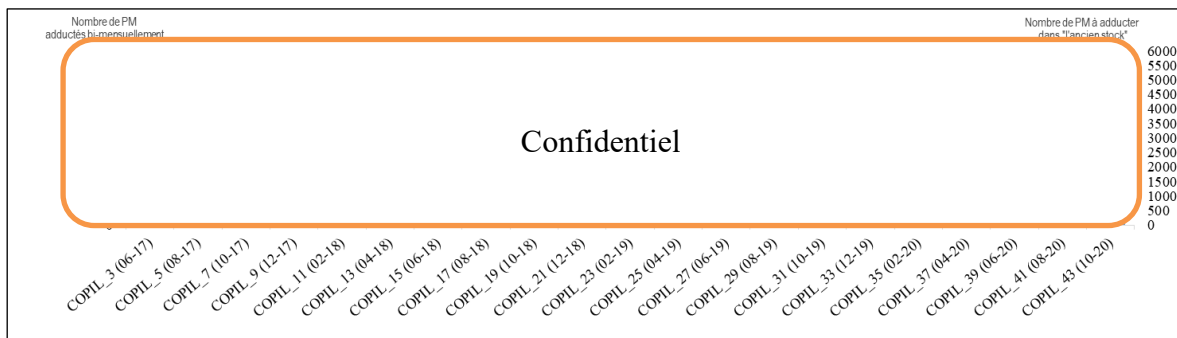
Tableau 3 : Mise en œuvre des objectifs associés aux paliers 1 et 2

Paliers	Dates d'échéance	Objectifs d'adduction	Nombre d'adductions à l'échéance			Date d'atteinte de l'objectif d'adduction	Cas d'inexécutions
			nombre de PM adductés	nombre de PM non-adductés	% de l'objectif		
		<i>nombre de PM du stock considéré</i>				<i>jour de l'adduction du dernier PM de l'objectif</i>	<i>nombre de jours de retard cumulés pour l'ensemble des PM par palier</i>
<i>Ancien stock</i>							
Palier 1.1	13/09/2017	[...]	[...]	[...]	60 %	27/02/2018	[...]
Palier 1.2	13/12/2017	[...]	[...]	[...]	55 %	17/04/2019	[...]
Palier 1.3	13/03/2018	[...]	[...]	[...]	45 %	non avvenu	[...]
<i>Nouveau stock</i>							
Palier 2.1	13/09/2017	[...]	[...]	[...]	70 %	29/11/2017	[...]
Palier 2.2	13/12/2017	[...]	[...]	[...]	69 %	06/11/2018	[...]
Palier 2.3	13/03/2018	[...]	[...]	[...]	55 %	non avvenu	[...]
TOTAL	-	[20 000 – 30 000]	[10 000 – 20 000]	[10 000 – 20 000]	57 %	-	[2 000 000 – 3 000 000]

²⁹ Voir Annexes A (cotes 10695 à 10699).

80. Le rythme d'adduction, s'agissant de l'ancien stock, a évolué de la manière suivante :

Figure 4 - Rythme d'adduction des PM et évolution du nombre de PM à adducter de l'ancien stock

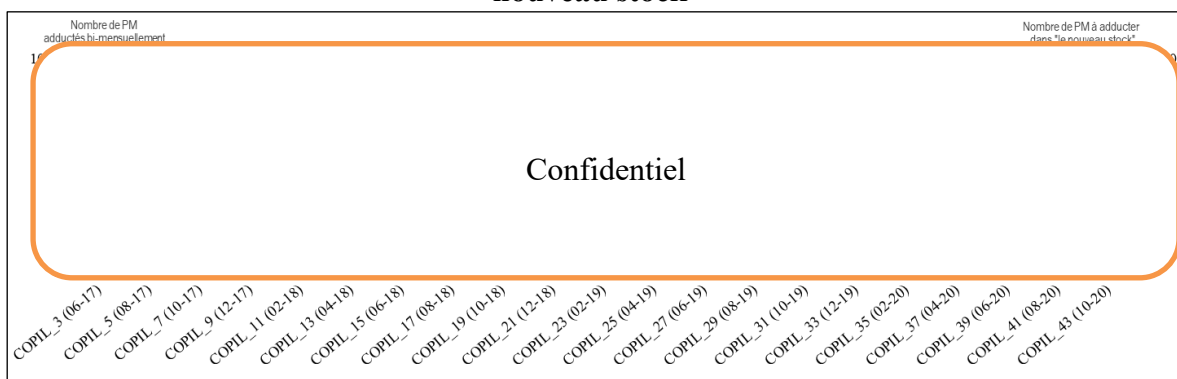


Source : données mandataire, calcul des services d'instruction³⁰

81. Altice a procédé en moyenne à l'adduction de [...] PM tous les deux mois depuis 2019 avec un pic, entre décembre 2019 et février 2020, de [...] adductions.

82. S'agissant du nouveau stock, le rythme des adductions a évolué de la manière suivante :

Figure 5 - Rythme d'adduction des PM et évolution du nombre de PM à adducter du nouveau stock



Source : données mandataire, calcul des services d'instruction³¹

83. Altice a procédé en moyenne à l'adduction de [...] PM tous les deux mois depuis le début de l'année 2019 avec un pic, entre décembre 2019 et février 2020, de [...] adductions.

Nouvelles commandes

84. Les **paliers 3** n'ont, également, pas été respectés. En effet, comme cela ressort du tableau ci-dessous, les objectifs d'adduction associés à ces paliers n'étaient, de façon systématique, pas atteints, cela de manière très significative, aux dates d'échéance³² :

³⁰ Annexe B1 (cote 10700).

³¹ Annexe B1 (cote 10700).

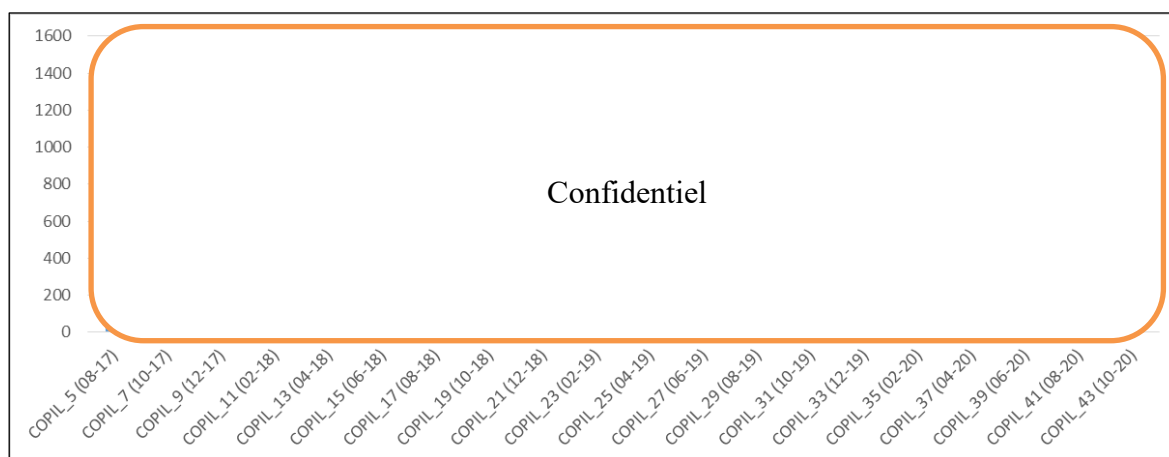
³² Voir Annexes A (cotes 10695 à 10699).

Tableau 4 : Mise en œuvre des objectifs associés aux paliers 3

Paliers	Dates d'échéance	Objectifs d'adduction	Nombre d'adductions à l'échéance		Nombre de PM non-adductés à l'échéance		Date d'atteinte de l'objectif d'adduction	Cas d'inexécutions
			nombre de PM du stock considéré	nombre de PM	% de l'objectif	nombre de PM		
Palier 3.1	01/01/2017	[...]	[...]	21%	[...]	79 %	non avvenu	[...]
Palier 3.2	01/04/2017	[...]	[...]	37%	[...]	63 %	non avvenu	[...]
Palier 3.3	01/07/2017	[...]	[...]	25%	[...]	75 %	non avvenu	[...]
Palier 3.4	03/10/2017	[...]	[...]	26%	[...]	74 %	non avvenu	[...]
Palier 3.5	02/01/2018	[...]	[...]	46%	[...]	54 %	non avvenu	[...]
Palier 3.6	04/04/2018	[...]	[...]	50%	[...]	50 %	non avvenu	[...]
Palier 3.7	27/06/2018	[...]	[...]	51%	[...]	49 %	non avvenu	[...]
Palier 3.8	02/10/2018	[...]	[...]	35%	[...]	65 %	non avvenu	[...]
Palier 3.9	28/12/2018	[...]	[...]	21%	[...]	79 %	non avvenu	[...]
Palier 3.10	01/04/2019	[...]	[...]	60%	[...]	40 %	non avvenu	[...]
Palier 3.11	29/06/2019	[...]	[...]	74%	[...]	26 %	non avvenu	[...]
Palier 3.12	25/07/2019	[...]	[...]	74%	[...]	26 %	non avvenu	[...]
Palier 3.13	29/08/2019	[...]	[...]	71%	[...]	29 %	non avvenu	[...]
Palier 3.14	26/09/2019	[...]	[...]	70%	[...]	30 %	non avvenu	[...]
TOTAL	-	[10 000 – 20 000]	[5 000 – 10 000]	36%	[10 00 – 20 000]	64 %	-	[2 000 000 – 3 000 000]

85. Le rythme d'adduction des nouvelles commandes a évolué de la manière suivante :

Figure 6 - Volume bimensuel d'adductions des PM appartenant aux nouvelles commandes



Source : données mandataire, calcul des services d'instruction³³

Conclusion

86. Il résulte de ce qui précède qu'Altice n'a respecté aucun des paliers prévus par les injonctions d'adduction.

³³ Annexe B1 (cote 10700).

3. SUR LE SUIVI DE LA MAINTENANCE

87. Dans sa Décision de non-respect des engagements (paragraphe 434), l'Autorité a enjoint à Altice « *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* » (soulignement ajouté).
88. Dans le cadre de l'engagement 33 de la Décision d'autorisation, Altice 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* ».
89. Ainsi, l'article 5 des conditions particulières du contrat prévoit qu'Altice assure la maintenance au titre de l'hébergement au sein des nœuds de raccordement optique (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.
90. La maintenance au titre de l'hébergement au sein d'un NRO recouvre « *la maintenance de l'énergie et du secours électrique, du contrôle d'accès, de la ventilation/climatisation des répartiteurs optiques "équipements" et "logements"* » (article 5.1 des conditions particulières). Elle comprend la maintenance préventive et curative des installations électriques SFR, de climatisation ou ventilation (article 5.5 des conditions particulières).
91. L'engagement 33 et l'Injonction 4 ont été levés par la Décision de révision en date du 28 octobre 2019.
92. Conformément à l'engagement souscrit dans le cadre de la décision d'autorisation, repris dans la décision d'injonction, Altice et Bouygues Telecom ont défini quatre indicateurs de maintenance³⁴ :
- un indicateur portant sur le délai de rétablissement en cas de coupure entre les PM et le NRO auquel ils sont rattachés (« indicateur 1 bis ») ;
 - un indicateur sur le taux de disponibilité des terminaisons optiques (OLT), suivi sur la base de deux sous-indicateurs :
 - objectif de non dépassement des 40° C en entrée d'air des baies optiques (« indicateur 5 bis ») ;
 - un objectif de rétablissement du service en moins de 5 heures en cas de coupure de l'alimentation des équipements (« indicateur 5 quater ») ;
 - un indicateur de suivi de la disponibilité des équipements (« indicateur 4 bis »).
93. Ces indicateurs ont été régulièrement suivis par le mandataire depuis le mois de mars 2017³⁵ jusqu'au mois d'octobre 2019. Après la présentation des résultats chiffrés de ces indicateurs

³⁴ Cote 5117.

³⁵ Pour certains de ces indicateurs, des données plus anciennes existent, mais la date de janvier 2017 permet un suivi continu des quatre indicateurs.

(a), sera exposée l'analyse qui en a été faite par le mandataire, le cas échéant, dans chacun de ses rapports trimestriels sur la période considérée (b).

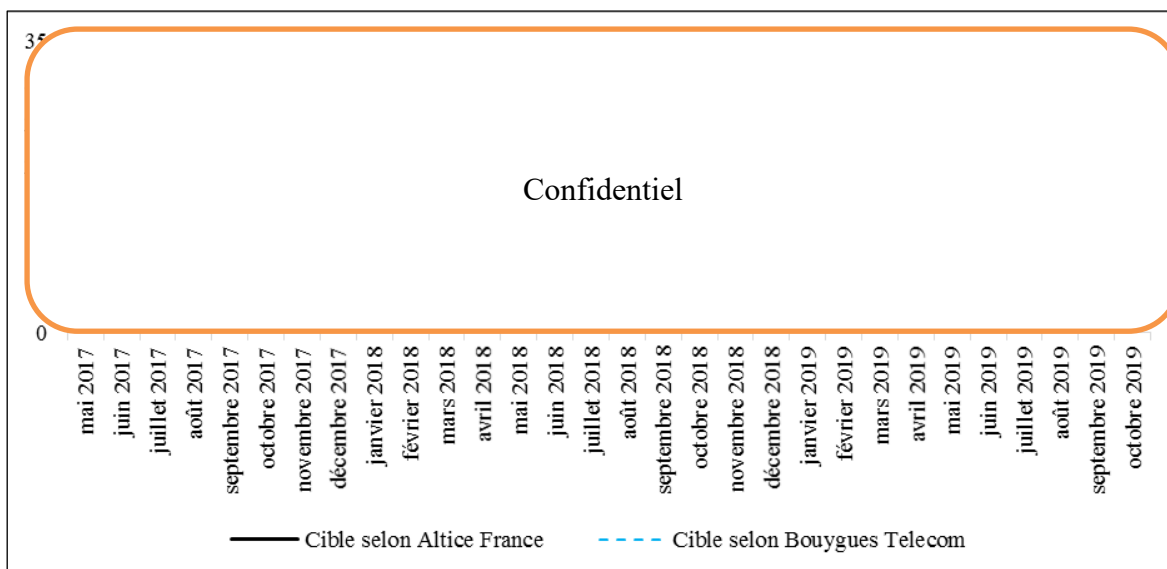
a) Les indicateurs suivis par le mandataire

L'indicateur 1 bis (délai de rétablissement)

94. En l'absence de consensus³⁶ entre Altice et Bouygues Telecom sur la cible à atteindre par Altice pour cet indicateur, plusieurs cibles ont été suivies par le mandataire. Chaque cible est construite par percentile de délais et précise le délai de rétablissement qui ne doit pas être dépassé à un percentile donné. Les cibles suivies sont les suivantes :
- selon Bouygues Telecom, le rétablissement doit intervenir, dans 95 % des cas, sous 7 jours calendaires (délai de sept jours calendaires au 95^e percentile) ;
 - selon Altice, le rétablissement doit intervenir, dans 95 % des cas, sous 14 jours calendaires avant avril 2018, puis sous 10 jours calendaires postérieurement à avril 2018 (délai de 14 jours calendaires au 95^e percentile avant avril 2018, puis postérieurement de 10 jours calendaires au 95^e percentile) ; et,
 - en l'absence de consensus entre les parties, le mandataire a également procédé au suivi de cet indicateur en prenant en considération un délai de rétablissement, devant intervenir dans 80 % des cas, sous 7 jours calendaires – qui présente selon lui l'avantage d'être moins volatile que les indicateurs au 95^e percentile.
95. Altice n'a pas respecté la cible fixée par Bouygues Telecom, à l'exception des mois de janvier, mars, avril, mai, août et septembre 2019, soit pendant 87,5 % de la période allant de mars 2017 à octobre 2019.
96. Altice n'a atteint la cible qu'elle s'est elle-même fixée qu'aux mois de janvier et février 2018, et à partir de novembre 2018. Elle n'a cependant pas respecté sa propre cible pendant la majorité de la période allant de mars 2017 à octobre 2019 (56 %).

³⁶ Cote 5117.

Figure 7 - Délai de rétablissement en jours au 95e percentile (indicateur 1 bis) selon les cibles définies par Altice France et Bouygues Telecom



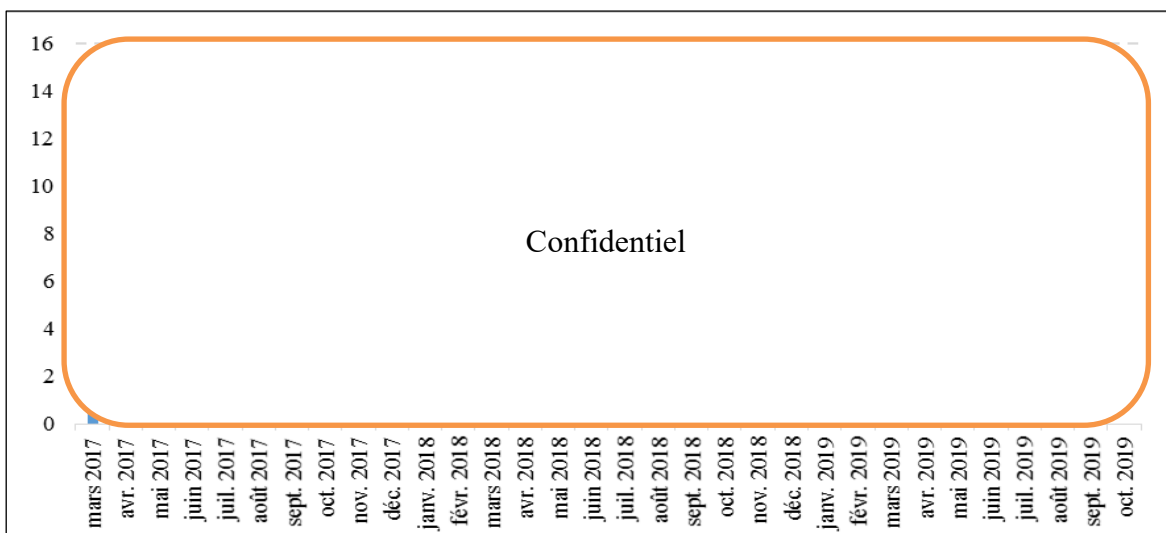
Note : en octobre 2017, Altice France rétablissait [...] des cas de coupure en moins de 32,4 jours
Source : données issues du rapport du mandataire

97. Enfin, alors même qu'elle est plus favorable que sa propre cible, Altice n'a pas respecté la cible fixée par le mandataire sur la période allant de septembre à novembre 2017, soit pendant 9,4 % de la période.

L'indicateur 5 bis (objectif de non dépassement des 40° C)

98. Le seuil de l'indicateur 5 bis est dépassé si plus de deux NRO dépassent le seuil de 40° C pendant plus de 24 heures.
99. Ce seuil a été dépassé entre mai et août 2017 avec un pic en juin 2017, en octobre 2017, en mai et juin 2018, en août 2018, en mars 2019 ainsi que de mai 2019 à juillet 2019 (inclus). Toutefois l'ampleur des dépassements s'est réduite au fil du temps, comme cela ressort de la figure ci-dessous.

Figure 8 - Nombre de NRO dont la température dépasse 40° C pendant plus de 24h (indicateur 5 bis)

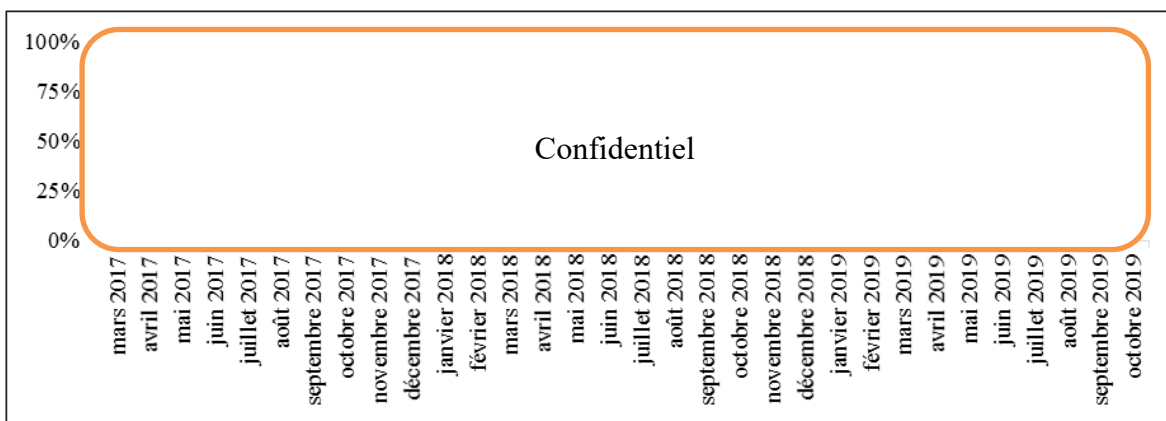


*Note : en juin 2017, [...] NRO ont dépassé la température de 40° C pendant plus de 24h
Source : données issues du rapport du mandataire³⁷.*

L'indicateur 5 quater (rétablissement du service en moins de 5 heures)

- 100. Le seuil de l'indicateur 5 quater est fixé à 100 % de rétablissement en moins de 5 heures en cas de coupure de l'alimentation des équipements actifs.
- 101. Sur la période de référence, le seuil de l'indicateur 5 quater a été respecté par Altice, à l'exception des mois de mars 2017, janvier 2018, juin 2018, septembre 2018, octobre 2018, juin 2019 et octobre 2019.

Figure 9 - Taux de rétablissement du service en moins de 5 heures en cas de coupure de l'alimentation des équipements (indicateur 5 quater)



*Note : en janvier 2018, aucun rétablissement n'a été effectué en moins de 5 heures à la suite d'une coupure de l'alimentation des équipements actifs
Source : données issues du rapport du mandataire³⁸*

³⁷ Cote 6294.

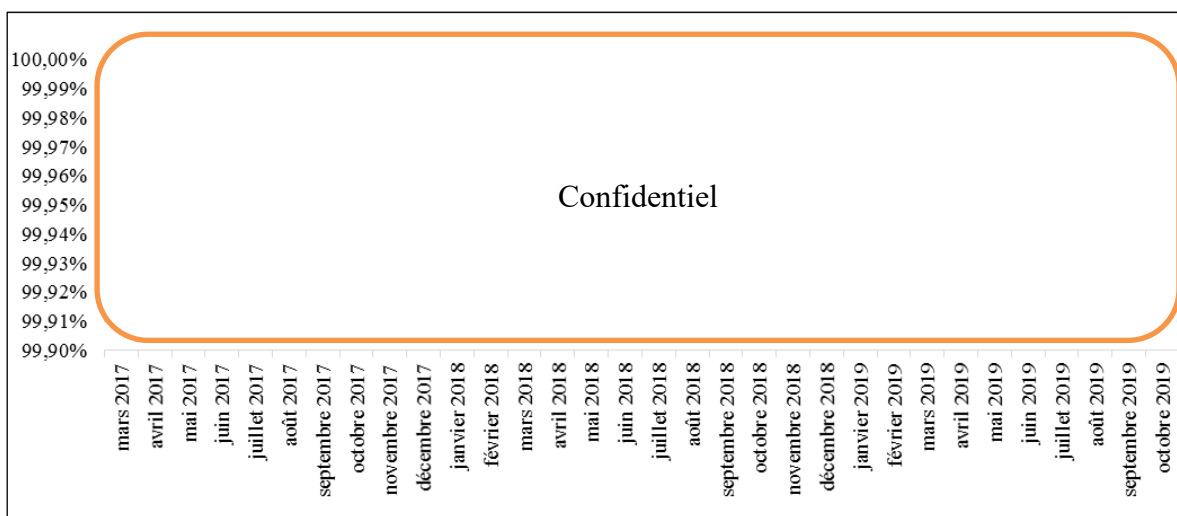
³⁸ Cote 6294.

102. Le mandataire note toutefois que le non-respect du seuil en janvier 2018, septembre 2018 et juin 2019 n'est pas imputable à Altice mais à des causes extérieures.

L'indicateur 4 bis (disponibilité des équipements)

103. L'indicateur 4 bis est un indicateur composite de disponibilité des équipements. Il repose sur la vérification automatique (toutes les 15 minutes) de la disponibilité des équipements actifs au sein des PM. Le seuil de l'indicateur correspond à un temps maximal d'indisponibilité d'équipements (mesuré en tranches de 15 minutes d'indisponibilité). Le seuil retenu pour l'indicateur est fixé à 99,96 %. Ainsi, sur la période de référence (mensuelle) les temps d'indisponibilité ne doivent pas dépasser 0,04 % de la période.
104. Selon les données transmises au mandataire par Altice, le seuil d'indisponibilité (0,04 % de la période) n'a pas été respecté pendant les mois de mars 2017, juin 2017 et juillet 2018.

Figure 10 - Disponibilité des équipements (indicateur 4 bis)



Source : données issues du rapport du mandataire³⁹

³⁹ Cote 6294.

b) L'analyse du mandataire sur les indicateurs de maintenance

105. Les principales conclusions auxquelles est parvenu le mandataire dans le cadre de son suivi de l'exécution de l'Injonction 4 portant sur la maintenance sont retracées dans le tableau ci-dessous.

Tableau 5 : Analyse du mandataire sur les indicateurs de performance

Numéro et date du rapport	Analyse du mandataire (soulignement ajouté)	Cotes
Rapport n° 2 novembre 2017	« > Comme signalé dans le compte-rendu du comité n°7, ByTel [Bouygues Telecom] constate que l'indicateur sur le délai de rétablissement de l'horizontal [indicateur 1 bis] <u>n'atteint pas les seuils en cours de discussion, que ce soit ceux de SFR ou de ByTel. Il apparait d'ailleurs en dégradation</u> ».	5117
	« Le mandataire <u>s'inquiète des résultats des indicateurs de maintenance sur la température des NRO [indicateur 5 bis] sur la période estivale. En effet, l'indicateur risque de s'améliorer de lui-même avec l'hiver et la situation pourrait se répéter l'été prochain</u> ».	5119
Rapport n° 3 Février 2018	« > Depuis le comité n°10, ByTel fournit sa propre vision des KPI ⁴⁰ de maintenance, mesuré sur ces propres équipements (ce qui peut expliquer des écarts avec ceux de SFR) »	5211
	« > Le mandataire prend bonne note : De l'amélioration du niveau des KPI de maintenance, même si le Mandataire ne peut certifier qu'elle est imputable au changement de stratégie de SFR > le mandataire <u>s'inquiète en revanche du niveau de l'indicateur du temps de rétablissement sur l'horizontal, qui n'atteint toujours pas les objectifs fixés par ByTel comme par SFR</u> Le Mandataire a enjoint SFR en comité de pilotage à accroître sa production dès janvier et, en parallèle, à améliorer les KPI d'exploitation »	5214
Rapport n° 4 Avril 2018	« Le Mandataire prend bonne note : • Du maintien du niveau des KPI de maintenance en-dessous des seuils fixés (<u>sauf pour le 1bis par rapport au seuil de ByTel</u>) »	5311
Rapport n° 5 Août 2018	« Le Mandataire prend bonne note : • De la meilleure transparence demandée par le Mandataire à SFR dans les difficultés rencontrées sur le terrain tant des adductions que du maintien des KPI au niveau des objectifs • Du niveau de l'indicateur 5 bis qui, à date, respecte l'objectif fixé pour les équipements de ByTel. La dégradation de l'été dernier ne s'est pas reproduite pour l'instant Le Mandataire constate en revanche : • Le <u>non-respect de l'objectif de l'indicateur 1 bis au 95e percentile et, plus généralement, de la volatilité des indicateurs 1 bis et 5 bis le Mandataire appelle SFR à accroître ses efforts pour atteindre pour respecter les objectifs fixés pour les KPI de maintenance</u> »	5406

⁴⁰ Les KPI (« key performance indicator ») sont les principaux indicateurs de performance ayant permis de mettre en œuvre le suivi.

Numéro et date du rapport	Analyse du mandataire (soulignement ajouté)	Cotes
Rapport n° 6 Novembre 2018	<p>« Le Mandataire prend bonne note :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Du maintien d'un dialogue entre les Parties, notamment en comité d'exploitation Faber sur les enjeux de KPI • De la meilleure transparence obtenue de SFR en amont des COPIL concernant les difficultés rencontrées dans les adductions et le maintien des KPI au niveau des objectifs • Du niveau de l'indicateur 1 bis au 80e percentile qui respecte depuis décembre 2017 l'objectif fixé <p>Le Mandataire constate en revanche que :</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Le non-respect de l'objectif des indicateurs 1 bis au 95e percentile et 5 bis, ainsi que plus généralement, la volatilité des indicateurs 4 bis et 5 bis. La dégradation de l'indicateur 5 Bis est aussi observable à l'été 2018 mais dans des proportions et une durée moins importante qu'à l'été 2017</u> <p>Le Mandataire appelle SFR à accroître ses efforts pour atteindre les objectifs fixés pour les KPI de maintenance »</p>	5502
Rapport n° 7 Février 2019	<p>« Le Mandataire prend bonne note :</p> <ul style="list-style-type: none"> o De la tendance des KPI suivis à respecter, sinon rejoindre, les seuils fixés <p>Le Mandataire constate en revanche :</p> <ul style="list-style-type: none"> o <u>Le non-respect de l'objectif des indicateurs 1 bis au 95e percentile »</u> 	5601
Rapport n° 8 Avril 2019	<p>« Le Mandataire prend bonne note :</p> <ul style="list-style-type: none"> o de la bonne tenue des KPI d'exploitation qui tendent à rejoindre les seuils fixés » 	5700
Rapport n° 9 Août 2019	<p>« Le Mandataire prend bonne note :</p> <ul style="list-style-type: none"> o de la bonne tenue des KPI d'exploitation qui tendent à rejoindre les seuils fixés » 	5796
Rapport n° 10 Novembre 2019	<p>« Le Mandataire prend bonne note :</p> <ul style="list-style-type: none"> o de la bonne tenue des KPI d'exploitation qui ont tous atteints les seuils fixés pour le deuxième mois consécutif en octobre 2019 » 	5 896

II. Discussion

A. SUR LE RESPECT DES INJONCTIONS

1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES

106. Lorsque l'Autorité prononce des injonctions à l'égard d'une partie dans le cadre d'une décision, cette partie est tenue d'en respecter formellement les termes, tout en s'abstenant d'adopter des stratégies de contournement qui auraient pour effet de remettre en cause leur finalité. Ces mêmes principes s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux parties qui ont pris des engagements rendus obligatoires par une décision de l'Autorité adoptée en matière de pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations.

107. Conformément à une pratique décisionnelle constante de l’Autorité, « *les engagements, comme les injonctions, sont d’interprétation stricte* »⁴¹. Cependant, le principe d’interprétation stricte ne peut avoir pour effet de limiter l’appréciation du respect d’une injonction comme d’un engagement à des considérations purement formelles. Ainsi, l’effet du manquement sur la concurrence que les injonctions visaient à préserver sera, le cas échéant, pris en considération, si les parties ont adopté un comportement de contournement, ayant pour effet de limiter la portée des injonctions et de produire les effets anticoncurrentiels que ces injonctions devaient prévenir. L’effet du manquement sur la concurrence peut également être pris en compte pour apprécier la gravité du non-respect. Le respect formel de la lettre d’une injonction peut, à cet égard, ne pas être regardé comme conforme, s’il s’avère que des modifications parallèles aboutissent à le vider en tout ou partie de sa portée.
108. En outre, les modalités d’exécution des injonctions fixées dans les décisions de l’Autorité, et notamment leur délai d’exécution, font partie intégrante des injonctions. Il en résulte que « *l’exécution tardive d’une injonction peut donc être sanctionnée au titre de l’article L. 464-3 du code de commerce* »⁴². Seul le sursis ordonné par le premier président de la cour d’appel de Paris peut suspendre le caractère exécutoire de la décision. À défaut de demander ce sursis et de l’obtenir, il n’appartient pas aux parties de décider du moment où elles procéderont à l’exécution d’une injonction⁴³.
109. Enfin, le contrôle de l’exécution de la décision doit porter sur le respect des injonctions prises individuellement et dont chacune a valeur obligatoire. La circonstance que certaines injonctions aient été partiellement respectées ne saurait faire ainsi échec à un constat d’inexécution.
110. Ces principes, dégagés à propos des injonctions prononcées sur le fondement des articles L. 464-1 et L. 464-2 du code de commerce, sont transposables aux injonctions prononcées sur le fondement de l’article L. 430-8 du même code, dont le contrôle de légalité incombe aux juridictions administratives⁴⁴.

⁴¹ Décisions n° 20-D-07 relative au respect des engagements figurant dans la décision de l’Autorité de la concurrence n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne, paragraphe 94 ; n° 15-D-02 du 26 février 2015, relative au respect par le GIE « Les Indépendants », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006, paragraphe 99 ; et n° 10-D-21 du 30 juin 2010 relative au respect par les sociétés Neopost France et Satas des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-49 du 25 juillet 2005, paragraphe 69.

⁴² Décision n° 04-D-47 du 12 octobre 2004 concernant l’exécution de la décision n° 03-D-12 du 3 mars 2003, paragraphe 13. Voir aussi, la décision n° 05-D-08 du 9 mars 2005 relative à l’exécution de la décision n° 02-D-36 du 14 juin 2002 concernant le secteur de la lunetterie, paragraphe 16 ; et n° 05-D-09 concernant l’exécution de la décision n° 03-D-07 du 9 mars 2003 dans le secteur de la signalisation routière, paragraphe 16.

⁴³ Décision n° 05-D-09 du 14 mars 2005 concernant l’exécution de la décision n° 03-D-07 du 9 mars 2003 dans le secteur de la signalisation routière, paragraphes 17 et 22.

⁴⁴ Voir, à propos des principes relatifs à la vérification de l’exécution d’engagements souscrits dans le cadre d’une opération de concentration, l’arrêt du Conseil d’État du 21 décembre 2012, Sté Groupe Canal Plus, n° 353856, publié au recueil.

2. SUR L'ANALYSE DES INJONCTIONS 1, 2 ET 3 PORTANT SUR L'ADDITION DE L'ANCIEN STOCK, DU NOUVEAU STOCK ET DES NOUVELLES COMMANDES

a) Sur la nature des obligations pesant sur Altice et les causes exonératoires de sa responsabilité

111. Lorsqu'elle autorise une opération de concentration sous réserve d'engagements, l'Autorité exige des entreprises qui ont, volontairement et en pleine connaissance de cause, proposé les engagements, qu'elles adoptent dans leur mise en œuvre un comportement coopératif tout au long de la durée pour laquelle ils ont été rendus obligatoires.
112. Les engagements qui sont proposés par une partie notifiante doivent être « suffisants » pour remédier aux problèmes de concurrence préalablement identifiés. Il appartient aussi à la partie notifiante de s'assurer, dès ce stade, que les engagements peuvent effectivement être exécutés, dès lors que ces derniers conditionnent l'autorisation de l'opération. En effet, il convient de souligner que, conformément au II. de l'article L. 430-5 du code de commerce, les engagements souscrits par une partie notifiante constituent des « *mesures visant notamment à remédier [...] aux effets anticoncurrentiels de l'opération* ». Il en est de même s'agissant des engagements proposés au titre du II de l'article L. 430-7 dudit code. Dès lors, en l'absence de souscription de tels engagements, l'Autorité n'autoriserait pas l'opération de concentration considérée, compte tenu de la subsistance d'un doute sérieux d'atteinte à la concurrence ou d'un effet anticoncurrentiel. L'entreprise notifiante a, par conséquent, une obligation de résultat de respecter les engagements qu'elle a pris volontairement devant l'Autorité.
113. Dans sa Décision de non-respect des engagements, l'Autorité a ainsi rappelé qu'« *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)* »⁴⁵.
114. Les Injonctions prononcées par l'Autorité dans la Décision de non-respect des engagements se limitant, sur le fond, à enjoindre à Altice de respecter les engagements qu'elle a proposés dans le cadre de la Décision d'autorisation, en les assortissant, pour partie, d'un nouveau calendrier d'exécution assorti d'astreintes, Altice n'est pas plus fondée à invoquer l'impossibilité ou la difficulté de se conformer aux Injonctions qu'elle ne le serait dans le cadre général de l'examen du respect d'engagements.
115. Les Injonctions, à l'instar des engagements pris par Altice dans le cadre de la Décision d'autorisation, doivent donc s'analyser comme des obligations de résultat.
116. Les Injonctions 1, 2 et 3, qui se réfèrent aux engagements 30 et 31 de la Décision d'autorisation, prévoient néanmoins une cause exonératoire de la responsabilité d'Altice, en cas de « *difficultés d'exécution dûment justifiées* ».

⁴⁵ Décision n° 17-D-04, précitée, paragraphe 187.

117. Il appartient cependant à Altice de démontrer que les difficultés d'exécution auxquelles elle fait face ne lui sont pas imputables, en apportant à cette fin des pièces justificatives. Ainsi, comme le rappelle le Conseil d'État dans son arrêt précité du 28 septembre 2017, les Injonctions, au sujet desquelles les sociétés du groupe Altice « *ne démontrent pas qu'il leur serait matériellement impossible d'effectuer l'ensemble [des] raccordements, si elles décident d'allouer les ressources humaines et financières nécessaires à leur réalisation* », « *réservent le cas de difficultés d'exécution dûment justifiées par ces sociétés* » (soulignement ajouté)⁴⁶.
118. Par conséquent, si dans le processus d'adduction d'un PM donné, Altice a rencontré des difficultés d'exécution et qu'elle a été en mesure, sur la base de pièces justificatives, de démontrer que les difficultés rencontrées ne sont pas de son fait, celles-ci doivent être prises en compte à titre exonératoire de sa responsabilité. Dans de tels cas, l'inexécution ne sera pas comptabilisée au titre du calcul des astreintes (pour les Injonctions 1 et 2 portant sur les ancien et nouveau stocks) et de la détermination des sanctions pécuniaires (pour l'Injonction 3 portant sur les nouvelles commandes) prononcées par l'Autorité.

b) Sur l'inexécution des Injonctions d'adduction

119. Ainsi qu'il ressort du Tableau 3 ci-dessus, le nombre d'adductions réalisé par Altice est très éloigné des paliers de réalisation fixé par l'Autorité. Ainsi, par exemple, près de la moitié des PM de l'ancien stock n'était toujours pas adductée un an après la Décision de non-respect des engagements, alors que l'intégralité de ces PM aurait dû l'être.
120. Une partie des PM non adductés par Altice a pu faire l'objet de difficultés d'exécution dûment justifiées de nature à motiver une exonération de sa responsabilité. Une difficulté d'exécution est considérée comme dûment justifiée lorsqu'Altice a rapporté la preuve d'une difficulté survenue lors du processus d'adduction qui ne lui est pas imputable, en démontrant avoir fait preuve de diligence et mis en œuvre les processus traditionnels à la disposition des opérateurs commerciaux pour y remédier. En cas de difficulté d'exécution dûment justifiée, la suspension des délais d'adduction fixés par les Injonctions s'applique entre « *la date à laquelle la difficulté d'exécution dûment justifiée est déclarée* » et « *la date à laquelle la difficulté d'exécution dûment justifiée disparaît ou est surmontée* »⁴⁷.
121. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire liée à la propagation du Covid-19, a suspendu le cours des astreintes. Plus précisément, le dernier alinéa de l'article 4 de l'ordonnance prévoit que « *[l]e cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1^{er}* », l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-306 définissant la période mentionnée à l'article 4 comme allant du 12 mars 2020 au 23 juin 2020 inclus.
122. En revanche, dans les cas où Altice fait face à des difficultés engendrées par son propre fait, elle ne peut se prévaloir d'une difficulté d'exécution pour s'exonérer de sa responsabilité.

⁴⁶ Point 33 de la décision du Conseil d'État du 28 septembre 2017 précitée.

⁴⁷ La suspension des délais d'adduction a été déterminée sur la base du statut « adduction différée » établi par le mandataire pour l'ensemble des difficultés d'exécution dûment justifiées, à l'exception des difficultés liées aux travaux, qui reposent sur des informations transmises par Altice (voir les paragraphes 334 à 336 du rapport du 15 mars 2022, cote 10802).

123. Tel est le cas des difficultés liées à l'adduction de PM situés dans des immeubles où Altice a la qualité d'« opérateur d'immeuble », dans la mesure où l'accès aux infrastructures installées dans l'immeuble relève précisément de la responsabilité d'Altice. Ainsi, lorsqu'elle est opérateur d'immeuble, Altice ne saurait se prévaloir d'un CR-MAD défectueux ou incomplet pour justifier un retard d'adduction⁴⁸. De même, Altice ne peut pas en principe opposer des refus d'accès par les syndicats de copropriété et les propriétaires pour s'exonérer de sa responsabilité. En effet, en sa qualité d'opérateur d'immeuble, Altice est tenue de mettre en œuvre les mesures nécessaires auprès du syndic ou toute autre personne compétente pour permettre aux autres opérateurs d'accéder à l'immeuble. Si Altice indique avoir mis en œuvre un programme spécifique au dernier trimestre 2019, consistant en l'envoi de négociateurs sur le terrain chargés d'obtenir l'accès aux immeubles auprès des syndicats qui refusent l'adduction, ces mesures auraient dû être appliquées dès le mois de mars 2017, et non plus de deux ans après la Décision de non-respect des engagements⁴⁹.
124. Dans le même sens, dans les cas où Altice a manqué de diligence pour formuler des demandes d'autorisation de travaux, elle ne saurait se prévaloir de l'obtention tardive de ces autorisations pour s'exonérer de sa responsabilité. Tel est le cas des autorisations de travaux à Paris, qui impliquent de mener simultanément trois procédures distinctes auprès des services de la Ville de Paris (DICT⁵⁰, SAP⁵¹ et PMV⁵²). Il apparaît qu'Altice a échelonné dans le temps l'initiation de ces trois procédures, ce qui a contribué à accroître artificiellement les délais liés à l'obtention des autorisations de travaux à Paris. L'Autorité considère donc que ces délais ne sont imputables à des tiers qu'une fois qu'Altice a engagé les trois procédures nécessaires auprès de la Ville de Paris⁵³.
125. Enfin, comme expliqué au paragraphe 117 ci-dessus, la charge de la preuve pesant sur Altice pour s'exonérer de sa responsabilité en cas d'inexécution des Injonctions, l'Autorité a refusé de prendre en considération les difficultés d'exécution alléguées par Altice, lorsque celles-ci n'ont pas été étayées par des pièces justificatives. Tel est en particulier le cas des difficultés liées à l'obtention d'autorisation de travaux qui n'ont pas été documentées par Altice⁵⁴.

⁴⁸ Voir les paragraphes 256 à 263 du rapport du 15 mars 2022, cotes 10784 à 10785.

⁴⁹ Voir les paragraphes 294 à 314 du rapport du 15 mars 2022, cotes 10793 à 10798.

⁵⁰ La « demande DICT », c'est-à-dire la déclaration d'intention de commencement de travaux auprès de l'ensemble des concessionnaires susceptibles d'exploiter les sous-sols de la ville de Paris (réseaux de gaz et d'électricité, autres opérateurs). Le délai maximal de traitement d'instruction de la demande est de 21 jours maximum.

⁵¹ La demande « SAP », qui correspond à la demande d'autorisation de travaux auprès de la section d'assainissement de la ville (SAP). Altice a indiqué que le délai prévisionnel d'obtention de l'autorisation est d'environ huit semaines.

⁵² La demande d'autorisation auprès des services de voirie (ci-après « demande PMV »). Altice a indiqué que les délais de traitement de la dernière étape ne sont pas encadrés.

⁵³ Voir les paragraphes 284 à 293 du rapport du 15 mars 2022, cotes 10790 à 10793.

⁵⁴ Altice n'a pas été en mesure de fournir d'éléments de nature à justifier l'existence de délai spécifique pour l'obtention d'autorisation des travaux faisant appel à des tiers autres que la ville de Paris. En outre, Altice n'a pas fourni d'éléments de suivi sur le déroulement des procédures pour 838 PM sur les 2 240 PM concernés par des travaux à Paris. Pour ces PM, l'Autorité considère qu'il n'est pas possible de prendre en compte les délais relatifs aux travaux en l'absence d'informations détaillées (Voir les paragraphes 282 à 284 du rapport du 15 mars 2022, cote 10790).

126. Le nombre total de PM, pour chacun des périmètres des injonctions d'adduction, qui est concerné par une difficulté d'exécution dûment justifiée non-imputable à Altice s'établit comme suit⁵⁵:

Tableau 6 : PM concernés par une difficulté d'exécution dûment justifiée

	Ancien stock (en nombre de PM concernés)	Nouveau stock (en nombre de PM concernés)	Nouvelles commandes (en nombre de PM concernés)
(i) CR-MAD :			
- indisponibles	sans objet	[...]	[...]
- incomplets	[...]	[...]	[...]
(ii) Problèmes d'interventions à Marseille	[...]	[...]	[...]
(iii) Difficultés liées aux travaux	[...]	[...]	[...]
(iv) Difficultés d'accès	[...]	[...]	[...]
(v) Autres difficultés	[...]	[...]	[...]
(vi) Ordonnance n°2020-306	[...]	[...]	[...]

127. Rapportés aux « cas d'inexécution » qui ont été calculés précédemment au Tableau 3 ci-dessus, les cas d'inexécution qui n'ont pas été dûment justifiés demeurent significatifs et s'élèvent au total à près de 40 %.

Tableau 7 : PM pour lesquels les retards d'adduction sont imputables à Altice⁵⁶

Paliers	Jours cumulés de retard (cas d'inexécution)	Jours cumulés de retard <u>non-imputables à Altice</u> (cas d'inexécution couverts par une exonération)		Jours cumulés de retard <u>imputables à Altice</u> (cas d'inexécution non-couverts par une exonération)	
		(1)	% de (1)	(1) - (2)	% de (1)
<i>Ancien stock</i>					
Palier 1.1	[...]	[...]	3 %	[...]	97 %
Palier 1.2	[...]	[...]	22 %	[...]	78 %
Palier 1.3	[...]	[...]	57 %	[...]	43 %
<i>Nouveau stock</i>					
Palier 2.1	[...]	[...]	5 %	[...]	95 %
Palier 2.2	[...]	[...]	19 %	[...]	81 %
Palier 2.3	[...]	[...]	71 %	[...]	29 %
<i>Nouvelles commandes</i>					
Palier 3.1	[...]	[...]	55 %	[...]	45 %
Palier 3.2	[...]	[...]	58 %	[...]	42 %
Palier 3.3	[...]	[...]	62 %	[...]	38 %
Palier 3.4	[...]	[...]	62 %	[...]	38 %
Palier 3.5	[...]	[...]	72 %	[...]	28 %
Palier 3.6	[...]	[...]	79 %	[...]	21 %
Palier 3.7	[...]	[...]	82 %	[...]	18 %
Palier 3.8	[...]	[...]	86 %	[...]	14 %
Palier 3.9	[...]	[...]	77 %	[...]	23 %
Palier 3.10	[...]	[...]	25%	[...]	75%

⁵⁵ Voir Annexes A (cotes 10695 à 10699).

⁵⁶ Les calculs des jours de retard non-imputables et imputables à Altice ont été modifiés par rapport au tableau figurant sous le paragraphe 338 du rapport du 15 mars 2022, afin de corriger une erreur non-significative relative au calcul de la période de suspension des astreintes au titre de la situation d'urgence sanitaire.

Paliers	Jours cumulés de retard (cas d'inexécution)	Jours cumulés de retard <u>non-imputables à Altice</u> (cas d'inexécution couverts par une exonération)		Jours cumulés de retard <u>imputables à Altice</u> (cas d'inexécution non-couverts par une exonération)	
		(1)	(2)	% de (1)	(1) – (2)
Palier 3.11	[...]	[...]	33%	[...]	67%
Palier 3.12	[...]	[...]	20%	[...]	80%
Palier 3.13	[...]	[...]	15%	[...]	85%
Palier 3.14	[...]	[...]	29%	[...]	71%
TOTAL	[5 000 000 - 10 000]	[1 000 000 – 5 000 000]	61 %	[1 000 000 – 5 000 000]	39 %

128. Il résulte de ce qui précède qu'Altice n'a pas respecté les Injonctions d'adduction 1, 2 et 3 relatives à l'ancien stock, au nouveau stock et aux nouvelles commandes.

3. SUR L'ANALYSE DE L'EXECUTION DE L'INJONCTION DE MAINTENANCE

129. L'engagement 33 avait pour objectif de garantir à Bouygues Telecom la jouissance du réseau qu'elle cofinance dans des conditions opérationnelles. Ainsi, la liste des indicateurs à définir doit permettre de « garantir l'effectivité de cette obligation », c'est-à-dire de vérifier qu'Altice 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.
130. En l'espèce, Altice, Bouygues Telecom et le mandataire sont convenus de retenir quatre indicateurs⁵⁷ ainsi que la cible à atteindre ou le seuil à ne pas dépasser pour chacun d'eux, permettant d'apprécier le niveau de maintenance du réseau cofinancé, comme exposé au paragraphe 92 ci-avant. Seule la cible du premier indicateur (1 bis) portant sur le délai de rétablissement n'a pas fait l'objet d'un consensus entre Altice, Bouygues Telecom et le mandataire.
131. En conséquence, Altice avait l'obligation de respecter l'ensemble de ces indicateurs afin de respecter l'engagement 33 de la Décision d'autorisation pendant toute la durée de l'Injonction 4, soit du mois de mars 2017 au mois d'octobre 2019.
132. Comme exposé précédemment aux paragraphes 94 à 104 ci-dessus, Altice n'a pas respecté les indicateurs relatifs à la maintenance du réseau permettant à Bouygues Telecom d'exploiter pleinement le réseau cofinancé sur la totalité de la période considérée.
133. S'agissant de l'indicateur 1 bis relatif au délai de rétablissement en cas de coupure entre les PM et le nœud de raccordement optique (NRO) auquel ils sont rattachés, quelle que soit la cible retenue (celle définie par Altice, celle de Bouygues Telecom ou celle du mandataire), Altice n'a pas atteint l'objectif de maintenance qui lui était assigné sur toute la période considérée.
134. Ainsi, Altice n'a pas respecté la cible qu'elle s'était elle-même fixée pendant 56 % de la période considérée. De même, Altice n'a pas respecté la cible fixée par Bouygues Telecom pendant 87,5 % de la période. Enfin, si la cible à atteindre de cet indicateur tel que fixé par le mandataire est plus favorable à Altice, elle n'a cependant pas été atteinte pendant 9,4 % de la période.

⁵⁷ Cote 5211.

135. S'agissant de l'indicateur 5 bis relatif à l'objectif de non dépassement des 40° C en entrée d'air des baies optiques, Altice n'a pas respecté cet indicateur pendant 37,5 % de la période.
136. S'agissant de l'indicateur 5 quater relatif au rétablissement dans 100 % des cas du service en moins de 5 heures en cas de coupure de l'alimentation des équipements, Altice n'a pas respecté le seuil de cet indicateur pendant 12,5 % de la période⁵⁸.
137. S'agissant de l'indicateur 4 bis relatif à la disponibilité des équipements, Altice n'a pas respecté ce seuil pendant les mois de mars 2017, juin et septembre 2018, soit pendant plus de 9 % de la période.
138. Le mandataire, dans le cadre de ses rapports trimestriels sur le suivi du respect des engagements, a invité Altice, à plusieurs reprises, à respecter les objectifs fixés dans les indicateurs de maintenance (rapports n° 3, 5 et 6), tout en constatant une tendance à l'amélioration, à compter de novembre 2018. Ce n'est qu'à l'occasion du dernier rapport trimestriel (n° 10) que le mandataire a pu prendre note de la bonne tenue des indicateurs de maintenance « *qui ont tous atteints les seuils fixés pour le deuxième mois consécutif en octobre 2019* ». À cet égard, il est rappelé qu'Altice aurait dû initialement respecter cet engagement à la suite de la Décision d'autorisation.
139. Il résulte de ce qui précède qu'Altice n'a pas respecté l'Injonction 4 prononcée à son encontre par l'Autorité.

B. SUR L'IMPUTABILITE

140. Les Injonctions ayant été prises à l'encontre des sociétés Altice Luxembourg et SFR Group, renommées depuis le 1^{er} mars 2018 Altice France, leur non-respect doit être imputé à ces deux sociétés.

C. SUR LA LEVEE DES INJONCTIONS

141. Il résulte des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations que les entreprises peuvent demander le réexamen des mesures correctives, et notamment des injonctions prononcées par l'Autorité⁵⁹. Elles doivent, à cette fin, adresser à l'Autorité une demande motivée afin de démontrer le bien-fondé de ce réexamen⁶⁰. À l'appui de cette demande, les parties peuvent notamment faire valoir que l'évolution des circonstances de droit ou de fait ayant motivé la décision initiale remet en cause la pertinence des mesures correctives⁶¹.
142. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence du Conseil d'État que l'Autorité dispose, en vertu de l'article L. 430-7 du code de commerce, de la faculté de modifier ou d'abroger les mesures correctives dont sont assorties les décisions autorisant une opération de concentration.

⁵⁸ Le mandataire a relevé que le non-respect du seuil en janvier 2018, septembre 2018 et juin 2019 n'était pas imputable à Altice mais à des causes extérieures.

⁵⁹ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, paragraphe 442.

⁶⁰ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, paragraphe 444.

⁶¹ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, paragraphe 443.

L'Autorité peut, ainsi, réduire ou même supprimer la portée de ces mesures, en fonction de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de l'exécution de celles-ci⁶².

143. Ces principes, dégagés à propos du suivi de l'exécution des mesures correctives prévues à l'article L. 430-7 du code de commerce, sont également applicables au suivi des injonctions prononcées sur le fondement de l'article L. 430-8 du code de commerce, qui poursuivent la même finalité, en ce qu'elles visent à assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés par la décision initiale autorisant l'opération de concentration.
144. Ainsi, il appartient à l'Autorité, notamment lorsqu'elle est saisie d'une demande en ce sens, d'examiner, conformément aux principes rappelés ci-dessus, si les injonctions qu'elle a prononcées sur le fondement de l'article L. 430-8 du code de commerce doivent être maintenues, modifiées ou, le cas échéant, levées.
145. Au cas d'espèce, Altice a demandé le 23 janvier 2019 la levée des injonctions sous astreintes prévues aux paragraphes 429 à 432 de la Décision de non-respect des engagements, en se prévalant, notamment, de la circonstance que ces injonctions seraient désormais dépourvues d'utilité.
146. L'Autorité relève qu'au 13 octobre 2020, date des constatations, le nombre de PM restant à adducter était limité, tant pour l'ancien stock que pour le nouveau stock, ainsi qu'il résulte des données présentées dans le tableau ci-dessous.

Tableau 8 : Statut des PM de l'ancien stock et du nouveau stock au 13 octobre 2020

	Ancien stock	Nouveau stock
Nombre de PM du stock	[5 000 – 10 000]	[5 000 – 10 000]
Nombre de PM adductés	[5 000 – 10 000]	[1000 – 5 000]
PM en adduction différée	[500 – 1000]	[0 – 500]
PM en cours	[0 – 100]	[0 – 100]
PM en suivi de blocage	[0 – 100]	[0 – 100]

Source : annexe A au rapport (cotes 10695 à 10699)

147. L'Autorité considère qu'eu égard à la part très importante des PM adductés, au volume limité des PM non adductés, et à la proportion significative, dans ce volume, des PM pour lesquels le mandataire considère qu'Altice a rencontré une situation de blocage dûment justifiée (PM « *en adduction différée* »), la poursuite de l'exécution des injonctions est dépourvue d'utilité.
148. En conséquence, les Injonctions 1 et 2 doivent être levées à compter de la date de notification de la présente décision.

⁶² Conseil d'État, Assemblée, 21 mars 2016, Sté NC Numéricable, n° 390023, publié au recueil, paragraphe 8 ; Conseil d'État, 28 septembre 2017, Sté Altice Luxembourg, n° 409770, publié au recueil, paragraphe 17.

D. SUR LA LIQUIDATION DES ASTREINTES ET LA DETERMINATION DE LA SANCTION ENCOUREE SUR LE FONDEMENT DU IV DE L'ARTICLE L. 430-8 DU CODE DE COMMERCE

1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES

a) Liquidation des astreintes

149. Aux termes du IV de l'article de l'article L. 430-8 du code de commerce : « *Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut : (...) 2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombaît 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 incombaît l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée (...)* ».
150. Aux termes du II de l'article L. 464-2 du même code, auquel renvoient les dispositions précitées : « *L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe (...) / Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif* ».
151. Enfin, aux termes de l'article R. 430-10 du code de commerce : « *Les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article L. 430-8 sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine / Les astreintes prononcées par l'Autorité de la concurrence en application du même article sont recouvrées dans les mêmes conditions* ».
152. L'astreinte prononcée sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 430-8 du code de commerce doit, dans le silence des textes propres à l'Autorité, et par analogie avec les règles applicables devant les juridictions civiles⁶³ et administratives⁶⁴, être regardée comme une astreinte provisoire. Il n'en va différemment que si la décision qui prononce l'astreinte a précisé son caractère définitif.
153. Il en résulte que, lorsqu'elle procède à la liquidation d'une astreinte provisoire, l'Autorité dispose de la faculté de modérer l'astreinte, voire de la supprimer⁶⁵. Dans l'exercice de son pouvoir de modulation du taux de l'astreinte, l'Autorité tient compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce et, notamment, du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés éventuelles qu'il a rencontrées pour l'exécuter⁶⁶.

⁶³ Article L. 131-2 du code des procédures civiles d'exécution : « (...) *L'astreinte est provisoire ou définitive. L'astreinte est considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif (...)* ».

⁶⁴ Article L. 911-6 du code de justice administrative : « *L'astreinte est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que la juridiction n'ait précisé son caractère définitif (...)* ».

⁶⁵ Voir, par analogie, les dispositions de l'article L. 911-7 du code de justice administrative.

⁶⁶ Voir, par analogie, les dispositions de l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution ; voir également Conseil d'État, 1^{er} avril 2019, n° 405532, mentionné aux tables, et les conclusions de M. Odinet ; Conseil d'État, 4 août 2021, n° 428409, publié au recueil ; Conseil d'État, 29 décembre 2021, n° 442930, inédit.

b) Sanction pécuniaire prononcée sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce

154. Il résulte des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce que, outre les sanctions prévues aux 1° à 3°, l'Autorité peut infliger une sanction pécuniaire aux personnes qui n'ont pas exécuté dans les délais requis une injonction, une prescription ou un engagement.
155. La sanction pécuniaire qui peut être infligée aux entreprises sur le fondement de ces dispositions a un objet purement répressif. Dès lors, l'Autorité n'est pas tenue, pour déterminer le montant de la sanction, de procéder à une analyse des effets des manquements constatés sur l'état de la concurrence⁶⁷.
156. Il lui appartient, en revanche, de proportionner la sanction au regard de la gravité des manquements constatés, appréciée au regard de l'importance des obligations non respectées dans l'ensemble des mesures adoptées afin de remédier aux effets de l'opération de concentration, du comportement de l'entreprise dans la mise en œuvre de ces obligations, et de sa situation particulière⁶⁸.

2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE

157. En premier lieu, s'agissant des injonctions sous astreintes, il convient de rappeler que celles-ci ont été prononcées par l'Autorité en substitution des engagements 30 et 31, portant respectivement sur l'adduction des PM de l'ancien stock et du nouveau stock.
158. Ces engagements, qu'Altice a librement souscrits et qui ont conditionné l'autorisation de l'opération de concentration, faisaient peser sur elle une obligation de résultat. Ainsi qu'il a été dit au paragraphe 115 ci-dessus, il ne saurait en aller différemment des injonctions sous astreinte, prononcées en substitution des engagements méconnus par Altice.
159. Or, il résulte des développements qui précèdent que, pour ce qui concerne tant l'ancien stock que le nouveau stock, Altice n'a pas respecté le rythme d'adduction prévu par la Décision de non-respect des engagements et n'est pas parvenue à adducter l'intégralité des PM dans le délai total de douze mois qui lui était imparti.
160. En outre, si l'impossibilité de procéder à l'adduction des PM dans les délais prescrits résulte, dans certains cas, de difficultés d'exécution dont Altice a dûment justifié, les cas d'inexécution imputables à cette entreprise représentent une part significative du total des PM non adductés dans les délais, ainsi qu'il résulte du Tableau 7 ci-dessus. Altice a, ainsi, méconnu de façon importante et durable les obligations qui pesaient sur elle en vertu des injonctions sous astreinte prononcées par l'Autorité.
161. Il doit néanmoins être relevé qu'Altice s'est progressivement rapprochée de l'objectif qui lui était fixé et que des pics d'adduction ont été constatés entre décembre 2019 et février 2020, soit vers la fin de la période considérée, ainsi qu'il résulte des paragraphes 81 et 83 de la présente décision. Par ailleurs, ainsi qu'il a été relevé ci-avant (voir paragraphe 146) le nombre de PM non adductés à la date du 13 octobre 2020 apparaît résiduel.

⁶⁷ Conseil d'État, 7 novembre 2019, société Fnac Darty, n° 424702, publié au recueil, points n° 8 et 10.

⁶⁸ Même arrêt.

162. Par ailleurs, l'avenant au contrat Faber conclu le 5 décembre 2018, traduit la volonté d'Altice de se rapprocher de Bouygues Telecom, principal bénéficiaire des engagements souscrits en 2014, afin d'intégrer au contrat lui-même des mécanismes s'inspirant de ceux mis en place dans ces engagements, puis repris par les injonctions, et poursuivant le même objectif.
163. Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de supprimer les astreintes prononcées dans la Décision de non-respect des engagements. Il convient, en revanche, d'en modérer le taux afin de tenir compte des circonstances exposées ci-dessus.
164. En second lieu, les Injonctions 3 et 4 prononcées par l'Autorité visaient à remédier à la méconnaissance, par Altice, des engagements 31 et 33 portant, respectivement, sur l'adduction du nouveau stock et sur la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat Faber, dans les conditions prévues par celui-ci.
165. Dans sa Décision de non-respect des engagements, confirmée par le Conseil d'État, l'Autorité avait relevé que les manquements à ces engagements « *ont été particulièrement graves et ont, dans une large mesure, vidé de leur portée les engagements acceptés dans la décision [n° 14-DCC-160]* »⁶⁹. En effet, au même titre que l'engagement 30, ces engagements, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État, « *étaient au cœur du dispositif des engagements ayant pour objet de prévenir un déséquilibre concurrentiel* » sur les marchés affectés par l'opération de concentration. En outre, ces engagements répondaient « *à des enjeux concurrentiels majeurs dans la mesure où ils devaient mettre la société Bouygues Telecom à même de maintenir une concurrence suffisante, par les infrastructures, sur ces marchés* »⁷⁰.
166. Or il résulte des développements qui précèdent que tant l'Injonction 3, portant sur les adductions commandées trimestriellement par Bouygues Telecom postérieurement au mois de juillet 2016, que l'Injonction 4, portant sur la maintenance de l'infrastructure FttH relevant du contrat Faber, n'ont pas été respectées.
167. S'agissant de l'Injonction 3, il ressort du Tableau 7 ci-dessus que les manquements d'Altice sont importants dans la mesure où le délai imparti à l'entreprise pour exécuter ses obligations n'a jamais été respecté au cours de la période concernée par l'injonction et où, dans de très nombreux cas, Altice n'a pas été en mesure d'apporter la preuve de difficultés d'exécution.
168. S'agissant de l'Injonction 4, les indicateurs relatifs, respectivement, au délai de rétablissement en cas de coupure entre les PM et le nœud de raccordement optique, à la température maximale admise au niveau des nœuds de raccordement optique, au délai de rétablissement du service en cas de coupure de l'alimentation des équipements actifs et, enfin, à la disponibilité des équipements, font apparaître que les obligations d'Altice liées à la maintenance, telles qu'elles découlent de l'injonction, n'ont été qu'en partie respectées.
169. Il y a lieu, dès lors, d'infliger à Altice, sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, une sanction pécuniaire au titre du non-respect des injonctions prononcées sans astreinte par la décision n° 17-D-04.
170. Au titre de l'appréciation de la gravité du manquement et du comportement d'Altice, il doit être tenu compte de la place importante qu'occupaient les mesures en cause dans le dispositif global des engagements proposés par Altice en 2014 et de la circonstance que le non-respect des injonctions sans astreinte constitue un « manquement sur manquement », dans la mesure

⁶⁹ Décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017, paragraphe 419.

⁷⁰ Conseil d'État, 28 septembre 2017, société Altice Luxembourg, n° 409770, publié au recueil, paragraphe 27.

où ces injonctions ont précisément été prononcées en vue de remédier à l'inexécution des engagements 31 et 33. En outre, si l'inexécution de l'Injonction 4 n'a été constatée que sur certaines périodes, ainsi qu'il résulte des paragraphes 129 à 139 de la présente décision, Altice a en revanche méconnu de façon grave et persistante ses obligations au titre de l'Injonction 3, portant sur les nouvelles commandes.

171. Au vu de l'ensemble de ces éléments, et dans le respect des termes de la transaction, il y a lieu de prononcer une sanction globale de 75 millions d'euros au titre de la liquidation des astreintes et de la sanction pécuniaire infligée en raison du non-respect des Injonctions 3 et 4.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Altice Luxembourg et Altice France ont méconnu leurs obligations résultant des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017.

Article 2 : Il est infligé, au titre des manquements visés à l'article 1^{er}, une sanction de 75 millions d'euros, solidairement aux sociétés Altice Luxembourg et Altice France.

Article 3 : Les injonctions sous astreintes prononcées par l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 sont levées à compter de la notification de la présente décision.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Géraldine Rousset, M. Philippe Couton, M. Antoine Pidancet et M. Jean-Christophe Thiebaud, rapporteurs, et l'intervention de M. Étienne Chantrel, rapporteur général adjoint, par M. Benoît Cœuré, président, Mme Fabienne Siredey-Garnier, Mme Irène Luc, M. Emmanuel Combe et M. Henri Piffaut, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Le président,

Caroline Orsel

Benoît Cœuré

© Autorité de la concurrence