

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N° 409771

SOCIETE ALTICE LUXEMBOURG
SOCIETE SFR GROUP

Ordonnance du 27 avril 2017

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 13 avril 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Altice Luxembourg et la société SFR Group demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

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

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

Les sociétés requérantes soutiennent que :

- la condition d'urgence est remplie dès lors que les délais que la décision contestée prévoit pour mettre en œuvre les injonctions qu'elle définit sont manifestement impossibles à respecter, que les astreintes dont ces injonctions sont assorties seront donc nécessairement liquidées et qu'il en résultera une atteinte grave à leur situation financière, qu'enfin l'Autorité de la concurrence sera conduite à prononcer de nouvelles sanctions, sans qu'aucun intérêt public ne fasse par ailleurs obstacle à la suspension demandée ;

- il existe un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée, dès lors que l'Autorité de la concurrence a interprété de façon erronée le « contrat Faber » du 9 novembre 2010, qu'elle a méconnu la portée des engagements souscrits pour l'opération de concentration autorisée le 30 octobre 2014, qu'elle a méconnu le principe de légalité des délits et des peines et son corollaire, le principe d'interprétation stricte des textes en matière répressive, dans la mesure où la décision contestée va au-delà des engagements souscrits pour l'opération de concentration, qu'elle a commis plusieurs erreurs d'appréciation en estimant qu'elles n'avaient pas justifié de façon précise les difficultés rencontrées, que le taux d'échec sur les adductions pouvait être regardé comme particulièrement élevé entre le 31 août 2016 et la fin du mois d'octobre 2016,

qu'elles auraient dû conclure avec la société Bouygues Telecom un avenant au « contrat Faber », qu'elles n'ont pas respecté le délai de trois mois prévu pour les commandes et avaient réalisé, au 30 octobre 2016, moins de la moitié des adductions des points de mutualisation commandés et qu'elles n'ont pas respecté leurs obligations de maintenance, qu'elle a commis une erreur de droit, dès lors que les injonctions au titre du 3° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce ne peuvent pas bénéficier à un concurrent en particulier, qu'elle a prononcé une sanction disproportionnée, en dernier lieu, qu'elle a omis de plafonner les astreintes ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

1. Par une décision n° I4-DCC-160 du 30 octobre 2014, l'Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle exclusif de la société SFR par la société Numericable, filiale du groupe Altice. Cette autorisation était subordonnée à la réalisation effective de plusieurs engagements, en particulier d'un engagement relatif à l'accord de co-investissement dans la fibre optique en zone très dense signé entre SFR et Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, dit « contrat Faber ». Par ce contrat, SFR et Bouygues Telecom décidaient de construire une infrastructure, concurrente de celle de la société Numericable qui repose sur la technologie du câble coaxial, pour la fourniture d'un accès internet à très haut débit. Ce contrat couvrait, d'une part, le déploiement d'un réseau horizontal en fibre optique et, d'autre part, le raccordement de ce réseau aux points de mutualisation (ou « adduction »). Selon les termes du contrat, toutes les prestations devaient être réalisées par SFR pour le compte des deux opérateurs signataires du contrat. Dès lors que l'entité issue de l'opération de concentration avait la capacité d'empêcher Bouygues Telecom de déployer sa propre infrastructure en fibre optique en gelant les travaux de raccordement au réseau construit en commun avec SFR, les sociétés Altice et Numericable se sont engagées, en premier lieu, à réaliser sous deux ans les adductions prévues au contrat Faber pour l'ensemble des points de mutualisation livrés à la date de la décision de l'Autorité autorisant l'opération (engagement 30), en deuxième lieu, à réaliser dans un délai de trois mois, sauf difficultés d'exécution dûment justifiées, les adductions commandées par Bouygues Telecom pour les immeubles pour lesquels les points de mutualisation seraient livrés après la date de la décision de l'Autorité (engagement 31), et, enfin, à assurer la maintenance de l'infrastructure du réseau relevant du contrat Faber de manière transparente et non-discriminatoire vis-à-vis de Bouygues Telecom (engagement 33).

2. Par une décision n° 15-SO-14 du 5 octobre 2015, l'Autorité s'est saisie d'office des conditions dans lesquelles Altice et Numericable-SFR mettaient en œuvre les engagements annexés à la décision du 30 octobre 2014 relatifs au contrat Faber, à la suite de plusieurs plaintes de la société Bouygues Télécom. Par la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, l'Autorité de la concurrence a constaté l'inexécution des engagements 30, 31 et 33 et décidé d'infliger aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group une sanction pécuniaire de 40 millions d'euros assortie de plusieurs injonctions. En ce qui concerne l'engagement 30, l'Autorité a enjoint aux sociétés Altice Luxembourg et SFR Group « de respecter la décision d'autorisation en procédant, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de la présente décision, à l'adduction de

l'ensemble des points de mutualisation livrés à la date d'effet de la décision n° 14-DCC-160 et non effectivement adductés (le « stock »), sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées ». En ce qui concerne l'engagement 31, l'Autorité a enjoint aux deux mêmes sociétés « de respecter la décision d'autorisation en procédant, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de la présente décision, à l'adduction de l'ensemble des points de mutualisation, commandés par Bouygues Telecom en juillet 2015, octobre 2015, janvier 2016, avril 2016 et juillet 2016 et non effectivement adductés (le « nouveau stock »), sauf difficultés d'exécution qui devront être dûment justifiées ». L'Autorité a assorti ces deux injonctions d'astreintes, applicables de façon progressive à l'expiration d'un délai de six mois courant à compter de la date de notification de sa décision de sanction. En ce qui concerne l'engagement 33, l'Autorité a enjoint aux deux sociétés « de respecter la décision d'autorisation en assurant la maintenance de l'infrastructure [du réseau] relevant du contrat Faber dans les conditions prévues par celui-ci ». Enfin, l'Autorité a enjoint aux sociétés de nommer un mandataire *ad hoc* chargé du suivi et du contrôle de la mise en œuvre des injonctions et d'instituer un comité de pilotage dédié au suivi de cette mise en œuvre.

3. Les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group demandent la suspension de la décision n° 17-D-04 de l'Autorité du 8 mars 2017, qui leur a été notifiée le 13 mars.

4. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ». Aux termes de l'article L 522-3 du même code : « *Lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence (...) le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L 522-1* ».

5. L'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. L'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

6. D'une part, il n'est pas allégué que la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité aux sociétés requérantes serait de nature à porter une atteinte grave à leur situation financière ou économique et qu'une urgence serait ainsi caractérisée. D'autre part, ainsi qu'il a été dit au point 2 ci-dessus, les astreintes dont sont assorties deux des injonctions prononcées par la décision contestée ne sont susceptibles d'être liquidées, de façon progressive, qu'à l'expiration d'un délai de six mois courant à compter du 13 mars 2017, pendant lequel le Conseil d'Etat, statuant au contentieux prévoit au demeurant de se prononcer sur la demande d'annulation de la sanction litigieuse dont les sociétés requérantes l'ont par ailleurs saisi. Contrairement à ce qui est soutenu, elles ne sauraient donc, en tout état de cause, pas plus que les éventuelles sanctions supplémentaires que l'Autorité pourrait, selon les sociétés requérantes, être conduite à prononcer, porter atteinte de manière grave et immédiate à leur situation, notamment financière, dans des conditions qui permettraient au juge des référés de faire usage des pouvoirs qu'il tient des dispositions précitées de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

7. Il résulte de ce qui précède que, la condition d'urgence n'étant pas remplie, il y a lieu de rejeter la requête par laquelle les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group demandent la suspension de l'exécution de la décision n° 17-D-04 de l'Autorité de la concurrence du 8 mars 2017 selon la procédure prévue par l'article L. 522-3 du code de justice administrative, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

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

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Altice Luxembourg et à la société SFR Group.

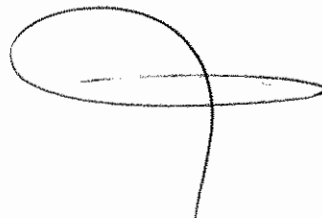
Copie en sera adressée à l'Autorité de la concurrence.

Fait à Paris, le 27 avril 2017

Signé : Alain Ménéménis

Pour expédition conforme,

Le secrétaire,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop at the top, followed by a horizontal line, and a vertical line extending downwards from the center of the horizontal line.

Agnès Micalowa