

N° 401059
Société Altice Luxembourg
et Numéricable-SFR

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies
Séance du 1^{er} mars 2017
Lecture du 31 mars 2017

CONCLUSIONS

Vincent DAUMAS, rapporteur public

Par sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l'Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle de SFR par le groupe Altice, sous réserve de l'exécution de plusieurs engagements dont l'un concerne le marché de la téléphonie mobile dans l'Océan Indien, à La Réunion et à Mayotte. A La Réunion et à Mayotte, l'opération de concentration avait pour effet de réunir sous un même contrôle les filiales de SFR et d'Altice actives sur ce marché, c'est-à-dire, respectivement, la société réunionnaise du radiotéléphone (ci-après, la SRR) et la société Outremer Telecom (ci-après, OMT). Ces deux opérateurs représentaient ensemble, à La Réunion, plus des deux tiers du marché et à Mayotte, la quasi-totalité, face à un unique concurrent, le groupe Orange.

Pour prévenir les effets anticoncurrentiels horizontaux qui résulteraient de la concentration, l'Autorité de la concurrence a repris dans sa décision un engagement 2.1 par lequel la partie notifiante, c'est-à-dire Altice, s'est engagée à céder l'activité de téléphonie mobile d'OMT – donc l'activité de sa filiale dans l'Océan Indien. Cet engagement était structuré en cinq volets, prévoyant respectivement le principe d'une cession (point 2.1.1), la définition du périmètre de l'activité cédée (point 2.1.2), des engagements comportementaux liés à cette cession (point 2.1.3), l'approbation de l'acquéreur par l'Autorité (point 2.1.4) et la nomination d'un mandataire chargé de réaliser la cession en cas d'échec de la vente sous la responsabilité d'Altice (point 2.1.5).

Dans le cadre des engagements comportementaux, Altice s'était plus particulièrement engagée, durant toute la période précédant la cession, à préserver « la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'Activité cédée Outre-mer » ainsi qu'à faire « ses meilleurs efforts pour éviter tout risque de perte de compétitivité de l'Activité cédée », ce qui impliquait, en particulier, de « ne pas mener d'actions sous sa propre responsabilité qui produiraient un effet négatif significatif sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'Activité cédée Outre-mer, ou qui pourraient altérer la nature et le périmètre de l'Activité cédée Outre-mer, ou la stratégie commerciale de l'Activité cédée Outre-mer » (point 2.1.3.1).

Après l'entrée en vigueur de ces engagements, et avant la cession, OMT a procédé, durant les derniers mois de 2014 et le 1^{er} janvier 2015, à plusieurs augmentations des prix de ses forfaits mobiles à La Réunion et à Mayotte. Par une décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016, l'Autorité de la concurrence, après avoir sollicité l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), a constaté l'inexécution de l'engagement 2.1.3.1 lié à la cession des activités de télécommunication mobile d'OMT à La Réunion et à Mayotte et elle a infligé solidairement aux sociétés Altice Luxembourg et Numericable-SFR une sanction pécuniaire de 15 millions d'euros.

Les sociétés ainsi sanctionnées vous demandent l'annulation ou à défaut la réformation de cette décision. Le cadre général de votre contrôle a été posé par votre décision d'assemblée « *Canal Plus I* » (CE assemblée, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, n° 353856, au Recueil). Il en résulte notamment que vous statuez en tant que juge de plein contentieux sur les recours dirigés contre les sanctions prises par l'Autorité de la concurrence sur le fondement des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, en cas de méconnaissance des conditions auxquelles est subordonnée une autorisation de concentration.

1. Le premier moyen de la requête, qui est aussi le plus intéressant, est tiré d'une méconnaissance du délai imparti à l'Autorité de la concurrence pour statuer.

Le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce prévoit les pouvoirs dont dispose l'Autorité pour sanctionner une méconnaissance des conditions auxquelles est subordonnée une autorisation de concentration. Son dernier alinéa énonce : « L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés ».

Les sociétés requérantes soutiennent que ce délai a été méconnu, en faisant valoir que son point de départ doit être fixé à la date à laquelle l'Autorité s'est autosaisie de possibles manquements aux engagements prévus dans la décision n° 14-DCC-160. L'Autorité, en défense, soutient au contraire que le point de départ de ce délai doit être la séance tenue devant son collègue, au cours de laquelle les manquements allégués ont été examinés par ce dernier.

1.1. Vous comprenez que le débat porte sur le point de départ du délai en question. Il soulève une question délicate, dès lors que la loi n'en dit absolument rien et que ses travaux préparatoires ne sont pas plus diserts.

Rappelons le déroulement de la procédure applicable devant l'Autorité, telle qu'elle résulte de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 430-8 du code de commerce et du renvoi qu'il opère au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et à l'article L. 463-7 du même code. L'étape qui suit la décision de saisine d'office, prise par le collègue, est la désignation d'un rapporteur par le rapporteur général et la réalisation d'investigations sous l'autorité de ce dernier. Au terme de ces investigations, un rapport est établi, qui est notifié aux parties (article L. 463-2, 2^o alinéa) par le rapporteur général (art. R. 463-11). Les parties disposent de quinze jours ouvrés pour présenter leurs observations sur ce rapport (art. L. 430-8, IV, avant-dernier alinéa). Une audience non publique est ensuite organisée, à l'occasion de laquelle les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et à l'issue de laquelle le collègue délibère

(art. L. 463-7). Si l'Autorité constate l'inexécution de tout ou partie des conditions de l'autorisation de concentration, elle peut retirer cette autorisation, prononcer des injonctions ou infliger une sanction pécuniaire.

Disons immédiatement que nous excluons le point de départ défendu par les sociétés requérantes, essentiellement pour deux raisons : la première est que le texte de l'article L. 430-8 ne contient absolument aucune référence à la décision par laquelle l'Autorité décide de s'autosaisir de possibles manquements ; la seconde est qu'un tel point de départ serait extrêmement inopportun compte tenu des délais d'enquête qui peuvent être nécessaires à l'établissement de ces manquements – la présente affaire est relativement simple mais l'on ne peut pas dire qu'elle soit représentative des difficultés auxquelles peut être confrontée l'Autorité¹.

Au vu des dispositions de l'article L. 430-8 du code de commerce, il nous semble que trois points de départ sont envisageables : la notification du rapport aux parties par le rapporteur général ; le dépôt par les parties des observations que suscite ce rapport ; la date de la séance au cours de laquelle le collège examine l'affaire.

Cette dernière date, qui paraît correspondre à la pratique décisionnelle de l'Autorité, peut se défendre. Ce n'est en effet qu'au terme de la séance, après avoir entendu les éventuelles observations orales des parties, que le collège de l'Autorité a toutes les cartes en main pour prendre sa décision. Un délai de 75 jours ouvrés, soit environ trois mois et demi, partant de cette séance peut paraître long, c'est vrai, mais il n'est pas non plus déraisonnable. Nous fait renoncer à cette solution, toutefois, la circonstance qu'aucune disposition n'encadre la fixation de la date de la séance par l'Autorité. Retenir ce point de départ reviendrait donc à laisser à l'Autorité le choix de la date à partir de laquelle court le délai prévu par la loi – ce qui serait étrange.

La date à laquelle le rapport est notifié aux parties est à cet égard plus satisfaisante car elle ne dépend pas du collège de l'Autorité mais des diligences du rapporteur général, qui dirige de manière autonome les services d'instruction de l'Autorité, compte tenu de la séparation prévue par la loi entre ces services d'instruction et le collège (article L. 461-4 du code de commerce).

Enfin, il nous semble pertinent de ne faire partir le délai qu'au terme de l'étape contradictoire organisée par la loi, c'est-à-dire au terme du délai de quinze jours ouvrés dont les parties disposent pour présenter leurs observations sur le rapport ou, si elles ont répondu plus tôt, à compter de la date de dépôt de leurs observations. Ce point de départ nous paraît plus objectif que la date de la séance et il revient à ne faire courir le délai qu'à partir du moment où l'Autorité dispose des éléments indispensables à l'élaboration de sa décision – le rapport des services d'instruction et, le cas échéant, les observations présentées par les parties mises en cause.

¹ Pour en avoir un aperçu, on peut se reporter à l'affaire « Canal Plus I » (n° 353856, précitée). Etait en cause le respect de 10 des 59 engagements proposés par les parties et repris par l'Autorité dans sa décision d'autorisation de la concentration, dont beaucoup posaient des questions complexes.

Si vous nous suivez, cela ne suffira pas à écarter le moyen soulevé car si le délai courait du jour du dépôt de leurs observations par les sociétés requérantes, il a été méconnu. Ces observations ont en effet été produites le 7 décembre 2015 alors que la décision de l'Autorité est intervenue le 19 avril 2016, environ trois semaines au-delà du terme du délai de 75 jours ouvrés.

1.2. Ce qui pose la question de la sanction d'une méconnaissance du délai prévu par le dernier alinéa de l'article L. 430-8 du code de commerce. Cette seconde question n'est pas moins délicate que la première car là encore, le texte est absolument muet...

Comme l'Autorité de la concurrence le souligne avec raison en défense, votre jurisprudence est orientée en ce sens que les délais impartis à l'administration par des dispositions législatives ou réglementaires pour prendre une décision ne sont pas, en principe, impartis à peine d'illégalité de sa décision (CE 15 novembre 2006, Syndicat des membres de l'inspection générale des affaires sociales, n° 294420, aux tables du Recueil ; CE 6 mars 2006, Union des industries utilisatrices d'énergie, n° 267976, inédite au Recueil). Il n'en va différemment que si vous estimez être en présence d'une garantie (voir par exemple CE section, 27 avril 2011, M. J..., n° 335370, au Recueil, à propos du délai impartit à l'administration pour accepter une démission).

En l'occurrence, en l'absence de toute indication en ce sens figurant dans la loi ou dans ses travaux préparatoires, nous sommes réticent à voir dans le délai fixé par le législateur une garantie donnée aux opérateurs dont le comportement est mis en cause devant l'Autorité. Bien sûr, il n'est pas illégitime que ces opérateurs soient fixés dans un délai raisonnable sur le point de savoir si, oui ou non, ils encourent une sanction à raison de manquements allégués aux obligations auxquelles était subordonnée l'autorisation de concentration dont ils ont bénéficié – surtout quand la sanction qui peut les frapper est aussi massive que celle consistant en un retrait de cette autorisation. Mais d'un autre côté, le législateur a pu tout aussi bien instituer ce délai non dans l'intérêt des entreprises mises en cause mais dans celui de l'ordre public économique, en faisant peser sur l'Autorité une obligation de diligence dans la sanction de tels manquements – les requérantes l'admettent d'ailleurs dans leur mémoire en réplique. Si tel est le cas, il serait paradoxal que la méconnaissance du délai ait pour conséquence l'annulation de la décision de sanction.

Il y a matière, sur cette seconde question aussi, à hésiter. Mais si le législateur avait eu l'intention d'instaurer une garantie, il est permis de penser qu'il aurait pris le soin, à tout le moins, d'énoncer avec une précision suffisante le point de départ du délai de 75 jours – ce qu'il n'a pas fait, nous l'avons vu. Nous vous proposons de juger que ce délai n'est pas impartit à peine d'irrégularité de la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence.

Précisons que nous n'avons trouvé aucun délai qui s'appliquerait aux décisions de même nature que la Commission européenne peut prendre dans son rôle d'autorité chargée du contrôle des concentrations de dimension européenne².

² Voir le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Si vous nous suivez, vous écarterez le premier moyen de la requête.

1.3. Les requérantes greffent sur ce premier moyen une argumentation distincte, tirée d'une violation des droits de la défense « et, en particulier, l'équilibre des droits des parties ». Si nous comprenons bien leur argumentation, elles voudraient vous voir dégager une règle de parallélisme entre le délai de 15 jours octroyé aux parties pour présenter des observations sur le rapport et celui de 75 jours imparti à l'Autorité pour statuer : lorsque l'Autorité dépasserait le second, elle devrait accorder un délai supplémentaire aux parties pour présenter de nouvelles observations. Vous écarterez cette argumentation, pour le moins tortueuse, en l'absence de toute méconnaissance des droits de la défense et, plus particulièrement, du délai de 15 jours prescrit par la loi.

2. Les moyens soulevés pour contester le bien-fondé de la décision attaquée sont nombreux, et l'argumentation présentée à leur appui volumineuse. Nous ne nous attarderons que sur ceux qui paraissent le mériter, en restant aussi synthétique que possible.

2.1. Les requérantes contestent, en premier lieu, la lecture faite par l'Autorité des engagements qui s'imposaient à elles en vertu de la décision autorisant la concentration.

Selon elles, le point 2.1.3.1 des engagements ne pouvait être lu comme un engagement autonome, distinct de l'engagement de cession de l'activité d'OMT. Et dès lors que cette cession a bien eu lieu le 31 juillet 2015 et qu'elle a été approuvée par l'Autorité de la concurrence, celle-ci ne pouvait plus, ensuite, remettre en cause la bonne exécution de l'engagement souscrit. C'est le sens des moyens tirés d'une inexacte interprétation des engagements, de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines d'où découle celui d'interprétation stricte des engagements, et de méconnaissance de la chose décidée que soulèvent les requérantes.

Nous n'éprouvons aucune hésitation à écarter ces moyens.

Certes, les prescriptions comportementales figurant au point 2.1.3.1 des engagements étaient intimement liées à l'engagement de cession de l'activité d'OMT. Mais il s'agissait bien d'engagements autonomes. Non seulement leur lettre est très clairement en ce sens mais en outre, cela découle de la fonction même que joue ce type d'engagement dans le système de remèdes prescrit par l'Autorité de la concurrence : il s'agit de garantir que les parties à l'opération de concentration ne profitent pas du laps de temps précédant la cession pour dégrader, d'une manière ou d'une autre, le potentiel concurrentiel de l'activité qu'elles se sont engagées à céder. La circonstance que la cession ait bien eu lieu démontre seulement que ce potentiel n'a pas été atteint au point de priver de tout intérêt l'acquisition de l'activité en question. Elle n'implique pas que ce potentiel a été intégralement préservé comme les parties s'y étaient engagées.

Quant à la décision d'approbation de la cession, elle ne préjugait pas de la question du respect par les sociétés requérantes de l'engagement 2.1.3.1. L'Autorité de la concurrence a simplement vérifié que la cession respectait le périmètre défini par l'engagement de cession ainsi que la condition de stricte séparation des activités cédées de celles conservées par OMT, et que le cessionnaire présentait les garanties nécessaires.

Dans le même registre, les requérantes contestent la lecture faite par l'Autorité du point 2.1.3.1 des engagements, d'où elle aurait dégagé à tort un « sous-engagement » autonome consistant à maintenir la compétitivité des activités cédées. Selon les requérantes, il y avait lieu de faire une lecture globale de l'obligation de préserver « la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'activité cédée », de sorte que la dégradation d'un seul de ces indicateurs ne traduirait pas nécessairement une méconnaissance des engagements. Mais là non plus, le libellé même des engagements souscrits ne va pas dans leur sens puisqu'il énonce clairement une triple obligation. L'Autorité n'a donc pas inexactement interprété ces engagements en en déduisant une obligation distincte de maintenir la compétitivité de l'activité cédée.

2.2. Les requérantes soutiennent, en deuxième lieu, que l'Autorité a commis une erreur de qualification juridique des faits en retenant l'existence d'un manquement à l'obligation d'éviter tout risque de perte de compétitivité.

Comme l'Autorité de la concurrence le fait valoir en défense, l'existence du risque pris par OMT en procédant aux augmentations tarifaires à l'origine du litige n'est pas réellement contestée. Les parties argumentent, pour l'essentiel, en faisant valoir que ce risque était calculé et qu'il ne s'est pas traduit, dans les faits, par une perte de compétitivité. Elles soulèvent incidemment, au fil de leur argumentation, différentes erreurs d'appréciation ou erreurs de droit critiquant l'analyse de l'Autorité, dont aucune ne nous paraît fondée. Signalons, notamment, que l'Autorité de la concurrence ne s'est pas abstenue d'analyser l'amélioration qualitative des offres d'OMT dont les prix avaient été revus à la hausse – notamment en ce qui concerne l'augmentation des plafonds de consommation de l'Internet mobile ; au contraire, l'Autorité a apporté suffisamment d'éléments pour démontrer que ces améliorations ne correspondaient pas à la demande émanant des clients d'OMT.

Nous n'avons aucun doute, au terme de l'instruction, que ces augmentations tarifaires ont bien fait peser un risque sur la compétitivité d'OMT, tant en termes de prix que d'image. Elles ont concerné une part substantielle de ses clients – plus de 26 000 sur 66 000. Elles se sont traduites, en termes relatifs, par des hausses importantes des prix de plusieurs forfaits – de 17 à 60 % selon les forfaits considérés. Et, circonstance très inhabituelle que n'a pas manqué de souligner l'ARCEP dans l'avis qu'il a rendu dans ce dossier à la demande de l'Autorité de la concurrence, ces hausses ont concerné non seulement les abonnements nouvellement souscrits mais aussi les abonnements en cours. De la sorte, les clients d'OMT se voyaient offrir une possibilité de résilier leur abonnement et de passer à la concurrence, ce qu'un certain nombre d'entre eux ont fait, comme le révèle la nette hausse du taux de résiliation constaté sur les contrats en cours dans les premiers mois de 2015. Et il n'est guère douteux que l'image d'OMT en a été affectée, ou à tout le moins qu'un risque a été pris à cet égard, dès lors que cet opérateur s'était positionné essentiellement sur des offres à faible coût.

Terminons sur ce point en indiquant qu'à nos yeux, l'Autorité n'avait pas à procéder à une appréciation globale des effets des hausses tarifaires pratiquées par OMT, en recherchant si, au regard des différents critères de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée, le bilan « net » n'était pas positif. L'engagement était clair et exigeait de veiller au maintien de ces trois indicateurs. En tout état de cause, si les requérantes soutiennent que les hausses tarifaires pratiquées étaient nécessaires pour préserver la viabilité économique et la valeur marchande de l'activité cédée, quitte à prendre un risque au regard de sa compétitivité, elles ne l'établissent pas.

2.3. Les requérantes soutiennent encore, en troisième lieu, que l'Autorité a commis une erreur de qualification juridique des faits en retenant l'existence d'un manquement à l'obligation de ne pas altérer la stratégie commerciale d'OMT.

Ce moyen, assorti lui aussi de contestations de fait périphériques, qui ne sont pas sérieusement argumentées, n'est pas davantage fondé que le précédent. Nous l'avons dit, OMT avait adopté une stratégie de conquête du marché de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte en proposant des prix sensiblement inférieurs à ceux de ses concurrents. Les hausses tarifaires intervenues ont modifié ce positionnement, en réduisant nettement et parfois en faisant disparaître l'écart de prix par rapport aux offres concurrentes. Les faits relevés par l'Autorité caractérisent bien un manquement à l'obligation de ne pas altérer la stratégie commerciale d'OMT.

2.4. Par un dernier groupe de moyens, les requérantes contestent le caractère proportionné de la sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence.

Une première contestation porte sur le mode de calcul du plafond de la sanction pécuniaire défini au I de l'article L. 430-8 du code de commerce. Pour les personnes morales, il est fixé à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France la partie acquise. Dès lors que l'opération de concentration autorisée par l'Autorité consistait en une prise de contrôle de SFR par le groupe Altice, il existait bien une « partie acquise » qui était SFR – à la différence d'une opération consistant en une fusion ou la création d'une entreprise commune. L'Autorité n'a donc pas commis d'erreur de droit en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé en France par SFR. Par ailleurs, si les requérantes soutiennent que l'Autorité aurait comptabilisé deux fois le chiffre d'affaires de SFR pour le mois de décembre 2014, cette erreur de calcul, à la supposer établie, n'aurait qu'une faible incidence sur le calcul du plafond. Le montant de la sanction lui resterait toujours très significativement inférieur – de l'ordre de 2,5 % du plafond.

Les requérantes contestent ensuite la gravité des manquements qui leur sont reprochés, et leurs effets sur la situation concurrentielle.

L'engagement méconnu est de nature comportementale, soit, mais il avait pour objet de garantir l'efficacité d'un engagement structurel. Il est inexact d'affirmer que ces manquements n'ont eu aucun effet sur la concurrence dès lors que la cession des activités d'OMT prévue par les engagements a pu être effectivement réalisée. La cession a en effet pu porter, nous l'avons dit, sur une activité dont les capacités concurrentielles ont été dégradées – notamment à cause du brouillage de l'image construite jusqu'alors par OMT auprès de ses clients actuels ou potentiels. Quant à la durée des manquements, l'Autorité a eu raison de relever, à l'appui de son appréciation de leur gravité, que s'ils avaient été rapidement corrigés à la suite de sa décision de se saisir des faits, ils étaient intervenus sur une période charnière, comprise entre l'entrée en vigueur des engagements et la cession de l'activité de téléphonie mobile d'OMT – et de surcroît aux mois de décembre et janvier, qui correspondent à une période d'activité importante sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Nous croyons, compte tenu de la nature et de l'ampleur des hausses tarifaires auxquelles OMT a procédé, dont les effets ont persisté postérieurement à leur annulation en février et mars 2015, que les manquements à l'engagement 2.1.3.1 relevés par l'Autorité peuvent être qualifiés de graves et qu'ils ont eu pour conséquence de produire une partie des effets que cet engagement avait pour objet de prévenir. Alors que cet engagement se trouvait au cœur du dispositif des mesures correctives prévues par la décision d'autorisation concernant le marché de la téléphonie mobile sur les îles de La Réunion et de Mayotte, la sanction de 15 millions d'euros prononcée n'apparaît pas disproportionnée au regard des critères dégagés par votre décision « *Canal Plus I* ». Enfin la circonstance que les parties auraient coopéré au cours de la procédure doit être relativisée alors qu'il n'est pas contesté que celles-ci n'ont à aucun moment informé l'Autorité de la concurrence des projets de hausses tarifaires d'OMT – l'Autorité en a seulement eu vent par voie de presse...

Par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.