

L'Autorité de la concurrence sanctionne Altice et SFR pour Gun jumping

Dans la décision commentée n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice, l'Autorité de la concurrence a sanctionné solidairement les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group à hauteur de 80 millions d'euros pour avoir procédé à la réalisation anticipée de deux opérations de concentration.

Lorsqu'elle dépasse les seuils fixés, une opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité afin que celle-ci l'examine et, le cas échéant, l'autorise. La réalisation effective de la concentration ne peut avoir lieu qu'après cette autorisation.

En l'espèce, le groupe Numericable, lui même détenu par la holding Altice SA (ci-après Altice) a notifié en 2014 les opérations de concentration projetées s'agissant de la prise de contrôle exclusif de SFR d'une part, et d'Omer Telecom Limited (OTL) d'autre part.

Les autorisations à la concentration (*clearance*) ont été accordées par l'Autorité par deux décisions rendues en 2014 (décision n°14-DCC-160 du 30 octobre 2014 et décision n°14-DCC-179 du 27 novembre 2014).

Depuis août 2015 Altice Luxembourg détenait donc le contrôle exclusif du groupe intégrant Numéricable, SFR et OTL.

Rappelons toutefois que l'Autorité de la concurrence avait accordé la première autorisation à la concentration sous condition d'engagements, du fait du risque d'atteinte identifiée à la concurrence dans le secteur de la téléphonie mobile dans l'Océan Indien. Lesdits engagements n'avaient d'ailleurs pas été respectés, donnant lieu à une sanction importante de 15 millions d'euros à la charge du groupe Altice (décision 16-D-07 du 19 avril 2016).

Toutefois l'Autorité n'aurait su en rester là. Sur autorisation du juge des libertés et de la détention, l'Autorité a procédé le 2 avril 2015 à des visites domiciliaires lui permettant de constater plusieurs comportements témoignant d'un rapprochement fort, et d'une mise en œuvre anticipée de l'opération de concentration (*gun jumping*), ce avant même la notification aux services de l'Autorité.

Dans les deux opérations, la propriété des actifs n'a pas été transférée avant autorisation, mais le groupe Altice est intervenu dans la gestion opérationnelle et stratégique de SFR et OTL. Des échanges d'informations généralisés ont également été

mis en évidence, permettant à l'Autorité de considérer que les sociétés ne se comportaient plus comme des concurrents.

Dans cette décision d'une ampleur inédite, l'Autorité frappe fort, infligeant une amende de 80 millions d'euros au groupe Altice en application de l'article L.430-8 II° du Code de commerce. Ce faisant, elle dresse une typologie des comportements prohibés lors de l'examen d'une opération de concentration, de laquelle ressortent certaines interrogations sur les dossiers futurs, ainsi qu'un appel à la vigilance destiné aux entreprises (I). Cet appel à la prudence émane également de la sanction inédite infligée au groupe Altice (II).

I. La typologie des comportements autorisés et prohibés avant la clearance : un appel à la vigilance des entreprises

La décision de l'Autorité s'est voulue didactique mais a ouvert des difficultés dans d'autres domaines comme les pratiques usuelles des entreprises.

En détaillant les éléments qui ont été révélés lors des enquêtes, l'Autorité distingue entre, d'une part, ceux qui sont suffisants pour protéger les intérêts financiers légitimes des entreprises, et, d'autre part, ceux qui les excèdent, permettant donc à Altice d'exercer un contrôle sur les sociétés cibles.

S'agissant des premiers, l'Autorité ne nie pas que les entreprises aient besoin de communiquer pour élaborer le rapprochement afin de le mettre en œuvre avec succès, ni que certaines relations commerciales puissent préexister à l'opération.

Au sein du protocole d'accord conclu entre Altice et SFR, certaines clauses prévoyaient des limitations à l'autonomie de la cible. En effet, SFR s'interdisait de réaliser des investissements hors budget excédant un certain montant et s'obligeait à une gestion de la société « en bon père de famille ». A cet égard, l'Autorité décide que ces clauses ne permettent pas de conclure à une prise de contrôle d'Altice sur SFR en ce qu'elles permettent uniquement de limiter la fluctuation de la valeur de la cible, afin de protéger les intérêts financiers de l'acquéreur. Ce faisant, l'Autorité s'adresse aux entreprises, en cantonnant les pratiques qu'elles peuvent adopter lors de l'examen de l'opération.

S'agissant des éléments qui excèdent les droits suffisants pour la protection des intérêts financiers légitimes d'Altice, l'Autorité offre aux entreprises dans cette décision un florilège des pratiques à ne pas mettre en œuvre lors de l'examen d'une opération de concentration, qu'il convient d'examiner successivement pour chaque opération.

- Les pratiques révélatrices d'une réalisation anticipée dans l'opération de concentration Altice/SFR

Les enquêtes ont notamment révélé que plusieurs décisions stratégiques de la société SFR avaient été soumises à l'approbation préalable d'Altice, qui avait ainsi pu contrôler sa politique commerciale.

Au surplus, la préparation opérationnelle du projet « marque blanche » entre Altice et SFR durant la période suspensive a permis de conclure à la cessation d'une relation de concurrence entre les deux sociétés. En effet, cet accord, par lequel un opérateur qui ne dispose pas d'infrastructures propres pour adresser un client sur une zone

géographique donnée, s'appuie sur une offre d'accès d'un autre opérateur, portait sur des offres très haut débit. Or SFR était préalablement un acteur majeur du déploiement des réseaux en fibre optique. Ce projet semble alors réduire considérablement les investissements engagés par SFR jusqu'alors, mais s'inscrit en revanche au cœur des enjeux de rapprochement ciblés par Altice.

Enfin de nombreux échanges d'informations stratégiques entre Altice et SFR ont été révélés durant la période suspensive.

Par ces constatations, l'Autorité a pu décider que la relation de concurrence qui devait exister entre Altice et SFR avait cessé avant la date d'autorisation.

- Les pratiques révélatrices d'une réalisation anticipée dans l'opération de concentration Altice/OTL

Les enquêtes ont ici révélé que le protocole d'accord consentait une limitation forte de la liberté commerciale du groupe OTL durant la période suspensive, ainsi qu'un droit de contrôle exercé par Numericable sur OTL, pratiques prohibées du fait de l'obligation de suspension.

De plus, les sociétés ont procédé à la divulgation d'informations stratégiques ainsi qu'à une association dans les conditions de nominations du Directeur Général d'OTL. Par ces pratiques, l'Autorité a conclu à la cessation de la relation de concurrence entre les sociétés, et ce, avant la date de l'autorisation de l'opération.

Altice et SFR d'une part et Altice et OTL de l'autre ont selon l'Autorité cessé de se comporter comme des concurrents avant la délivrance de l'autorisation par l'Autorité de Concurrence. En application de l'article L. 430-8 du Code de commerce, ce comportement doit faire l'objet d'une sanction, à laquelle l'Autorité de la Concurrence va ici donner une portée inédite et dissuasive.

Les entreprises sont amenées à s'interroger sur la portée réelle de la décision. A ce titre, la prudence doit être d'autant plus forte dans l'encadrement des opérations de *due diligence*, menées par la *clean team*. Plusieurs opérations sur la conduite des affaires de la cible pendant la période suspensive pourraient être contraignantes pour les entreprises.

II. La sanction infligée au groupe Altice : une sanction inédite et préventive

La sanction de 80 millions d'euros infligée à Altice se révèle être une sanction exemplaire à double titre : d'une part, c'est une première mondiale s'agissant du montant de la sanction, et d'autre part, c'est la première sanction adoptée sur ce fondement en France.

L'autorité explique l'importance de ce montant par plusieurs facteurs.

Elle rappelle que la preuve d'effets sur la concurrence de la pratique peut être prise en compte au niveau du calcul de la sanction. L'ampleur et l'importance particulière des activités concernées et des comportements ayant abouti à la réalisation anticipée des opérations sont ensuite prises en compte au titre des facteurs aggravants.

L'Autorité se tourne alors vers la durée des pratiques étudiées. Ici la durée est considérée maximale pour les deux opérations en ce qu'elle couvre la totalité de la période suspensive, certaines opérations ayant même débuté auparavant.

L'Autorité relève encore que certains comportements sont liés à des risques concurrentiels sur lesquels portait la décision d'autorisation de procéder à la concentration.

Enfin la mise en œuvre délibérée de toutes ces pratiques, et non de manière négligente, est ici, de manière sévère, utilisée par l'Autorité de concurrence comme un facteur aggravant.

L'Autorité conclut ainsi à un montant d'amende fixé à 80 millions d'euros, alors que le plafond avait été fixé à 5% du chiffre d'affaires, soit 551,95 millions d'euros. En réalité, il s'agit d'une décision de transaction qu'Altice a accepté.

Cette décision donnera-t-elle lieu à un contentieux devant le Conseil d'Etat ? Rien n'est moins sur. En effet, Altice a publié un communiqué de presse sur son site indiquant avoir accepté la proposition de transaction offerte par l'Autorité de la concurrence.