

**DÉCISION N° 2023-PAG-01 DU 31 MARS 2023
RELATIVE À UNE DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES
PRÉSENTÉE PAR LA SOCIÉTÉ VITI POUR DES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE DANS
LE SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, EN MATIÈRE DE PRESTATIONS
D'ITINÉRANCE DANS LES ARCHIPELS ÉLOIGNÉS**

L'Autorité polynésienne de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 29 novembre 2021 sous le numéro 21/0019 F, par laquelle la société Viti (ci-après « Viti ») a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Onati (ci-après « Onati ») dans le secteur des télécommunications, en matière de prestations d'itinérance de téléphonie mobile, qu'elle estime contraires aux dispositions de l'article LP 200-2 du code de la concurrence ;

Vu la lettre du 3 octobre 2022 par laquelle la société Viti a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement des dispositions de l'article LP 641-1 du code de la concurrence enregistrée sous le numéro 22/0021 M ;

Vu le code de la concurrence, et notamment le livre II relatif aux pratiques anticoncurrentielles ;

Vu les observations présentées par les sociétés Onati et Viti ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 2022-SA-20 Onati du 02 décembre 2022, n° 2023-SA-01 Onati du 30 janvier 2023, n° 2023-SA-02 Onati du 30 janvier 2023 et n° 2023-SA-03 Onati du 17 février 2023 ;

Vu les notes en délibéré de Viti du 13 mars 2023 et de Onati du 14 mars 2023 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Onati et Viti entendus lors de la séance du 28 février 2023 ;

Adopte la décision suivante :

SOMMAIRE

I. CONSTATATIONS	4
A. LA SAISINE	4
B. LE SECTEUR CONCERNÉ	4
1. <i>Le cadre juridique du secteur des télécommunications</i>	4
a. <i>Cadre général</i>	4
b. <i>L'itinérance</i>	5
2. <i>Les technologies d'accès à la téléphonie mobile</i>	5
C. LES ENTREPRISES CONCERNÉES PAR LA SAISINE	7
1. <i>Les mis en cause</i>	7
2. <i>La partie saisissante</i>	8
D. LES PRATIQUES DÉNONCÉES	8
E. LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES	10
II. DISCUSSION	10
A. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS CONCERNÉS	11
1. <i>Le marché aval</i>	11
2. <i>Le marché amont</i>	12
a. <i>Le marché de services</i>	12
b. <i>Le marché géographique</i>	13
3. <i>La connexité entre les marchés en cause</i>	13
B. SUR LA POSITION DOMINANTE DU MIS EN CAUSE SUR LES MARCHÉS CONCERNÉS	14
1. <i>Le marché amont</i>	14
2. <i>Le marché aval</i>	15
3. <i>Conclusion sur la position dominante de l'entité concernée</i>	15
C. SUR LE CARACTÈRE POTENTIELLEMENT ANTICONCURRENTIEL DES PRATIQUES DÉNONCÉES	15
1. <i>Refus d'accès à une infrastructure essentielle</i>	16
a. <i>Principes</i>	16
b. <i>Sur la qualification d'infrastructure essentielle des prestations d'itinérance</i>	17
2. <i>Compression des marges (ou ciseau tarifaire)</i>	18
a. <i>Principes</i>	18
b. <i>Application</i>	19
3. <i>Prix discriminatoires</i>	22
a. <i>Principes</i>	22
b. <i>Application</i>	22
4. <i>Conditions de transaction inéquitables et prix abusifs</i>	24
a. <i>Principes</i>	24
b. <i>Application</i>	25
5. <i>Conclusion sur les pratiques dénoncées</i>	32
D. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES	34
1. <i>Sur le caractère grave et immédiat de l'atteinte</i>	34
a. <i>Sur le caractère grave</i>	35
b. <i>Sur l'immédiateté de l'atteinte</i>	40
c. <i>Sur le lien de causalité</i>	43

<i>d. Conclusion</i>	43
2. Sur la nature des mesures conservatoires	44

I. CONSTATATIONS

A. LA SAISINE

1. Par lettre enregistrée le 29 novembre 2021 sous le numéro 21/0019F, la SAS Viti (ci-après « Viti ») a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par l'établissement public OPT et la SAS Onati (ci-après « Onati ») dans des marchés liés aux télécommunications.
2. En particulier, selon la saisissante, ces entités auraient abusé de leur position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en fixant des tarifs d'itinérance dans les archipels éloignés (ci-après « AE ») excessifs et manifestement disproportionnés.
3. Accessoirement à sa saisine au fond, Viti a sollicité, par lettre enregistrée le 3 octobre 2022 sous le numéro 22/0021M, le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article LP 641-1 du Code de la concurrence.

B. LE SECTEUR CONCERNÉ

1. LE CADRE JURIDIQUE DU SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

a. CADRE GÉNÉRAL

4. Le secteur des télécommunications en Polynésie française est régi par la délibération n° 99-90 APF du 27 mai 1999 modifiée portant dispositions relatives au code des postes et télécommunications de la Polynésie Française (ci-après le « CPT »)¹. Il a longtemps été organisé autour de l'opérateur historique, public et intégré, l'Office des postes et des télécommunications (ci-après « OPT »). Toutefois, l'ouverture à la concurrence du secteur a été initiée par la délibération n° 2003-85 APF du 12 juin 2003 modifiée portant dispositions relatives aux livres II et III du CPT.
5. Le nouveau dispositif repose sur les principaux éléments suivants :
 - l'ouverture à la concurrence de la téléphonie mobile (voix, SMS et données) et de la fourniture d'accès à Internet ;
 - un service public des télécommunications attribué à l'opérateur historique, l'OPT, à travers sa filiale, la SAS Onati, qui garde un monopole de droit sur les liaisons avec l'extérieur (voix et données) et sur les réseaux fixes (cuivre et fibre optique) ;
 - un régime d'autorisation des opérateurs en télécommunications concurrents de l'opérateur historique, tant pour la téléphonie mobile que pour la fourniture d'accès à Internet ;
 - la coexistence d'un régime d'encadrement pour certains tarifs de gros (comme ceux de l'interconnexion entre opérateurs) et de liberté tarifaire pour d'autres tarifs (comme celui de l'itinérance) ;
 - une régulation de droit commun attribuée au Conseil des ministres, après une instruction technique par la direction générale de l'économie numérique (ci-après « DGEN ») et dans plusieurs cas après avis ou information d'un comité consultatif des télécommunications (ci-après « CCT »). Il appartient notamment au gouvernement de veiller aux conditions d'ouverture à la concurrence. Ainsi, l'article D. 212-2 du CPT prévoit que :

¹ <http://lexpol.cloud.pf/LexpolAfficheTexte.php?texte=181953>.

« Les autorités compétentes de la Polynésie française veillent : / (...) 2° A l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile (...) au bénéfice des utilisateurs; / 3° A la définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion des réseaux notamment de service de télécommunication mobile qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement entre eux, ainsi qu'à l'égalité des conditions de la concurrence dans le domaine du service de télécommunication mobile ; (...) / 6° À encourager l'utilisation partagée entre les opérateurs des installations mentionnées au chapitre I^{er} du titre III. »

b. L'ITINÉRANCE

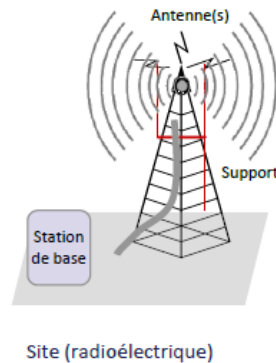
6. Selon l'article D. 211 du CPT, la prestation d'itinérance mobile est la prestation « *fournie par un opérateur de service de télécommunication mobile à un autre opérateur de télécommunication mobile en vue de permettre l'accueil, sur le réseau du premier, des clients du second* ».
7. L'article D. 212-26 du CPT dispose que « (...) *Dans les cas suivants, il peut être imposé à l'opérateur de service de télécommunication mobile de faire droit à une demande raisonnable de prestation d'itinérance faite par un autre opérateur de service de télécommunication mobile : / a) Lorsque la prestation d'itinérance s'effectue entre deux opérateurs de service de télécommunication mobile autorisés en Polynésie française, il peut leur être imposé, dans un but d'intérêt général, de conclure une convention en la matière ;/ b) Un opérateur de service mobile de télécommunication qui souhaite offrir à ses abonnés une prestation d'itinérance en Polynésie française a droit à la conclusion d'une telle convention / En cas d'accord des parties, intervenu dans un délai de deux mois à compter de la date de la demande, la convention d'itinérance conclue entre les opérateurs est communiquée à l'administration. En cas de désaccord, cette dernière requiert des parties leurs positions dans l'objectif d'obtenir les termes d'un accord amiable ; à défaut, le Conseil des ministres fixe les termes de l'itinérance.* »
8. L'itinérance au profit des opérateurs locaux est donc une prestation dont les termes sont dans un premier temps librement négociés entre les opérateurs, mais qui, en cas de désaccord, peuvent faire l'objet d'une médiation et en dernière extrémité d'une détermination par le gouvernement.

2. LES TECHNOLOGIES D'ACCÈS À LA TÉLÉPHONIE MOBILE

9. La saisine porte sur l'accès aux prestations d'itinérance fournies par l'opérateur historique en matière de voix et SMS
10. En matière de téléphonie mobile, diverses technologies offrent des performances différentes :
 - GSM (qui nécessite le déploiement d'un réseau 2G GPRS ou Edge) : elle ne permet pas d'accès à Internet ou le téléchargement de fichiers volumineux (de plus de 700 Mbits), mais essentiellement les appels vocaux, SMS, MMS et éventuellement un accès réduit aux courriels.
 - UMTS (3G ou 3G+) : elle permet, outre les appels vocaux, SMS et MMS, un accès à internet.
 - LTE (4G) : elle permet outre les appels vocaux, SMS et MMS un accès à internet à haut débit.
 - La 5G n'est pas encore présente en Polynésie française.
11. Le déploiement d'une boucle locale² sur une île nécessite d'abord une interconnexion avec le réseau de collecte (transport des données vers et depuis l'île en question), puis le déploiement de sites d'émission et de réception des données vers les terminaux mobiles. Ces sites comprennent des infrastructures passives

² Soit en l'espèce, le réseau de desserte locale, constitué par la partie du réseau de télécommunications située entre le point d'interconnexion avec le réseau de collecte et le terminal de l'abonné final.

établies sur un terrain au sol ou une surface en hauteur sur lesquelles sont installés des éléments actifs permettant de générer les ondes radioélectriques, le plus souvent sous forme de pylônes et d'antennes.³



12. L'existence d'un réseau local distinct par opérateur n'est pas toujours justifiée économiquement. Il existe différentes modalités de mutualisation des réseaux physiques où un opérateur met à disposition ses fréquences ou certaines de ses installations au profit d'un autre opérateur. L'itinérance est l'une de ces modalités.⁴
13. On distingue ainsi, du moins intégré au plus intégré :
 - Le partage d'infrastructures passives : utilisation commune de tout ou partie des éléments passifs d'infrastructure tels que les pylônes ou câbles coaxiaux qui relient les antennes aux stations de base. Sur chaque site utilisé en commun, chaque opérateur déploie alors ses propres équipements actifs et ses propres antennes, et utilise ses propres fréquences.
 - Le partage antennaire : mise en commun des éléments rayonnants ou antennes en plus des infrastructures passives. Il permet toutefois toujours à chaque opérateur associé au partage d'utiliser ses propres fréquences.
 - Le partage d'installations actives : mutualisation d'éléments actifs tels que les dispositifs électroniques ou optiques de traitement du signal, avec des modalités distinctes :
 - o mutualisation des réseaux sans mutualisation des fréquences, qui sont utilisées et exploitées séparément par les opérateurs associés au partage ;
 - o mutualisation des fréquences dont chaque opérateur concerné est titulaire en vue de leur exploitation combinée, de telle sorte que les clients de chacun des opérateurs associés puissent accéder à l'ensemble des fréquences concernées.
 - L'itinérance : accueil par un opérateur de réseau mobile des clients d'un autre opérateur de réseau mobile sur son propre réseau.
14. L'itinérance est donc le mode le plus intégré de partage des infrastructures, dans lequel le client recourt intégralement aux équipements et aux fréquences du prestataire. Les investissements de l'opérateur accueilli pour les territoires concernés peuvent être limités à ses équipements de cœur de réseau et d'interconnexion.

³ ARCEP, Lignes directrices, Partage de réseaux mobiles, mai 2016, pages 6 et suivantes.

⁴ Ibid.

C. LES ENTREPRISES CONCERNÉES PAR LA SAISINE

1. LES MIS EN CAUSE

15. L'OPT est un établissement public de la Polynésie française à caractère industriel et commercial, créé par la délibération n°85-1023 AT du 8 mars 1985 modifiée et dont le fonctionnement est régi par le CPT. Le conseil d'administration de l'OPT est composé de neuf membres avec voix délibérative⁵, dont i) le directeur général de l'OPT, qui préside, ii) les sept représentants de la Polynésie française suivants : le ministre chargé des postes et des télécommunications, le ministre chargé de la communication⁶, le ministre chargé du tourisme, le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé de l'aménagement, le président de la commission législative chargée de l'économie et le président de la commission législative chargée de l'économie numérique et iii) le représentant titulaire du personnel ou son suppléant. Le directeur général de l'OPT est nommé par arrêté pris en Conseil des ministres.
16. Avant 2011, les seuls opérateurs, en matière de téléphonie mobile comme de fourniture d'accès à Internet étaient des filiales de l'OPT, notamment Tikiphone, qui a bénéficié de la première licence en 1994 et Mana, repris en 2013 par la SAS Vini, absorbée depuis par Onati. Depuis cette date, le marché s'est ouvert. L'OPT demeure cependant en monopole légal sur les infrastructures filaires et les télécommunications extérieures.
17. Depuis 2019, les services des télécommunications téléphoniques et de l'accès à Internet, filaires comme mobiles, mais également les activités de déploiement et de gestion du réseau, à destination des autres opérateurs comme des consommateurs finaux, relèvent d'une filiale unique de l'OPT, la SAS Onati, créée le 5 novembre 2018.
18. Plusieurs lois du pays⁷ ont rendu possible cette opération. L'OPT et Onati ont ainsi conclu :
 - a. Un traité d'apport partiel d'actifs le 31 décembre 2018 par lequel l'OPT a apporté à sa filiale Onati l'ensemble de sa branche d'activités de télécommunications. Ce traité a pris effet le 1^{er} janvier 2019.
 - b. Une convention de délégation du service public le 31 décembre 2018 actant du transfert de la gestion du service public des télécommunications à Onati⁸.
19. Onati exerce désormais les activités d'opérateur de téléphonie fixe et mobile et de fournisseur d'accès à internet. Elle arrête également la tarification des services, de gros comme de détail, y compris les services d'itinérance concernés par la présente affaire.
20. Onati a absorbé la société Vini mais l'ensemble de ses offres de détail sont toujours proposées sous la marque Vini.⁹
21. Si le déploiement du réseau de collecte est un monopole d'Onati, le déploiement de la boucle locale est libre, sous réserve de se voir reconnaître la qualité d'opérateur de télécommunication et attribuer des fréquences par le Conseil des ministres. Toutefois, du fait de son ancienneté, Onati est la seule à avoir déployé son réseau sur l'ensemble des îles habitées de Polynésie française, en partie au moins sur fonds publics. Elle est donc en mesure d'offrir un accès à boucle locale (stations, antennes et fréquences) dans les îles dans lesquelles les autres opérateurs n'ont pas déployé leur propre réseau. Cet accès passe le plus

⁵ Arrêté n° 1244 CM du 2 septembre 2015 portant modification des règles de gouvernance de l'Office des postes et télécommunications.

⁶ Arrêté n° 215 CM du 2 mars 2017 portant modification de la composition du conseil d'administration de l'Office des postes et télécommunications.

⁷ Loi du pays n°2018-37 du 28 novembre 2018 et Loi du pays n°2018-42 du 27 décembre 2018.

⁸ Une nouvelle convention a été conclue le 18 juin 2019 et a annulé et remplacé celle datant du 31 décembre 2018.

⁹ Il sera dans ce contexte fait référence à Vini pour la période 2015-2018 puis à Onati pour la période postérieure.

souvent par un recours à des prestations d'itinérance permettant l'initiation ou l'acheminement des appels jusqu'à l'utilisateur final.

2. LA PARTIE SAISSANTE

22. La SAS Viti, immatriculée en 2009, a d'abord opéré en tant que fournisseur d'accès à Internet en position fixe, après avoir obtenu une licence en 2010 et commercialisé ses offres à compter de juillet 2011.
23. Viti a obtenu le 5 juillet 2018¹⁰ l'autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau ouvert au public permettant la fourniture d'un service de communications mobiles. Elle offre depuis début 2020 sous la marque Ora des services mobiles de voix, SMS et données, reposant sur la technologie 4G LTE (appels dits « Volte »), en opérant de deux manières, d'une part par la fourniture de services mobiles (voix, SMS et données) depuis son réseau sur une zone limitée du territoire (Tahiti et Moorea), d'autre part par la fourniture de services mobiles (voix et SMS uniquement) en utilisant le réseau mobile d'Onati dans le cadre d'une convention d'itinérance.

D. Les pratiques dénoncées

24. En Polynésie française, l'itinérance locale est dite « asymétrique ». En effet, Onati est le seul opérateur à avoir déployé un réseau sur l'ensemble du territoire. Il est donc également le seul prestataire de ce service. Il n'existe pas d'itinérance dite « croisée », entre des opérateurs équivalents mais dont la couverture du territoire diffère, et qui souhaitent bénéficier d'un accès au réseau de leur concurrent, pour renforcer leurs couvertures respectives du territoire ou la qualité de leur service.
25. Si la première convention d'itinérance a été conclue le 23 novembre 2018 entre Vini (l'ancienne filiale de téléphonie de l'OPT) et Viti, celle-ci ne contenait pas d'avenant tarifaire et a été remplacée par une nouvelle convention en date du 5 juin 2019, conclue avec Onati.¹¹
26. Le premier avenant tarifaire est intervenu le 28 juin 2019. Il prévoyait des tarifs distincts pour deux groupes d'îles :
 - les îles de la Société (Iles-du-Vent et Iles-sous-le-Vent), autres que Tahiti et Moorea (où Viti est déployée) ;
 - les îles des archipels éloignés.
27. Ces tarifs comportaient chacun une part fixe annuelle, de 27 M F CFP pour les îles de la Société et de 163 MF CFP pour les archipels éloignés, ainsi qu'un tarif variable de 1,15 F / minute pour la voix et un centime de F par SMS.
28. La convention a par la suite fait l'objet de plusieurs modifications. Pour commencer, à la demande de Viti, le tarif fixe a fait l'objet de plusieurs aménagements, avec une remise initiale de 75 % la première année et de 50 % la deuxième année, portée par un deuxième avenant tarifaire du 30 juillet 2020, puis un troisième du 18 août 2021 à une remise de 75 % les deux premières années et les six premiers mois de la 3^e année et de 25 % les six derniers mois de la 3^e année. La facturation sans remise n'intervenant qu'à compter de la 4^e année.
29. Plus tard, après des demandes de Viti des 29 novembre 2021¹² et 12 janvier 2022¹³, enjoignant à Onati de réviser ses tarifs conformément aux stipulations de l'article 13 de la convention d'itinérance du 5 juin 2019, Onati a transmis le 18 janvier 2022 à Viti un quatrième avenant, puis, le 28 mars 2022, un cinquième

¹⁰ Arrêté n° 1185 CM du 5 juillet 2018 conférant à la société Viti la qualité d'opérateur de télécommunication.

¹¹ Annexe n° 2-1 de la saisine de Viti du 3 octobre 2022 (mesures conservatoires).

¹² Annexe n° 3 de la saisine de Viti du 3 octobre 2022 (mesures conservatoires).

¹³ Annexe n° 4 de la saisine de Viti du 3 octobre 2022 (mesures conservatoires).

avenant révisant à la baisse les tarifs à compter du 1^{er} janvier 2022, avec une part fixe annuelle ramenée à 3,8 MF CFP pour les îles de la Société et à 85,9 MF CFP pour les archipels éloignés, ainsi qu'un tarif variable ramené à 0,424 F (de janvier à mars) puis de 0,39 F / minute (à partir de mars) pour la voix et un centime de F par SMS (inchangé). C'est sur ce nouveau tarif fixe que portait la réduction (de 75 % au premier semestre puis 25 % au second semestre 2022) décrite au paragraphe précédent.

30. Par courrier du 21 octobre 2022 enfin, Onati a proposé de nouveaux tarifs d'itinérance (le sixième avenant), valables à compter du 1^{er} janvier 2023. La part fixe annuelle proposée était désormais de 2 MF CFP pour les îles de la Société et de 71,5 MF CFP pour les archipels éloignés (en baisse). Le tarif variable était de 1 centime de F par SMS (stable) et 0,497 F / minute pour la voix (en hausse).
31. Par un courrier du 30 août 2022 toutefois, Viti avait informé Onati qu'elle renonçait au bénéfice de ces prestations dans les archipels éloignés à compter du 1^{er} novembre 2022.
32. La première convention d'itinérance étant entrée en vigueur à la date de commercialisation de la première offre de téléphonie mobile par Viti, soit le 8 janvier 2020, il résulte de ce qui précède qu'après avoir bénéficié de réductions pendant trois ans, Viti n'était tenue de s'acquitter de la totalité du coût fixe qu'à compter du 8 janvier 2023.
33. Compte tenu de ces différentes évolutions, les tarifs d'itinérance proposés par Onati à Viti dans les seuls archipels éloignés peuvent être synthétisés comme suit :

	(à compter du 8 janvier)	2020	2021	2022	2023
Part fixe	Tarif de couverture AE calculé par Onati	163 MF	163 MF	85,9 MF	71,5 MF
	Tarif facturé à Viti (après réduction)	40,75 MF (- 75 %)	40,75 MF (-75 %)	42,95 MF (- 75 % sur 6 mois puis - 25 % sur 6 mois)	71,5 MF (--)
Part variable	Tarif variable voix	1,15 F / min	1,15 F / min	0,424 F/min de janvier à mars 0,39 F/min à compter de mars	0,497 F/min
	Tarif variable SMS	0,01 F / SMS	0,01 F / SMS	0,01 F / SMS	0,01 F / SMS
	Sources	Avenant tarifaire n°1 du 28 juin 2019	Avenant tarifaire n°2 du 29 juillet 2020	Avenants tarifaires n°3 du 18 août 2021, n°4 du 18 janvier 2022 et n°5 du 28 mars 2022	Proposition tarifaire du 21 octobre 2022

34. Dans le cadre de sa saisine demandant des mesures conservatoires, Viti conteste le montant de 71,5 MF, soit la part fixe dont elle doit s'acquitter pour l'année 2023 pour l'itinérance voix et SMS dans les archipels éloignés. Le niveau du coût d'usage, variable, n'est pas contesté.

35. La méthode retenue par Onati pour déterminer le tarif fixe proposé à Viti, détaillée par le rapport du 30 novembre 2022 d'un cabinet de consultants¹⁴ et précisé par la note en délibéré du 14 mars 2023, procède par étapes :
- i. Détermination du coût total de couverture par Onati des îles polynésiennes selon la méthodologie imposée par la Polynésie française aux opérateurs pour déterminer les tarifs d'interconnexion en matière de terminaisons d'appels mobiles (soit un modèle dit CMILT +, de coût moyen incrémental de long terme *bottom up scorched node*)¹⁵. Le coût total annuel de couverture ainsi obtenu pour l'année 2022 pour l'ensemble du territoire polynésien est de [2,5 – 3,5]¹⁶ Mds F par an.
 - ii. Allocation du coût selon une segmentation géographique (Îles de la Société / archipels éloignés). À partir du modèle, un coût de réseau est déterminé île par île, en fonction du coût de couverture associé (sites, équipements actifs, liens de collecte effectivement déployés, conformément à l'approche dite *scorched node*) et des technologies, puis agrégé par groupe d'îles. Pour les îles des archipels éloignés (AE), il est [500 MF-1 Md F] par an, soit [30-40 %] du total.
 - iii. Allocation du coût selon les usages (voix, SMS, données mobiles) en fonction de la quantité de données effectivement utilisées, île par île. Le coût du réseau pour les seuls usages voix et SMS pour les seuls AE est ainsi réduit de [70-80] %.
 - iv. Répartition en trois (le nombre d'opérateurs mobiles) parts égales du coût de couverture, majoré d'un mark-up de [10-20] %. Il en résulte un tarif de couverture de 71,5 MF par an pour les prestations voix et SMS dans les archipels éloignés, attribué à chacun des trois opérateurs, selon la proposition d'Onati du 21 octobre 2022 (pour un avenant n°6).
36. Dans sa demande de mesures conservatoires, la partie saisissante conteste les conditions tarifaires que lui propose Onati en matière de prestations d'itinérance dans les archipels éloignés, qu'elle juge excessives et manifestement disproportionnées.

E. La demande de mesures conservatoires

37. Dans sa demande de mesures conservatoires la partie saisissante demande à l'Autorité de prononcer des mesures visant à enjoindre à Onati : i) de lui proposer dans un délai maximum de trente jours une réduction du tarif fixe d'itinérance voix et SMS pour les archipels éloignés à 3,23 MF ; ii) à défaut, de lui proposer des tarifs basés uniquement sur sa consommation effective ; iii) de fournir un rapport permettant d'apprécier le caractère objectif, transparent et non-discriminatoire de sa proposition tarifaire.

II. DISCUSSION

38. L'article LP. 641-1 du code de la concurrence dispose que : « *L'Autorité peut, à la demande des personnes, entreprises et organismes mentionnés à l'article LP. 620-5 ou de sa propre initiative et après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. / Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. / Elles peuvent comporter la suspension de la pratique*

¹⁴ Observations n°1 d'Onati, 30 novembre 2022, annexe n°10.

¹⁵ CMILT : coût moyen incrémental de long terme (long run average incremental cost ou LRAIC en anglais).

¹⁶ Certains chiffres ont été remplacés par des fourchettes, pour préserver le secret des affaires.

concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. »

A. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS CONCERNÉS

39. La position dominante s'entendant sur un marché de produits ou de services déterminé, l'appréciation d'une telle position passe inévitablement par une définition préalable du marché pertinent¹⁷.
40. L'autorité de concurrence métropolitaine (ci-après « ADLC ») estime que « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique [...] Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.* »¹⁸.
41. C'est sur les mêmes fondements conceptuels que l'Autorité apprécie la délimitation des marchés pertinents.
42. Le secteur de la téléphonie mobile comprend trois opérateurs en Polynésie française : Onati sous la marque Vini, PMT (Pacific Mobile Telecom) sous la marque Vodafone depuis 2013 et Viti sous la marque Ora depuis 2020. Ni PMT ni Viti ne disposent d'un réseau sur les AE. En revanche, l'opérateur public OPT à travers sa filiale Onati dispose du réseau mobile le plus large, qui couvre 66 îles, soit la quasi-totalité des îles habitées de Polynésie française (avec des technologies 2G, 3G ou 4G).
43. En l'espèce, plusieurs services en lien avec les pratiques sont concernés : en amont, la fourniture de services d'accès des opérateurs aux réseaux de téléphonie mobile (dont l'itinérance) et, en aval, la fourniture de prestations d'accès des consommateurs à la téléphonie mobile (voix et SMS).

1. LE MARCHÉ AVAL

44. Des segmentations des services de téléphonie mobile voix et SMS sont possibles, par exemple selon la nature de la clientèle, résidentielle ou professionnelle. Il ressort toutefois qu'en l'espèce, les conséquences potentielles de la pratique portent indifféremment sur ces deux segments. Si Onati soutient que Viti ne s'adresse pas à la clientèle professionnelle, rien ne permet de l'établir et Viti fait valoir son intérêt pour des appels d'offres professionnels tels que celui de l'armée, dont elle est déjà titulaire du lot 2 relatif à la fourniture d'accès à internet et dont le lot 1 porte sur des prestations voix et SMS.
45. Le marché géographique couvre l'ensemble du territoire de la Polynésie française, sans que ce point soit contesté par Onati. En effet, bien que tous les opérateurs ne soient pas déployés sur toutes les îles, ils ont vocation à intervenir sur l'ensemble du territoire polynésien, avec des obligations de déploiement, le cas échéant à travers des prestations d'itinérance, précisées dans les cahiers des charges et portant sur plus de 90 % de la population polynésienne. Les offres de téléphonie mobile portent sur l'ensemble du territoire polynésien, avec des tarifs identiques quel que soit leur lieu de résidence (principe d'égalité de traitement des usagers prévu par l'article LP 212-10 du CPT).
46. Le marché de détail pertinent pour examiner l'effet des pratiques supposées est donc celui du marché polynésien de la vente au détail de prestations de téléphonie mobile voix et SMS.

¹⁷ Voir par exemple : ADLC, décision n° 21-D-03 du 18 février 2021 relative à une demande de mesures conservatoires, dans le secteur de la fourniture d'électricité en France, § 36, citant Tribunal de l'Union, 6 juil. 2000, aff. T-62/98, Volkswagen AG / Com., paragraphe 230.

¹⁸ ADLC, décision n° 10-D-19 du 24 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de la fourniture de gaz, des installations de chauffage et de la gestion de réseaux de chaleur et de chaufferies collectives, § 158 à 159.

2. LE MARCHÉ AMONT

a. LE MARCHÉ DE SERVICES

47. À ce jour, afin de pouvoir proposer à leurs abonnés (ménages et entreprises) des services de téléphonie (voix et SMS) sur l'ensemble du territoire polynésien, Viti et PMT recourent aux services d'itinérance d'Onati dans les îles dans lesquelles elles ne sont pas déployées. Cela concerne notamment les AE. Dans ses tarifs, Onati effectue une distinction entre l'itinérance couvrant des îles de l'archipel de la Société et l'itinérance couvrant les AE. La question se pose donc si la fourniture de services d'itinérance voix et SMS pour les AE forme un marché de produit pertinent.
48. La définition du marché pertinent requiert de déterminer s'il est économiquement possible pour la demande de substituer à l'itinérance d'autres moyens pour offrir les mêmes prestations aux clients finals.
49. Afin d'offrir des prestations de téléphonie mobile, un opérateur doit :
- obtenir un accès au réseau régional de collecte de données vers les îles concernées (par câble sous-marin, satellite ou faisceau hertzien), qui relève de la responsabilité unique d'Onati au titre de sa délégation de service public entrée en vigueur le 18 juin 2019 pour une durée de 10 ans. Hors situation particulière (entre Tahiti et Moorea par exemple), il n'est pas prévu que les opérateurs alternatifs déploient leur propre réseau physique de collecte. Ils utilisent donc les infrastructures de l'opérateur historique ;
 - avoir un accès à un réseau de desserte local par :
 - i. un déploiement par l'opérateur de sa propre boucle locale ;
 - ii. un accès partagé aux infrastructures constitutives de la boucle locale, qui peut se faire selon différentes modalités décrites aux § 13 et suivants ;
 - iii. L'obtention d'une prestation d'accueil de ses clients sur le réseau déployé par un autre opérateur (l'itinérance *stricto sensu*).
50. Dans les deux premiers cas, l'accès physique permet à l'opérateur alternatif d'utiliser pour son propre compte le pylône, et le cas échéant les antennes, et il demeure en charge de l'acheminement du signal, le cas échéant sur une fréquence distincte, vers ses propres clients. Avec l'itinérance, en revanche, l'opérateur hôte assure l'ensemble des prestations de téléphonie des clients de l'opérateur client, qui est « invité » sur son propre réseau. L'itinérance est donc une prestation intégrée par laquelle un opérateur de réseau de téléphonie mobile fournit un accès et des volumes de communication (voix et SMS) en gros à un autre opérateur de réseau en vue de permettre à ce dernier de proposer à ses clients de recevoir, émettre des appels et utiliser des services lorsqu'il se trouve sur ce premier réseau.
51. Ces différentes prestations relèvent de services distincts, bien que complémentaires. Le service est différent selon que l'on accède à une prestation d'interconnexion à l'infrastructure de collecte, aux infrastructures constitutives de la boucle locale de téléphonie mobile, ou à l'itinérance, qui intègre des prestations supplémentaires et dispense l'opérateur invité de toute présence physique dans le territoire concerné. L'offre d'itinérance est située en amont du marché de détail, mais en aval de l'accès direct à l'infrastructure physique (partage de sites), lui-même situé en aval du marché de l'interconnexion au réseau de collecte (qui permet le déploiement de sa propre boucle locale).
52. Dans un secteur différent mais aux caractéristiques proches, la fourniture d'accès à internet, l'ADLC a proposé la typologie suivante des marchés de gros : « *Au stade des marchés de gros, la pratique décisionnelle distingue les offres passives, qui permettent aux opérateurs de construire leurs offres par dégroupage de nœuds de raccordement d'abonnés (« NRA »), en s'inscrivant dans une logique de concurrence par les infrastructures, et les offres de gros dites « activées » sur les infrastructures d'opérateurs tiers, et qui relèvent d'une logique de concurrence par les services. La pratique décisionnelle a eu l'occasion de relever que le choix entre l'une ou l'autre des solutions relève de logiques*

économiques distinctes, les deux types d'offres étant par ailleurs complémentaires. »¹⁹ Dans un cas proche, le Tribunal de première instance des communautés européennes a en 2006 confirmé la segmentation du marché réalisée par la Commission et qui distinguait « *d'une part, le marché des sites et des infrastructures de sites pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques et, d'autre part, le marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G.* »²⁰

53. L'itinérance constitue donc un marché amont pertinent. Cette interprétation est confirmée par la réglementation qui établit un régime spécifique pour l'itinérance nationale, avec un tarif librement négocié, mais un accès obligatoire et une possibilité d'arbitrage sur les termes de l'itinérance par le gouvernement (voir les § 7 et suivants).
54. Il résulte de ces éléments que le marché de services concerné est celui de l'offre de gros de prestations d'itinérance en matière de voix et SMS.

b. LE MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

55. Dans sa dimension géographique, le marché est constitué par « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »²¹.
56. Concrètement, la possibilité de fournir et acquérir des prestations de gros dépend de la présence d'infrastructures spécifiques, de collecte et de desserte locales, indispensables pour s'adresser à la clientèle. En Polynésie française, le caractère insulaire du territoire et l'hétérogénéité des niveaux de couverture locale par les réseaux pourrait conduire à considérer que ce marché n'a pas nécessairement une dimension polynésienne, car il repose sur le déploiement d'infrastructures lourdes, rendant difficile la comparaison entre les différents archipels.
57. Toutefois, Onati, qui est déployée sur l'ensemble du territoire polynésien, a scindé en deux zones ses prestations d'itinérance et opéré de fait une distinction entre l'archipel de la Société, qui bénéficie dans son ensemble d'un accès au haut débit ancien (à travers le câble Honotua), et les archipels éloignés, pour lesquels cet accès n'est que récent (le câble Natitua est opérationnel depuis 2019) et partiel (les îles les moins peuplées et certains archipels comme les Australes ou les Gambier ne disposent pas d'un tel accès). Si dans ses écritures, Onati soutient que le marché pertinent est en réalité divisible entre les îles disposant de cet accès au haut débit et les autres, elle n'a pas modifié son offre en conséquence.
58. Il en résulte donc que du côté de l'offre, deux marchés distincts sont distingués. La demande de la société Viti porte uniquement sur le second, soit les prestations d'itinérance en matière de voix et SMS pour les archipels éloignés (Tuamotu, Gambier, Australes et Marquises).

3. LA CONNEXITÉ ENTRE LES MARCHÉS EN CAUSE

59. La connexité entre deux marchés peut notamment résulter d'un lien de nature verticale. Ces liens peuvent permettre à une entreprise présente sur un marché et y disposant d'un pouvoir de marché conséquent d'exploiter un effet de levier afin de se développer sur un autre marché et, éventuellement, d'y adopter des comportements ne relevant pas de la concurrence par les mérites.
60. En l'espèce, la pratique alléguée porte sur un marché de gros, mais ses effets portent sur un marché de détail en aval.

¹⁹ ADLC, décision n°14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice.

²⁰ Affaire T-328/03, arrêt du tribunal (quatrième chambre), 2 mai 2006, O2 (Germany) GMBH&co.

²¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372, 9 décembre 1997, pages 5 à 13, point 8.

61. L'ouverture du secteur à la concurrence a entraîné la création de marchés de gros sur lesquels l'opérateur historique propose aux nouveaux entrants des offres d'accès et d'interconnexion à ses infrastructures afin que ces derniers puissent se développer en proposant des services sur les marchés de détail. Les revenus qu'ils perçoivent sur les marchés de détail leur permettent ensuite d'investir dans leurs propres réseaux, dans la perspective, lorsque cela est possible et pertinent, de diminuer leur dépendance aux offres de gros de l'opérateur historique (en gravissant ce qui est communément connu sous le terme de « l'échelle des investissements ») voire de s'en affranchir, en l'absence d'infrastructures essentielles ou réservées légalement à l'opérateur historique.
62. En l'espèce, le marché sur lequel les pratiques sont dénoncées est un marché de gros concernant l'accès à une prestation du gestionnaire d'un réseau qui est en concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile avec ses clients opérateurs. Les effets allégués de la pratique portent pour leur part sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

B. SUR LA POSITION DOMINANTE DU MIS EN CAUSE SUR LES MARCHÉS CONCERNÉS

63. La notion de position dominante n'est pas définie par les textes. Cependant, la jurisprudence métropolitaine a consacré une définition élaborée par les autorités et juridictions de l'Union : « *la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* ». ²²
64. La caractérisation de la position dominante repose sur plusieurs critères, le premier étant le niveau de parts de marché de l'entreprise en cause. Le simple constat d'une forte part de marché ne permet cependant pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante. Il convient en effet d'examiner un certain nombre d'autres critères tels que l'existence de barrières à l'entrée, forte notoriété et informations privilégiées découlant de la situation particulière d'un ancien opérateur historique ²³, ou encore contre-pouvoirs des concurrents actuels et des clients.

1. LE MARCHÉ AMONT

65. À ce jour, seule Onati a déployé des boucles locales permettant l'accès à la téléphonie mobile dans l'ensemble des îles habitées de Polynésie française et en particulier dans les archipels éloignés. Viti pour sa part n'est déployée qu'à Tahiti et Moorea. PMT-Vodafone enfin, qui pourrait en théorie fournir des prestations d'itinérance et constituer une alternative au recours au réseau d'Onati, n'est pas déployé dans les archipels éloignés à l'exception de quelques sites isolés.
66. Étant la seule à disposer de ces infrastructures, Onati est donc également la seule en mesure de proposer des prestations d'itinérance sur ce réseau. Il n'existe en outre aucune alternative crédible à ces prestations, au moins à court terme dans les îles reliées par le câble Natitua, compte tenu du coût et du temps nécessaire au déploiement d'un éventuel réseau de couverture alternatif, voire à long terme dans les îles non reliées au câble Natitua mais par des liaisons satellitaires. ²⁴
67. Onati est donc en situation de position dominante, et même de monopole, sur le marché de la prestation de services d'itinérance dans les AE.

²² Arrêt du 14 février 1978, *United Brands / Commission* (27/76, Rec._p._00207).

²³ Voir par exemple ADLC, décision n° 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, non remis en cause sur ce point par CA Paris, Arrêt du 21 décembre 2017 § 42.

²⁴ Voir sur ce dernier point les observations n°1 d'Onati du 30 novembre 2022, pages 31 et s.

2. LE MARCHÉ AVAL

68. La jurisprudence n'impose pas, pour apprécier au regard du droit de la concurrence le comportement d'un acteur en position dominante sur un marché amont sur un marché aval, que l'opérateur intégré soit en position dominante sur le marché aval.
69. Ainsi, dans la décision n°15-D-10, l'ADLC rappelle que « *L'opérateur intégré doit être en position dominante sur le marché de gros amont (arrêt de la CJUE du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige AB/Commission, C-52/09), sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une position dominante sur le marché aval (arrêt du TPIUE du 30 novembre 2000, Industrie des Poudres Sphériques, T-5/97 et décision de la Commission du 4 juillet 2007 Telefonica, COMP38/784, point 284). En effet, la jurisprudence de la Cour admet que les circonstances particulières, prises dans leur ensemble, qui justifient l'application de l'article 102 du TFUE à un comportement constaté sur un marché non dominé, mais connexe au marché dominé et produisant des effets sur le marché non dominé (arrêt de la CJCE du 14 novembre 1996, Tetra Pak/ Commission, C-333/94, points 27 à 31) est applicable dans le cas des pratiques de ciseau tarifaire. Celles-ci « trouvent leur source en amont et leurs effets en aval. Le lien de causalité entre la pratique et l'effet d'éviction en aval provient de l'intégration verticale de l'opérateur dominant et de la nécessité du bien intermédiaire pour construire des offres de détail attractives » (étude thématique du rapport annuel 2008 précitée, p. 158) ».²⁵*
70. Toutefois, il ressort des notes en délibéré que, si ces estimations sont approximatives car elles n'ont pas été collectées sur la base d'une définition harmonisée de la nation de « clients actifs », Onati dispose de parts de marché comprises entre 55 et 60 %, PMT de parts de marché comprises entre 40 et 45 % et Viti de parts de marché comprises entre 0,7 et 0,82 % (soit moins de 1 %) ²⁶.

3. CONCLUSION SUR LA POSITION DOMINANTE DE L'ENTITÉ CONCERNÉE

71. La société Onati dispose d'une position dominante sur le marché de gros de l'itinérance dans les AE. Elle dispose également d'une position prépondérante sur le marché polynésien de détail de téléphonie mobile.

C. SUR LE CARACTÈRE POTENTIELLEMENT ANTICONCURRENTIEL DES PRATIQUES DÉNONCÉES

72. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, à propos du texte métropolitain, rédigé dans des termes très proches de celui applicable en Polynésie française, « *des mesures conservatoires peuvent être décidées (...) dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction, dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée* ».²⁷
73. Il convient donc, en Polynésie française, d'établir si, en l'état des éléments produits aux débats, les faits dénoncés apparaissent susceptibles, comme le soutient la partie saisissante, de constituer une pratique contraire aux articles LP. 200-1 ou LP. 200-2 du code de la concurrence.
74. Il convient également de rappeler que l'appartenance d'une entreprise au secteur public ne la place pas en dehors du champ d'application du droit de la concurrence, comme le dispose l'article LP. 100-1 du code

²⁵ ADLC, Décision n° 15-D-10 du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la tour Eiffel.

²⁶ Voir les notes en délibéré de Viti du 13 mars 2023 et d'Onati du 14 mars 2023.

²⁷ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 novembre 2005, 04-16.857, Publié au bulletin.

de la concurrence : « les règles définies dans le présent code s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, qu'elles soient le fait de personnes publiques ou de personnes privées ». En outre, l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation d'un secteur ouvert à la concurrence ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des règles de droit de la concurrence, ni ne contraint les solutions que pourrait adopter l'Autorité lorsque l'entreprise en cause dispose, dans ce cadre réglementaire, d'une autonomie suffisante pour décider de commettre ou de participer à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle.²⁸

75. Le droit de la concurrence²⁹ considère que si toute entreprise en situation de position dominante doit veiller à ne pas abuser de son pouvoir de marché, cette responsabilité est plus importante lorsque cette position est héritée d'un ancien monopole légal et que la pratique en cause est en lien avec cet ancien statut.
76. En l'espèce, par son statut d'opérateur historique mais également de gestionnaire unique des réseaux de desserte des îles, Onati est le seul opérateur à avoir déployé une boucle locale et un réseau de téléphonie mobile sur l'ensemble des îles habitées de Polynésie française. Il est de ce fait tenu de prendre des précautions particulières pour ne pas entraver le développement des concurrents sur le marché des services de téléphonie mobile par des refus d'accès ou par des conditions tarifaires inéquitables ou discriminatoires.
77. Les pratiques évoquées dans la saisine peuvent être classées selon la typologie suivante, même si certaines d'entre elles peuvent avoir une qualification mixte :
 - abus d'éviction (refus d'accès à une infrastructure essentielle ; ciseau tarifaire) ;
 - abus d'exploitation (prix discriminatoires ; conditions de transaction inéquitables).

1. REFUS D'ACCÈS À UNE INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE

a. PRINCIPES

78. Dans une étude thématique intitulée « *L'orientation des prix vers les coûts* »³⁰, l'ADLC revient sur la question de la tarification de l'accès aux infrastructures essentielles. Elle rappelle que la qualification d'une infrastructure essentielle est le fruit d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence bien établies³¹, qui requiert cinq conditions cumulatives :
 - l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole ou une position dominante ;
 - l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
 - l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
 - l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
 - l'accès à cette infrastructure est possible.

²⁸ Voir par exemple ADLC n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie.

²⁹ Voir notamment CA Paris, 12 décembre 2006, Monnaie de Paris, n° 2006/01743.

³⁰ « *Étude thématique : l'orientation des prix vers les coûts* », Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2002.

³¹ Ces cinq conditions ont été posées par un arrêt de la Cour de justice du 26 novembre 1998 (C-7/97, dit « arrêt Bronner », EU:C:1998:569).

79. La Cour de cassation a précisé que la démonstration du « caractère essentiel » impliquait, pour le concurrent qui réclame l'accès, l'absence de « *solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses* »³².

b. SUR LA QUALIFICATION D'INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE DES PRESTATIONS D'ITINÉRANCE

80. Dans leurs écritures, les parties débattent de la qualification d'infrastructure essentielle des prestations d'itinérance proposées par Onati. En particulier, elles s'opposent sur le caractère indispensable ou non de ces prestations pour permettre à Viti d'exercer une activité sur le marché de détail. Alors qu'Onati considère qu'il existe des alternatives, en particulier le déploiement par Viti de son propre réseau ou le partage d'infrastructures, Viti soutient que celles-ci ne sont pas réalistes et qu'en particulier, s'agissant du partage d'infrastructures, Onati n'a jamais fait de proposition acceptable à Viti.
81. Toutefois, il apparaît à l'Autorité qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si ces prestations relèvent de cette hypothèse.
82. En premier lieu, Onati n'oppose pas à Viti un refus d'accès aux prestations d'itinérance, mais lui propose l'accès à un tarif que Viti juge excessif. Dans un cas similaire, le juge de l'Union européenne a pu considérer que dans ce cas de figure, la démonstration du caractère indispensable de la prestation posée par la jurisprudence antérieure n'était pas requise³³. Ainsi, la Cour a considéré que lorsqu'une entreprise dominante donne accès à son infrastructure mais soumet cet accès à des conditions inéquitables, les conditions énoncées par la Cour dans l'arrêt Bronner ne s'appliquent pas.³⁴ En effet, si de tels comportements peuvent être abusifs en ce qu'ils sont à même de créer des effets anticoncurrentiels sur les marchés concernés, ils ne sauraient être assimilés à un refus d'accès par l'entreprise dominante à son infrastructure, qui pourrait exiger qu'un tel accès lui soit imposé. Par suite, la Cour considère que le standard de preuve de l'abus de position dominante peut être moins strict en l'absence d'un véritable refus.
83. Cette approche a été reprise dans une récente communication de la Commission européenne³⁵ amendant ses orientations en matière d'abus d'éviction de 2008 au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence. Elle distingue ainsi les refus d'accès purs et simples des refus dits « constructifs », exercés à travers des conditions inéquitables, pour lesquels le critère du caractère indispensable ne trouve pas à s'appliquer.
84. En deuxième lieu, selon la jurisprudence européenne, l'obligation réglementaire de l'itinérance dispense également de démontrer le caractère indispensable de la prestation (« *lorsque le cadre réglementaire pertinent impose clairement à l'opérateur historique sur le marché des services de télécommunication à haut débit d'accéder à toutes les demandes de dégroupage de sa boucle locale considérées comme raisonnables et justifiées, afin de permettre à des opérateurs alternatifs, sur cette base, d'offrir leurs propres services sur le marché de détail de masse (ou grand public) des services à haut débit en position fixe, la démonstration, par la Commission, qu'un tel accès présente bien un caractère indispensable, n'est pas requise.* »)³⁶ En effet, dans ce cas de figure, la réglementation contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles une entreprise de télécommunications exerce ses activités sur les marchés concernés et constitue dès lors un élément d'appréciation du caractère abusif ou non des conditions fixées. Or, en l'espèce, l'article D 212-26 du CPT (voir le § 7) impose à l'opérateur historique d'accéder à toutes les demandes d'itinérance considérées comme raisonnables.

³² Cass. Com., 12 juillet 2005, n° 04-12388, NMPP.

³³ Soit les cinq conditions posées par l'arrêt du 26 novembre 1998 (C-7/97, dit « arrêt Bronner », EU:C:1998:569).

³⁴ Affaires C-152/19 (Deutsche Telekom AG contre Commission européenne) et C-165/19 (Slovak Telekom a.s. contre Commission européenne), arrêts de la Cour (troisième chambre) du 25 mars 2021.

³⁵ Commission européenne, Communication from the commission, 27 mars 2023, *Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*. Voir le point 4 de l'annexe.

³⁶ Arrêt du tribunal de l'union européenne du 13 décembre 2018, Slovak telekom, T-851/14, § 115-117, 119, 121.

85. Cette interprétation est partagée par la Cour de cassation, qui a pu estimer en 2018 qu'en présence d'un opérateur détenant une puissance significative sur un marché de gros de la fourniture de prestations reposant sur une infrastructure nécessaire à ses concurrents pour qu'ils se développent sur les marchés aval ou connexes, celui-ci peut être considéré comme abusant de sa position dominante sur le marché considéré, même si le caractère non répliquable des infrastructures dans des conditions économiquement raisonnable n'a pas été établi³⁷, dès lors que la pratique sanctionnée n'était pas un refus d'accès à une infrastructure essentielle.
86. Il s'ensuit que l'Autorité n'est pas contrainte de démontrer le caractère indispensable de l'accès aux prestations d'itinérance pour Viti dans les AE afin de pouvoir qualifier un éventuel abus de position dominante.

2. COMPRESSION DES MARGES (OU CISEAU TARIFAIRE)

a. PRINCIPES

87. Il ressort de la jurisprudence communautaire qu'une entreprise abuse de sa position dominante « lorsque, dans le cas d'une entreprise intégrée dominant le marché, il existe entre les prix des prestations intermédiaires aux concurrents sur un marché en amont et les prix de détail sur un marché en aval un rapport qui se traduit par une restriction de la concurrence sur le marché des prestations intermédiaires ou sur le marché [aval] »³⁸. En effet, « [c]e genre de situation donne lieu à une pression anticoncurrentielle sur les marges commerciales des concurrents, car ces marges sont soit inexistantes soit trop faibles pour permettre à ces derniers d'entrer en concurrence avec l'opérateur historique sur les marchés [aval]. »³⁹. Celle-ci a précisé les modalités de l'analyse de tels effets de ciseau (ou de compression des marges), qui reposent sur celle des coûts de l'entreprise dominante (c'est le principe dit de « l'opérateur aussi efficace ») : « Le caractère abusif des pratiques de prix d'une entreprise dominante revêtant la forme d'un effet de ciseaux tarifaire est lié au caractère non équitable de l'écart entre son prix de détail pour le produit dérivé sur le marché en aval et son prix pour la matière première qu'elle fournit à ses concurrents sur le marché en amont, lorsque la différence entre ces prix est soit négative, soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques de son propre produit dérivé. Il s'ensuit que, pour constater un tel abus, la Commission n'est pas tenue de démontrer que les prix de détail auraient été abusifs en tant que tels (...) La Commission est en droit de fonder son analyse relative au caractère abusif des prix de l'entreprise dominante uniquement par référence à la situation spécifique de celle-ci et, partant, par référence à ses propres tarifs et coûts, et non par référence à la situation de ses concurrents actuels ou potentiels ».⁴⁰
88. Il y a donc effet de ciseau si les coûts imputés au client (coût de production selon le principe de l'opérateur aussi efficace + tarif de l'accès sollicité) sont supérieurs au prix de détail, autrement dit si la marge est négative.
89. Dans le cas où un effet de ciseau tarifaire est constaté, « Le seul constat de la présence d'un effet de ciseau ne suffit pas à caractériser une infraction ; plusieurs conditions doivent être satisfaites pour qu'une pratique de ciseau constitue un abus de position dominante. En premier lieu, l'opérateur intégré doit disposer d'un fort pouvoir de marché en amont. En deuxième lieu, le bien intermédiaire doit être objectivement nécessaire pour l'exercice de la concurrence en aval. En troisième lieu, un ciseau tarifaire étant, par essence, une pratique de groupe, il doit exister un degré suffisant de coordination entre les branches amont et aval de l'opérateur dominant. En quatrième lieu, lorsque des lois ou des réglementations contraignent sa politique tarifaire, l'opérateur intégré doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour être en mesure de supprimer l'effet de ciseau. Lorsque toutes ces conditions

³⁷ Cour de cassation, chambre commerciale, 30 mai 2018 TDF, n° D 16-24.792.

³⁸ Affaire T-271/03 Deutsche Telekom AG contre Commission des Communautés européennes.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

sont vérifiées, l'effet potentiel d'exclusion est présumé et l'autorité de la concurrence n'a pas la charge de prouver l'existence d'effets réels. La pratique est alors considérée comme abusive, sauf si l'entreprise mise en cause peut démontrer qu'elle permet des gains d'efficacité qui compensent l'atteinte portée à la concurrence ».⁴¹

90. Dans une récente communication⁴² amendant ses orientations en matière d'abus d'éviction au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence, la Commission européenne a par ailleurs considéré que dans certains cas de figure – notamment dans les industries de réseau⁴³ - la concurrence pouvait également provenir de concurrents qui ne sont pas aussi efficaces ou pas encore aussi efficaces que l'opérateur en position dominante. Elle a également souligné⁴⁴ que des pratiques de ciseau tarifaire pouvaient être démontrées y compris sans démonstration du caractère objectivement nécessaire du bien pour exercer une concurrence en aval (la deuxième condition énoncée au paragraphe précédent), dès lors qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'un refus d'accès.

b. APPLICATION

91. Le tarif fixe proposé par Onati à Viti pour ses prestations d'itinérance voix et SMS pour l'année 2023 dans les archipels éloignés s'élève à 71,5 MF annuels. Pour apprécier la question d'un éventuel abus de position dominante et notamment celle d'un ciseau tarifaire, il faut déterminer si un tel tarif permet à Viti de rentabiliser ses offres en offrant des tarifs équivalents à ceux que propose Onati à ses propres clients.
92. Cet examen nécessite, d'une part, de procéder à un examen des offres (les recettes), puis, d'autre part, à un examen des coûts, soit celui de la prestation en litige et celui des autres coûts, selon le principe de l'opérateur aussi efficace, qui peut prendre la forme d'une estimation de type CMILT, proche de celle mise en place par Onati mais en excluant les coûts communs de l'assiette.⁴⁵
93. S'agissant des recettes, les offres de détail des trois opérateurs polynésiens en matière de téléphonie mobile sont désormais très proches :
- Les forfaits de Ora (Viti) s'échelonnent de 995 F par mois (pour 2h d'appels et 20 Go de données) à 7 995 F par mois (pour des appels locaux illimités et 100 Go de données par mois).
 - Les forfaits de Vini (Onati) s'échelonnent de 450 F par mois (pour 1h d'appels et 100 Mo de données) à 9 990 F par mois (pour des appels locaux illimités et 150 Go de données par mois).

⁴¹ ADLC, Rapport annuel 2008, Étude thématique, Les pratiques de ciseau tarifaire, pages 147 à 177.

⁴² Commission européenne, Communication from the commission, 27 mars 2023, *Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*. Voir les points 2 (b) et 3 de l'annexe.

⁴³ Exemple cité par Commission européenne, Competition Policy Brief, No 1/2023, *A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance*, page 5

⁴⁴ Commission européenne, Communication from the commission, 27 mars 2023, point 5 de l'annexe.

⁴⁵ Dans ses orientations sur les abus d'éviction (Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009/C 45/02. Voir les § 75 à 90), la Commission européenne évoque en effet ainsi la pratique du ciseau tarifaire (ou compression des marges) : « au lieu d'opposer un refus de fourniture, une entreprise dominante peut fixer, pour le produit vendu en amont, un prix qui, comparé à celui qu'elle pratique en aval, ne permet pas, même à un concurrent aussi efficace, d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval (« compression des marges »). Dans les cas de compression des marges, le critère de référence sur lequel se fondera généralement la Commission pour déterminer les coûts supportés par un concurrent aussi efficace sera le CMMLT de la division en aval de l'entreprise dominante intégrée ». Le CMMLT (ou LRAIC en anglais) est défini ainsi : « le coût marginal moyen à long terme (CMMLT) est la moyenne de tous les coûts (variables et fixes) qu'une entreprise supporte pour fabriquer un produit déterminé. Le CMMLT et le coût total moyen (CTM) sont de bons indicateurs l'un de l'autre ; ils sont identiques dans le cas des entreprises qui ne fabriquent qu'un seul produit. Si des entreprises fabriquant plusieurs produits réalisent des économies de gamme, le CMMLT serait inférieur au CTM pour chaque produit, car les véritables coûts communs ne sont pas pris en compte dans le CMMLT. » Ainsi, le CMMLT est en partie équivalent au CMILT utilisé par Onati, mais il exclut de son assiette la prise en compte de la quote-part de coûts communs imputés par Onati (correspondant au « + » du sigle CMILT +). Ce sont des coûts à ce niveau qu'il faudrait prendre en compte pour estimer l'ensemble des autres coûts d'Onati dans la perspective d'un recours à l'opérateur aussi efficace.

En outre, Vini dispose d'une offre avec 2h d'appels et 5 Go à 1 200 F par mois et d'une offre avec appels illimités et 100 Go à 7 900 F/mois, très proches donc des offres de Viti.

- Les forfaits de Vodafone (PMT) s'échelonnent de 500 F par mois (pour 1h d'appels et 6 Go de données) à 7300 F par mois (pour des appels locaux illimités et 130 Go de données par mois).
94. Pour cette raison, si seul le revenu moyen par client (ou ARPU, pour *average revenue per user*) de Viti est connu, il est probable que celui d'Onati soit proche, même s'il peut exister des différences de structure de la clientèle (par exemple, la part de la clientèle professionnelle). Celui-ci est pour Viti de 2 330 F par mois et par client.⁴⁶
95. En présence de coûts fixes importants, la rentabilité de l'opérateur aussi efficace dépend de la quantité vendue. En l'espèce, pour éviter d'être évincé du marché, il serait nécessaire que le nouvel entrant dispose d'une taille très supérieure pour obtenir une rentabilité positive. Cette taille n'est pas atteignable à court terme de façon réaliste par Viti. En effet, au rythme actuel de croissance de l'opérateur (+ 1623 clients en 2022) et avec 298 500 lignes actives en Polynésie française⁴⁷, il faudrait par exemple 18 ans à Viti pour atteindre une part de marché de seulement 10 %.
96. Or, sans qu'il soit besoin de rentrer dans le détail des coûts imputables et des niveaux de recettes, il apparaît à travers différents ratios que les coûts d'itinérance facturés par Onati ne permettent pas à un opérateur avec les volumes de vente de Viti de commercialiser des offres complètes (intégrant la couverture des AE) autrement qu'en subissant des pertes significatives. Ainsi :
- D'après les prévisions communiquées par Viti en accompagnement de sa saisine, les recettes totales de l'activité mobile de Viti en matière de téléphonie mobile étaient de 69,9 MF en 2022 et les prévisions pour 2023 s'élèvent à 118,4 MF. Ainsi, le montant de la part fixe sollicitée pour le seul tarif fixe de l'itinérance voix et SMS dans les AE (71,5 MF) est supérieur à la totalité des revenus de l'activité mobile en 2022 et équivalente à 60 % des revenus prévisionnels de 2023. Ceci alors même que l'activité de téléphonie mobile implique de nombreuses autres charges (coûts variables, déploiement et entretien de son propre réseau à Tahiti et Moorea, accès à l'itinérance dans l'archipel de la Société, accès aux réseaux de collecte, dépenses d'interconnexion, part des coûts communs, part des frais généraux, commercialisation, etc.), y compris si l'on retient pour ces dépenses les charges exposées par Onati et intégrées à son modèle de coût (en vertu du principe de l'opérateur aussi efficace).
 - En 2022, le revenu moyen par utilisateur (ARPU) de Viti était de 27 960 F annuels. Pour s'acquitter du seul tarif fixe d'itinérance (71,5 MF) dans les AE, il faudrait donc à Viti 2 557 clients supplémentaires dès janvier 2023, et ce toutes choses égales par ailleurs et en faisant l'hypothèse irréaliste que la totalité des revenus de ces utilisateurs pourraient être consacrée à cette dépense (donc qu'ils n'engendreraient aucune charge par ailleurs). Une telle évolution représenterait un doublement en un mois de sa clientèle, alors que d'après Onati elle-même dans ses observations n° 2 du 27 janvier 2023, la société a acquis en 2022, entre 79 et 183 nouveaux clients par mois, pour un total de 1623 nouveaux clients sur l'année.
 - Enfin, en reprenant les prévisions de trafic de Viti pour les années 2022-2023, mentionnées au §148, si on reprend les seules données concernant les appels émis et reçus (en faisant l'hypothèse que le coût des SMS est très bas)⁴⁸, la seule part fixe représenterait une dépense pour Viti de 10 515 F par minute d'appel en 2022, 2 626 F en 2023 et 1 168 F en 2024, un niveau là encore extrêmement élevé, de l'ordre de grandeur du prix d'un forfait mensuel ou du revenu mensuel par utilisateur (2 330 F), mais pour une seule minute d'appel. Par comparaison, le coût variable par minute d'appel est de 0,497 F/minute et plus significatif encore, dans les forfaits proposés par Vini à ses abonnés, le coût d'une minute d'appel hors forfait pour les

⁴⁶ En 2022, le nombre de clients déclarés par Viti était d'environ 2 500. Compte tenu de revenus s'élevant à 69,9 MF, son revenu moyen par utilisateur (ou ARPU, *average revenue per user*) était de 27 960 F annuels, ou 2 330 F mensuels. Les prévisions sont relativement proches pour les années à venir.

⁴⁷ D'après le rapport économique Polynésie française 2021 de l'Institut d'émission d'outre-Mer (IEOM), page 123.

⁴⁸ Le coût variable du SMS est fixé à 1 centime de franc.

forfaits à durée d'appel réduit, supposé donc intégrer tous les coûts induits, y compris les coûts fixes, est de 29,20 F par minute HT⁴⁹, soit un montant 90 fois inférieur⁵⁰ à celui qui serait appliqué aux clients de Viti ayant recours à l'itinérance en 2023.

97. Ainsi, en l'espèce, quelles que soient les comparaisons retenues, il apparaît que le tarif fixe proposé à Viti pour les seules prestations d'itinérance voix et données dans les seuls AE, est susceptible de rendre strictement impossible la commercialisation de forfaits à des tarifs équivalents à ceux de ses concurrents par un opérateur avec un faible volume de vente, sans subir de pertes importantes, et ce même sans avoir à examiner ses autres coûts selon le principe de l'opérateur aussi efficace⁵¹.
98. Il ressort de ce constat que l'offre d'Onati est susceptible de constituer un ciseau tarifaire. En effet, l'opérateur intégré dispose d'un fort pouvoir de marché en amont, le bien intermédiaire est objectivement nécessaire pour l'exercice de la concurrence en aval⁵², il existe un degré suffisant de coordination entre les branches amont et aval de l'opérateur dominant et l'opérateur intégré disposait d'une marge de manœuvre suffisante pour être en mesure de supprimer l'effet de ciseau.⁵³
99. Onati fait valoir que l'augmentation du tarif entre 2022 et 2023 n'est que de 29,4 MF. Cependant cela ne permet pas d'en déduire que ce tarif ne serait pas pour autant excessif. De plus, ce montant supplémentaire pour les frais fixes d'itinérance représente 42 % des revenus totaux de l'activité mobile de Viti en 2022 et 25 % de ceux prévus en 2023, ce qui est très significatif.
100. Onati indique que Viti ne prend pas en compte la répercussion positive des tarifs d'itinérance sur ses terminaisons d'appels mobiles (ci-après « TAM »). Cependant, cette recette n'est en tout état de cause qu'anecdotique pour Viti. Certes, à la suite du jugement du tribunal administratif de la Polynésie française du 29 mars 2022, une partie des coûts supportés par Viti pour l'itinérance sera intégrée à son tarif de TAM 2022-2023 alors même qu'elle ne s'acquitte plus de cette dépense depuis le 1^{er} novembre 2022. Toutefois, la facturation par Viti des tarifs de TAM ne trouve à s'appliquer que lorsque le client d'un autre opérateur appelle un client de Viti (appels entrants), ce qui ne correspond pas à la majorité des appels compte tenu de sa faible part de marché. En outre, Viti, pour sa part, s'acquitte de dépenses similaires pour ses appels sortants. Enfin, l'intégration des coûts d'itinérance totaux (pas uniquement ceux des AE) dans les terminaisons d'appels mobiles, n'a conduit qu'à une augmentation du tarif par minute de de 29 % pour 2022 et 57 % pour 2023 par rapport au tarif antérieurement défini et abrogé, qui excluait les coûts d'itinérance de l'assiette des TAM.⁵⁴ En tout état de cause, la révision éventuelle de ces tarifs pour tenir compte de cette situation nouvelle relève du régulateur sectoriel, le gouvernement de la Polynésie française, seul en charge de déterminer les tarifs des TAM sur le fondement de l'article LP 212-22-1 du CPT.
101. Onati fait constamment valoir que cette tarification aurait été adaptée et même plus favorable à Viti qu'une tarification uniquement variable si Viti avait réalisé les prévisions de son plan d'affaires de 2016, qui accompagnaient la demande d'autorisation de Viti d'exercer en qualité d'opérateur mobile. Cependant, cette circonstance n'est pas de nature à remettre en cause l'impossibilité pour Viti de rentabiliser son offre dans un avenir proche et de justifier l'application des tarifs aujourd'hui en vigueur. En tout état de cause, ces prévisions n'avaient pas été portées à la connaissance d'Onati avant la présente procédure. En revanche, les prévisions de trafic communiquées par Viti pour les années 2022 à 2024, évoquées au § 148, qui indiquent à l'inverse que cette situation déséquilibrée est appelée à perdurer au moins dans les deux

⁴⁹ Grille tarifaire mobile Vini, édition août 2022.

⁵⁰ 2626 / 29,2

⁵¹ Une approximation basse de ces autres coûts est néanmoins possible sur la base des écritures d'Onati. Celle-ci indique en effet que le coût total annuel de couverture des îles polynésiennes est compris entre 2,5 et 3,5 Mds F par an. En prenant la fourchette basse, la plus favorable à Onati, et en la divisant par trois, conformément à la pondération proposée par Onati pour déterminer les coûts d'itinérance, le coût de couverture annuel serait de 833 MF. Il faudrait dans ce cas 29 800 abonnés supplémentaires à Viti pour s'acquitter de ce seul coût fixe, hors de toute dépense variable liée à la consommation et de toute dépense d'interconnexion au réseau de collecte.

⁵² Même si la démonstration de cette condition est superfétatoire ne s'agissant pas d'un refus d'accès.

⁵³ Voir sur ce point ADLC, Rapport annuel 2008, Étude thématique, Les pratiques de ciseau tarifaire, pages 147 à 177.

⁵⁴ APC, avis n°2022-A-03 du 17 octobre 2022 sur la fixation des tarifs de référence d'interconnexion des terminaisons d'appels mobiles des opérateurs de téléphonie mobile PMT/Vodafone et Ora/Viti pour 2022 et 2023, page 8.

prochaines années, ont été communiquées à Onati le 12 janvier 2022, soit avant la fixation du dernier tarif proposé.

102. Le pratique d'Onati est susceptible d'avoir pour effet d'évincer Viti du marché aval, faute pour celle-ci d'être en mesure de s'adresser à la clientèle qui souhaite disposer d'une offre universelle permettant d'accéder à des services de téléphonie mobile dans les archipels éloignés.
103. Il résulte de ce qui précède que les conditions tarifaires proposées par Onati pour des prestations d'itinérance voix et SMS au profit de la société Viti dans les îles des archipels éloignés, notamment depuis qu'elle a mis fin à la réduction tarifaire de 75 % consentie pour tenir compte des parts de marché de Viti, sont susceptibles d'être qualifiées de ciseau tarifaire et d'abus de position dominante au sens de l'article LP. 200-2 du code de la concurrence.

3. PRIX DISCRIMINATOIRES

a. PRINCIPES

104. Parmi les pratiques prohibées au titre des pratiques anticoncurrentielles, les discriminations peuvent constituer un abus lorsqu'elles sont le fait d'entreprises détenant une position dominante, au sens de l'article LP 200-2 du code de la concurrence polynésien qui prévoit que : « *Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à (...) 3° Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* ».
105. Or, en vertu des principes généraux du droit de l'Union, la notion de discrimination consiste non seulement à traiter de manière différente des situations similaires, mais aussi à traiter de manière identique des situations objectivement non similaires (CJCE 17 juillet 1963, République Italienne c/ Commission, aff. C-13/63).
106. Selon un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne (19 avril 2018, Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia) : « *la notion de « désavantage dans la concurrence », au sens de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise, dans l'hypothèse où une entreprise dominante applique des prix discriminatoires à des partenaires commerciaux sur le marché en aval, la situation dans laquelle ce comportement est susceptible d'avoir pour effet une distorsion de la concurrence entre ces partenaires commerciaux. La constatation d'un tel « désavantage dans la concurrence » ne requiert pas la preuve d'une détérioration effective et quantifiable de la position concurrentielle, mais doit se fonder sur une analyse de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce qui permet de conclure que ledit comportement a une influence sur les coûts, sur les bénéfices, ou sur un autre intérêt pertinent d'un ou de plusieurs desdits partenaires, de sorte que ce comportement est de nature à affecter ladite position.* »

b. APPLICATION

107. Onati avance que la fixation de modalités de tarification dites « binomiales », avec une part fixe et une part variable, provient d'une demande du troisième opérateur, PMT, exprimée entre autres lors d'un comité de pilotage en date du 15 janvier 2019⁵⁵, et qu'il a donc – par souci d'équité entre les opérateurs – appliqué un tarif similaire à Viti.
108. Toutefois, cette argumentation est contestable.
109. Pour apprécier la question des tarifs discriminatoires, dès lors que les tarifs de la prestation d'itinérance voix et SMS dans les AE sont les mêmes pour les deux sociétés, la question est de savoir si la prestation qui leur est fournie en contrepartie de ce prix est équivalente. Dans le cas contraire, il s'agit de savoir si

⁵⁵ Voir les observations n°1 de PMT, points 318 et suivants.

cette différence est susceptible d'être à l'origine d'un désavantage dans la concurrence pour la société Viti.

110. En premier lieu, les sociétés n'ont pas la même maturité sur le marché. Viti est entrée sur le marché en 2020, mais a pâti de deux premières années perturbées par la crise sanitaire, qui a été défavorable à son développement initial. Elle a donc trois ans de présence, mais avec une année seulement où elle a été à même de se développer de manière normale et conforme à son plan de charge (2022). Or, PMT a bénéficié d'une tarification uniquement variable de 2013 (date de son entrée sur le marché) à 2018, soit pendant 6 années⁵⁶, ce qui n'est pas le cas de Viti, qui a dès la première année dû s'acquitter d'un tarif fixe, qui, même s'il a été pendant trois ans réduit de 50 % à 75 %, a toujours été très supérieur à son usage réel. PMT a donc bénéficié de conditions de tarification plus favorables à son développement, puisque - la facturation variable conduisant à une tarification fonction de ses seuls usages - elle était par sa nature plus favorable qu'une facturation correspondant à un tiers des coûts fixes, du moins tant que ses parts de marché sont demeurées inférieures à ce niveau.
111. En deuxième lieu, Onati fait valoir dans ses écritures que le montant total lié à l'itinérance était en valeur absolue comparable pour les deux opérateurs au même stade de leur développement – nonobstant des modalités de calcul différentes⁵⁷. Cependant, cet argument fait abstraction de ce que le coût global de cette prestation de gros s'est fortement réduit entre ces deux périodes. Ainsi, alors qu'il était évalué selon la même méthodologie, le tarif fixe pour l'itinérance dans les AE sollicité par Onati auprès de Viti était de 163 MF en 2020, contre 71,5 MF en 2023, soit plus du double. Cette réduction des tarifs s'est d'ailleurs traduite parallèlement par une réduction rapide du coût des forfaits et donc des recettes des opérateurs par client. Par suite, soutenir que les deux opérateurs s'acquittaient pour cette prestation d'un tarif comparable en valeur absolue en 2014-2015 (pour PMT) et en 2020-2021 (pour Viti) signifie en réalité que le coût relatif était bien plus important pour le second opérateur et que compte tenu de la réduction du coût des forfaits, celui-ci doit nécessairement convaincre un nombre bien plus élevé de clients d'opter pour ses offres pour compenser ce coût.
112. En troisième lieu, les deux opérateurs ne sont pas dans la même situation sur le marché et ne reçoivent par conséquent pas la même prestation. PMT a sollicité la modification de ses conditions de facturation, d'un tarif variable vers un tarif essentiellement fixe, alors qu'il représentait entre un quart et un tiers du marché⁵⁸. Il était donc acceptable pour lui qu'Onati lui facture un tiers de son coût de couverture. Aujourd'hui, bien que les données soient approximatives, PMT dispose de parts de marché estimées entre 40 et 45 %. En revanche, il est constant que Viti dispose de parts de marché inférieures à 1%. Ces deux opérateurs sont donc dans des situations très différentes. Ainsi, en reprenant les données de clientèles transmises par Onati dans sa note en délibéré (2 500 clients pour Viti et 141 000 pour PMT), avec un coût fixe de 71,5 MF pour chaque opérateur, le coût fixe à acquitter par client est de 507 F annuels pour PMT et de 28 600 F pour Viti, soit un rapport de 1 à 56. Il peut ainsi paraître curieux de leur imputer des coûts fixes équivalents sur le seul fondement d'un droit d'usage théorique du réseau, alors même que les évactions respectives de clients d'Onati vers chacun des opérateurs concurrents, qui justifierait l'imputation de coûts fixes à ces opérateurs par l'opérateur dominant, sont très différentes. Il s'ensuit que les deux opérateurs s'acquittent d'un même tarif fixe, mais ne reçoivent pas la même prestation.
113. Or, Onati est en matière de prestation d'itinérance libre de ses prix, fixés par une négociation commerciale et, sur le plan du droit de la concurrence, rien ne s'oppose, au contraire, à ce qu'elle pratique des prix différents à des clients placés dans une situation différente⁵⁹. Dans le cas contraire en effet, elle est susceptible de déséquilibrer les chances de ses différents clients, privant le marché et les consommateurs des bénéfices de l'exercice d'une concurrence par les mérites. En l'espèce, si le principe d'une orientation vers les coûts de ses tarifs de couverture par l'opérateur dominant, le cas échéant majorée d'une

⁵⁶ Voir les observations n°1 d'Onati, points 328 et suivants.

⁵⁷ Voir les observations n°1 d'Onati, points 330 et suivants.

⁵⁸ Voir APC, Avis n° 2020-A-02 du 17 juin 2020, p. 55.

⁵⁹ ADLC, décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, paragraphe 158 ; décision n° 20-D-15 du 27 octobre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de déplacements aériens professionnels, paragraphe 89.

rémunération raisonnable, apparaît légitime, car dans le cas contraire il connaîtrait des pertes non compensées, ce tarif fixe ne doit pas s'écarter manifestement de ce que lui coûte réellement cette prestation, qui correspond au coût d'usage (variable) et à des coûts fixes qui doivent rester proportionnels au nombre d'utilisateurs, dont les parts de marché des deux opérateurs peuvent *a priori* donner une approximation.

114. Les modalités de tarification appliquées par Onati sont donc susceptibles de constituer une discrimination au détriment de Viti, dernier opérateur entré sur le marché, *a fortiori* depuis que la réduction du tarif fixe dit « de couverture » a été ramenée de 75 % à 25 % (le 8 juillet 2022) puis à 0 (le 8 janvier 2023), conduisant à un décalage plus significatif encore avec ses parts de marché. Elles sont susceptibles de conduire à une distorsion dans la concurrence, qui pourrait conduire à son éviction de ce marché, faute de pouvoir couvrir un tel niveau de coût fixe, ou parce que la couverture de ces coûts réduit d'autant sa capacité d'investissement et la possibilité pour cet opérateur de développer son propre réseau. Inversement, par les recettes que ces tarifs apportent à Onati, ce dernier opérateur augmente ses revenus nets au-delà des coûts associés et renforce par suite sa capacité d'investissement et sa position sur le marché.

4. CONDITIONS DE TRANSACTION INÉQUITABLES ET PRIX ABUSIFS

a. PRINCIPES

115. Dans un arrêt du 7 avril 2022 relatif à un recours de Google contre une décision de l'ADLC (19-D-26), la Cour d'appel de Paris⁶⁰ a ainsi défini l'abus d'exploitation.

« La jurisprudence, nationale comme européenne, distingue usuellement les abus dits « d'exploitation » des abus dits « d'exclusion », (...)

S'agissant des abus d'exploitation, cette notion vise, notamment, l'hypothèse dans laquelle une entreprise en position dominante utilise les possibilités qui découlent de cette position pour obtenir des avantages de transactions qu'elle n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace (CJUE, arrêts du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continentaal/Commission, C-27/76, paragraphe 249, et Kanal 5 et TV 4, précité, paragraphe 27), ce qui recouvre notamment les pratiques visées à l'article 102, sous a), du TFUE. Peuvent constituer des abus d'exploitation (...) l'imposition d'autres conditions de transaction non équitables (CJUE, arrêts du 5 octobre 1988, Alsatel, C-247/86 point 10 ; arrêt du 25 novembre 2020, SABAM, C-372/19, point 25). (...)

Toutefois (...) comme l'a justement relevé la décision attaquée (§351 et 352), quelle que soit la nature de la pratique d'exploitation commise, le standard de preuve reste identique.

Il implique d'apprécier si les comportements de l'entreprise dominante ont été accomplis dans une « mesure raisonnable » (CJUE, arrêts précités United Brands, paragraphe 189 et Kanal 5 et TV 4, paragraphe 26), et sur la base d'une « justification objective » (CJUE, arrêt du 16 septembre 2008, C-468/06, Sot. Lélos kai Sia, paragraphe 34) en vérifiant le caractère à la fois nécessaire et proportionné du comportement pour remplir l'objectif poursuivi par l'entreprise dominante. »

116. Ainsi, la démonstration d'un abus d'exploitation relatif à des conditions de transaction inéquitables exige de montrer si les comportements de l'entreprise dominante ont été accomplis dans une « mesure raisonnable » et sur la base d'une « justification objective », ce qui implique de vérifier le caractère nécessaire et proportionné du comportement.
117. S'agissant ici des seules conditions tarifaires, un prix est inéquitable (ou abusif) s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, il s'agit d'apprécier s'il y a imposition d'un prix inéquitable soit en termes absolus, soit par comparaison avec les produits concurrents (CJUE, C-27/76, *United Brands et United Brands*

⁶⁰ Cour d'appel de Paris, n° RG 20/03811, 7 avril 2022, Google, § 124 et s.

Continental/Commission, 14 février 1978, § 252 ; CJUE, C-177/16, *l'AKKA/LAA c/ Konkurences padome*, 14 septembre 2017, § 61).

b. APPLICATION

118. Si répondre favorablement à une demande de prestation d'itinérance raisonnable est une obligation (article D 212-26 du CPT), ses conditions tarifaires ne sont pas réglementées et sont fixées dans le cadre d'une négociation contractuelle entre l'opérateur d'accueil et l'opérateur accueilli.
119. Onati est le seul offreur de services d'itinérance dans les AE. Les dispositions précitées laissent à Onati une large autonomie de conduite dans la détermination de la structure et du niveau de ses tarifs. Or, les modalités de tarification influent sur les coûts de l'opérateur accueilli et sont susceptibles d'influer sur la nature de ses offres. La structure et le niveau de la tarification de l'itinérance sont également décisifs pour inciter ou non un opérateur à déployer un réseau, à le densifier et à le sécuriser. Elles constituent enfin une source de revenus parfois significative pour l'opérateur d'accueil.
120. L'ADLC a déjà eu l'occasion d'indiquer que l'opérateur historique, titulaire ou ancien titulaire d'un monopole légal, détient une responsabilité renforcée à cet égard et « *doit veiller à éviter toute exploitation abusive de moyens qui ne sont pas reproductibles par les nouveaux entrants sur le marché ouvert à la concurrence à un coût raisonnable et selon des délais acceptables, eu égard à sa responsabilité particulière sur le marché* »⁶¹. Il importe en effet que les avantages concurrentiels dont il dispose soient utilisés de manière à ne pas obérer le fonctionnement concurrentiel du marché.
121. Dans un avis n° 08-A-16 du 30 juillet 2008, le Conseil de la concurrence a considéré que : « *[i]l ressort de la jurisprudence des autorités de la concurrence qu'une entreprise, en position dominante sur un marché, peut abuser de cette position en offrant des prestations de gros, qui empêchent de la concurrencer sur un marché de détail, dans des conditions telles qu'elles ne permettent pas l'exercice d'une concurrence effective. Sont alors prises en compte tant les conditions techniques de cette offre (voir les décisions n° 04-D-18 du 4 mai 2004 et n° 05-D-59 du 7 novembre 2005) que leurs conditions tarifaires (voir en ce sens les deux décisions précédentes ainsi que les décisions de la Commission européenne du 21 mai 2003, Deutsche Telekom, confirmée par le TPICE dans un arrêt du 10 avril 2008, et du 4 juillet 2007, COMP 38784, Telefonica SA). / Ces analyses peuvent être faites alors que la prestation de gros est une facilité essentielle et que l'opérateur en position dominante est tenu de la fournir (voir en ce sens les décisions citées) mais aussi dans le cadre d'une relation commerciale existante. Le Conseil a, par exemple, estimé dans la décision n° 04-MC-07 du 28 juin 2007 que même si aucune obligation d'approvisionnement ne pesait sur EDF, le comportement commercial que le fournisseur avait adopté en concluant le contrat constituait une pratique pouvant être qualifiée au regard du droit de la concurrence* »⁶².
122. Ainsi, le propriétaire de l'infrastructure, qu'elle soit ou non qualifiée d'essentielle, dès lors qu'il est en position dominante sur le marché amont, ce qui est le cas d'Onati, doit garantir l'accès à celle-ci dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires.

i. S'agissant du modèle de coût retenu

123. En premier lieu, l'Autorité rappelle qu'elle a déjà dit à plusieurs reprises que faute de comptabilité véritablement séparée, les données communiquées par Onati sont particulièrement opaques.⁶³ L'Autorité n'est donc pas en mesure de les évaluer dans le cadre de cette procédure, même si Onati produit un rapport du 8 février 2023 d'un cabinet d'expertise comptable concluant à la pertinence des données d'entrée utilisées et des hypothèses retenues pour construire le modèle CMILT + et allouer les coûts en fonction des usages.

⁶¹ ADLC, décision 17-D-06, § 128.

⁶² ADLC, avis n° 08-A-16 du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile.

⁶³ APC, décision 2001-PAC-01 et avis 2020-A-02 et 2017-A-02.

124. En second lieu, dans ses avis 2020-A-02 et 2022-A-03, l’Autorité a déjà eu l’occasion de dire que le modèle retenu par le régulateur polynésien pour déterminer le coût, réglementé, des terminaisons d’appels mobiles des différents opérateurs, soit le modèle CMILT + (ou LRAIC + en anglais) retenait une assiette de coût très large et se rapprochait d’un modèle à coût complet de la prestation considérée. Ce coût intègre non seulement les coûts directs associés au produit considéré, qu’ils soient fixes ou variables, notamment les coûts fixes de déploiement du réseau (en partant du réseau effectivement déployé par Onati et non d’un réseau optimal théorique) mais aussi un prorata des coûts communs même non liés à la prestation particulière concernée (correspondant au « + » du sigle CMILT +). Elle a ainsi fait valoir qu’un modèle plus incrémental, dit « CILT-pur » (LRIC en anglais) aurait sans doute été préférable pour développer les usages.
125. Il ressort d’ailleurs d’un examen des recommandations de différents régulateurs que le modèle habituellement préconisé dans des situations similaires est souvent un modèle dit CILT-pur, qui exclut de son assiette les coûts fixes liés au déploiement du réseau. Ainsi :
- en matière de terminaison d’appels fixe et mobile, la Commission européenne recommande l’usage d’un modèle de CILT-pur : *« [c]ompte tenu des caractéristiques particulières des marchés de la terminaison d’appel, le coût des services de terminaison d’appel doit être calculé à partir des coûts différentiels à long terme (LRIC) prospectifs. Dans un modèle LRIC, tous les coûts sont variables et, comme on suppose que tous les actifs sont remplacés à long terme, fixer les redevances en fonction des LRIC permet de recouvrer efficacement les coûts. »*⁶⁴
 - en matière d’accès au réseau à haut débit, elle recommande aux régulateurs l’usage d’un modèle de CILT + *bottom up* (*« Pour fixer les tarifs de gros d’accès par le cuivre et par le réseau NGA, dans les cas où il est approprié, proportionné et justifié d’imposer des mesures correctrices d’orientation vers les coûts conformément à l’article 16, paragraphe 4 de la directive 2002/21/CE et à l’article 8, paragraphe 4 de la directive 2002/19/CE, les ARN devraient adopter une méthode de calcul des coûts BU LRIC+ (modèle ascendant des coûts différentiels à long terme plus) qui associe une approche de modélisation ascendante utilisant le modèle LRIC comme modèle de coûts à une majoration pour la récupération des coûts commun. »*)⁶⁵ et non un modèle à coût moyen ;
 - pour sa part, le BEREC, qui regroupe les régulateurs européens des télécommunications, recommande également pour l’itinérance internationale (entre États) d’utiliser des modèles de coûts dits CILT⁶⁶.
126. L’ADLC a indiqué les avantages concurrentiels qu’il y avait à opter pour un coût purement variable notamment pour un nouvel entrant : *« L’itinérance peut donc permettre à l’opérateur accueilli de réduire ses coûts fixes de réseau et de substituer à une partie de ces coûts fixes des coûts variables correspondant à la facturation de l’itinérance, coûts variables qui ne sont dû qu’en cas d’acquisition de clients. Cette structure de coûts comprenant une plus grande part de coûts variables peut être avantageuse dans une économie de coûts fixes, en particulier pour un opérateur dont la part de marché est réduite, ce qui est par nature le cas d’un opérateur nouvel entrant ou récemment entré sur le marché. Elle limite le désavantage qu’a naturellement un « petit » opérateur de réseau qui dispose de relativement moins d’économies d’échelle qu’un opérateur dont la part de marché est déjà substantielle. »*⁶⁷
127. Or, en l’espèce, la facturation des prestations d’itinérance par Onati relève d’une logique de coût moyen (c’est-à-dire intégrant au coût annuel les coûts fixes spécifiques à l’infrastructure ou à la prestation

⁶⁴ Recommandation de la commission du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d’appels fixe et mobile dans l’UE (2009/396/CE).

⁶⁵ Recommandation de la commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l’investissement dans le haut débit, (2013/466/UE).

⁶⁶ International Mobile Roaming Regulation, BEREC, 2010.

⁶⁷ ADLC, Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d’itinérance sur les réseaux mobiles, § 131 et 132.

concernée) plutôt que de coût marginal ou incrémental (n'intégrant que les coûts de production d'une unité supplémentaire).

128. Pourtant, Onati a déjà déployé son réseau sur l'ensemble des îles avant l'arrivée de Viti sur le marché et l'aurait fait de toute façon du fait de sa situation d'opérateur historique et de ses obligations de service public, qui se sont au demeurant souvent accompagnées de l'attribution de fonds publics (dont Onati précise cependant qu'ils ont bien été déduits des coûts intégrés au modèle). Le trafic de l'itinérance vient ici s'ajouter à celui d'un réseau situé dans des zones peu denses, disposant de capacités d'accueil suffisantes et donc sans engendrer de coût fixe supplémentaire en tout cas s'agissant de la voix et des SMS.
129. En théorie, de tels coûts devraient donc être préférablement couverts par un coût variable, déterminé selon le seul incrément représenté par l'usage marginal de Viti, ou à tout le moins par un coût fixe ne retenant que cet incrément.
130. Onati fait valoir que le modèle retenu suit la même méthode que celle prévue par le CPT pour les tarifs réglementés des terminaisons d'appels mobiles (ci-après « TAM »). Ce modèle intègre toutes les dépenses, mêmes indirectes, affectées aux usages concernés. Toutefois, il convient de noter que s'agissant des TAM, le caractère maximaliste de ce modèle de coût connaît plusieurs correctifs : d'une part, il s'agit d'un tarif réciproque, que les opérateurs se facturent entre eux pour l'acheminement des appels de leurs concurrents ; d'autre part, le régulateur a fait le choix de tarifs asymétriques entre les opérateurs, le tarif facturé par les nouveaux entrants, en phase d'investissement, étant plus élevé que celui de l'opérateur historique, dont le réseau est davantage amorti et qui bénéficie d'économies d'échelles plus importantes. Il en résulte des flux relativement équilibrés entre opérateurs. Un tel rééquilibrage n'est pas possible s'agissant des prestations d'itinérance, qui sont en Polynésie française asymétriques.
131. Ainsi l'approche d'Onati conduit à un tarif de couverture maximaliste. Or, s'agissant d'un tarif libre, Onati n'avait aucune obligation de recourir au même modèle que pour les tarifs réglementés des terminaisons d'appels mobiles. Onati avait l'autonomie suffisante pour proposer des tarifs déterminés selon d'autres modalités, ce qu'elle a d'ailleurs fait au cours des premières années de déploiement de Viti, en lui proposant un tarif d'itinérance réduit, et au cours des premières années de déploiement de PMT-Vodafone, en lui proposant un tarif uniquement variable. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le caractère potentiellement inéquitable du modèle de coût retenu dans le cadre des mesures conservatoires, dès lors que d'autres pratiques apparaissent déjà susceptibles de contrevenir aux dispositions de l'article LP 200-2 du code de la concurrence (voir notamment les § 103, 114 et 157).

ii. S'agissant du caractère binomial de la tarification

132. Le fait pour le prestataire d'un service d'itinérance de facturer une part fixe n'est pas en soi problématique. Il s'agit d'une prestation dont les tarifs ne sont pas réglementés mais font l'objet d'une négociation commerciale entre les parties, et les modalités de tarification ne sont donc pas contraintes par les textes.
133. Ainsi que l'indique une note de l'OCDE sur les coûts en matière de télécommunications⁶⁸, sur le plan de l'analyse économique, en fournissant un service d'accès à son infrastructure (ici le réseau 2G), l'opérateur également présent sur le même marché de détail que son client (ici les services de téléphonie mobile sur le marché de détail), présente des coûts de deux ordres :
 - i. il accroît son propre coût marginal en raison de l'accroissement de la production ;
 - ii. il se prive d'une contribution à ses coûts fixes, en raison de la perte d'une partie de la demande (à hauteur des parts de marché qui passent à son concurrent), d'autant plus importante que les services rendus par les deux sociétés sont proches voire identiques, ce qui est le cas en Polynésie française.

⁶⁸ Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Vol. 5, n° 3, 2003, Questions de concurrence et de réglementation en matière de télécommunications, Note de référence, Darryl Biggar.

134. Si la première composante (i) a vocation à être financée par un tarif variable, fonction du volume acquis, la seconde (ii) peut légitimement l'être par un tarif fixe.
135. Dans le même sens, dans un avis de 2013, l'ADLC considère que : « Pour l'opérateur d'accueil, la proposition d'un contrat d'itinérance peut constituer une démarche favorable après la prise en compte de différents éléments dans son calcul économique. Cela suppose que les recettes du contrat d'itinérance excèdent à minima les coûts incrémentaux qu'il supporte pour fournir cette prestation, et qu'elles sont aussi supérieures à la perte de revenus anticipée sur le marché de détail (effet de « cannibalisation ») »⁶⁹.
136. C'est l'existence de cette dernière composante qui explique que le prix d'accès à l'itinérance pour un opérateur local soit souvent supérieur au coût d'accès à ce même service pour les opérateurs étrangers, car ceux-ci ne sont pas les concurrents de l'opérateur d'accueil sur le marché local et ne le privent d'aucune contribution aux coûts fixes. De plus, dans le cas de l'itinérance internationale, les prestations entre opérateurs sont réciproques et les deux opérateurs, qui ont à la fois des charges et des recettes liées à l'itinérance, doivent obtenir les conditions les plus favorables possible pour l'accès au réseau étranger, ce qui crée collectivement une incitation à réduire autant que possible les tarifs pratiqués, comme pour les terminaisons d'appel mobile entre opérateurs. Ainsi, contrairement à ce que soutient Viti dans sa saisine⁷⁰, il n'est donc pas illégitime dans le cas présent que les tarifs appliqués par Onati pour l'itinérance internationale soient plus favorables que ceux qui lui sont proposés et soient purement variables. Cette condition doit permettre à Onati d'obtenir également des tarifs avantageux pour l'itinérance de ses propres clients lorsqu'ils voyagent à l'étranger. En outre, l'accès accordé à ces opérateurs ne prive pas Onati de parts de marché sur le marché local.
137. À l'inverse, dans le cas du déploiement unilatéral d'un réseau par un opérateur, souvent l'opérateur historique, et dans le cadre de flux à sens unique, il est légitime que le tarif intègre une part des coûts de couverture, dans la mesure où l'opérateur historique qui met à disposition son réseau ne doit pas être le seul à le financer, sous peine de créer une désincitation à l'investissement.
138. La couverture des archipels éloignés rentre de toute évidence dans le cas d'une telle prestation asymétrique, puisque, d'une part, Onati est en situation de monopole de droit dans la desserte régionale, mais également de monopole de fait dans le déploiement de sites 2G locaux. La couverture du réseau est donc très déséquilibrée et Onati est le seul prestataire des prestations d'itinérance, sans réciprocité. Il n'est donc pas illégitime qu'une partie des coûts de couverture soient imputée à l'opérateur accueilli. En effet, il est en mesure de capter une clientèle nouvelle sans déployer son propre réseau, ce qui limite son incitation à investir. En outre, l'opérateur historique ne doit pas connaître une perte du fait qu'il finance son réseau au profit des abonnés d'un autre opérateur plutôt qu'à celui de ses propres abonnés.
139. Cependant, il convient de préciser que le « risque » évoqué par Onati dans ses écritures et en séance est minime, dès lors que la société fait partie intégrante de l'EPIC OPT, régulièrement subventionné par la Polynésie française.
140. Une facturation mixte ou binomiale n'est donc pas incompatible avec le droit de la concurrence. Il faut noter que les modalités de facturation fixes et variables ne sont pas nécessairement exclusivement consacrées, l'une aux dépenses variables, et l'autre aux dépenses indépendantes des quantités. Des pertes de couverture des coûts fixes peuvent tout à fait être intégrées à un coût variable.⁷¹

iii. S'agissant de la prise en compte dans le tarif d'infrastructures dont Viti n'a pas l'usage

141. D'après les données communiquées par Onati, alors qu'en 2017, 93 des 94 sites de téléphonie mobile dans les AE étaient des sites 2G (le dernier étant un site 3G), en 2022, seuls 45 sont des sites 2G tandis que 52 sites ont été transformés de manière à accueillir la 4G. Le coût de couverture du réseau déterminé par Onati intègre à la fois les sites 2G, anciens, et toujours présents notamment sur les îles les plus

⁶⁹ Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles.

⁷⁰ Saisine de Viti du 3 octobre 2022, pages 26 et s.

⁷¹ Cette contribution est souvent estimée selon un principe tarifaire dit de *retail plus*. Le coût fixé correspond au prix de détail perçu par l'opérateur accueillant, majoré d'une contribution liée à cette perte de clientèle. Ce prix est donc directement lié à l'usage effectif du réseau et non purement forfaitaire.

éloignées qui n'ont pas accès à la 4G, et les sites renouvelés et passés en 4G sur les îles récemment reliées au nouveau câble sous-marin Natitua et qui ont maintenant du haut débit.

142. Or, Viti conteste l'intégration au coût de revient de ces sites renouvelés. En effet, elle souhaite recourir à la seule itinérance en matière de voix et SMS et n'a pas l'intention d'offrir à ses abonnés des prestations d'itinérance en matière de données mobiles. Par suite, elle considère qu'elle ne devrait pas être tenue de prendre en charge des dépenses de renouvellement de sites, pour un passage à la 4G, alors qu'elle n'en aura pas l'usage puisque les sites 2G sont suffisants à couvrir ses besoins. Elle indique que, par ailleurs, ces sites sont anciens et amortis et que ne pas les prendre en compte devrait conduire à une réduction très significative des coûts fixes⁷². Il est certain que la transformation des sites 2G en 4G ne présente – à ce stade – aucune valeur ajoutée pour Viti, dès lors qu'il n'est pas contesté que l'ancien réseau 2G est suffisant pour son usage.
143. Onati rétorque que le modèle de coûts dit *bottom up scorched node* part du réseau existant, et qu'il n'existe aucune raison de dispenser Viti des coûts de couverture nécessités par le remplacement des anciens sites 2G par des sites 4G, ajoutant qu'elle ne lui impute en revanche que le prorata des coûts de couverture liés aux usages voix et SMS et pas aux data⁷³. Toutefois, si les améliorations supposées des infrastructures ont permis de prendre en charge sur le réseau existant des nouveaux usages relatifs aux données, dès lors qu'Onati dit recourir à un modèle à coût incrémental, ce coût aurait dû être minime voire nul pour la voix et les SMS, y compris au titre des investissements pris en charge par une part fixe.
144. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le caractère potentiellement inéquitable de la prise en compte dans le tarif d'infrastructures dont Viti n'a pas l'usage dans le cadre des mesures conservatoires, dès lors que d'autres pratiques apparaissent déjà susceptibles de contrevenir aux dispositions de l'article LP 200-2 du code de la concurrence (voir notamment les § 103, 114 et 157).

iv. S'agissant de la répartition des coûts fixes en trois parts égales

145. Une fois le coût total de couverture déterminé pour les archipels éloignés, Onati le divise en trois parts égales, attribuées à chacun des trois opérateurs (directement pour PMT et Viti, indirectement pour Onati).
146. Ce montant forfaitaire de 71,5 MF doit être acquitté pour bénéficier du droit à l'itinérance, que les opérateurs aient ou non recours à cette prestation et indépendamment du nombre de leurs clients y recourant. Or, les parts de marché des trois opérateurs sont extrêmement différentes. En particulier, le plaignant, Viti, a une part de marché dérisoire (moins de 1 %). Concrètement, le coût du réseau ramené à la clientèle de chaque opérateur, qui n'ont pas tous ni accès ni besoin de ce service, ressort à 28 600 F annuels par utilisateur de Viti, 507 F par utilisateur de PMT (56 fois moins) et 447 F par utilisateur d'Onati en retenant la fourchette basse (64 fois moins) et 340 F en retenant la fourchette haute (84 fois moins).⁷⁴
147. Ainsi qu'il a été dit plus haut (§ 132 et s.), si sur le principe, un coût fixe peut être imputé par un opérateur proposant une prestation d'itinérance, au motif qu'il peut perdre des clients de ce fait et rendre ainsi plus difficile la couverture de ses coûts de réseau, encore faut-il que cette imputation soit en adéquation avec le nombre de clients concernés. Or, en l'espèce, Viti se voit facturer le tiers des coûts de réseau pour un nombre dérisoire de clients. Le prix d'accès peut compter une composante reflétant la contribution aux coûts fixes, mais à hauteur de la fuite de clientèle vers les nouveaux opérateurs et non de la totalité du coût de déploiement de ce réseau.
148. Viti a également communiqué des prévisions de croissance, qui montrent que les quantités d'appels demeureront probablement faibles dans les deux années à venir. Elle les estime comme suit.

⁷² Saisine de Viti u 3 octobre 2022, pages 23 et s.

⁷³ Observations n°1 d'Onati du 30 novembre 2022, annexe 10, rapport du cabinet Terra Consultants, page 12.

⁷⁴ Données de clientèles issues de la note en délibéré d'Onati du 14 mars 2023.

Prévisions de trafic en itinérance dans les archipels éloignés (données Viti)⁷⁵

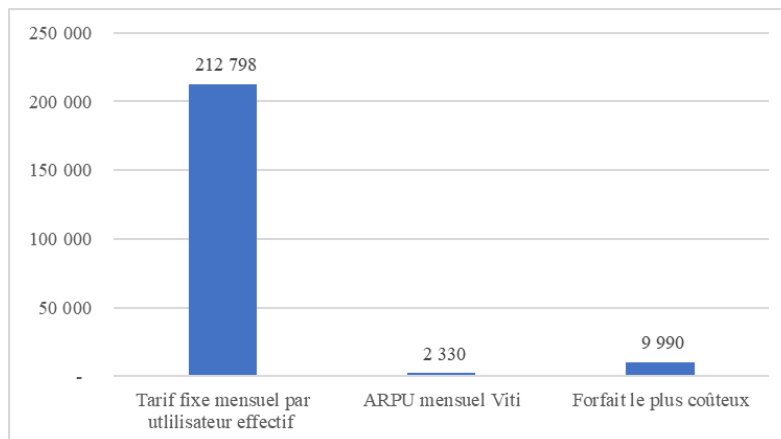
	Appel émis (en minutes mensuelles)	Appels reçus (en minutes mensuelles)	SMS émis (mensuel)	SMS reçus (mensuel)
2022	4 000	2 800	3 200	2 240
2023	16 000	11 200	12 800	8 960
2024	36 000	25 200	28 800	20 160

149. Onati lui oppose l'argument qu'elle donne à Viti un droit d'accès à l'intégralité de son réseau dans les AE et que la circonstance que celui-ci soit ou non effectivement utilisé est sans incidence. Toutefois, Onati, qui a déployé son réseau bien avant l'arrivée de Viti sur le marché, se serait de toute façon acquittée de ces dépenses. De plus, l'arrivée de Viti n'augmente ses coûts qu'à hauteur, d'une part, des coûts liés à l'usage supplémentaire du réseau du fait des prestations offertes à Viti (un coût variable lié aux consommations effectives), et, d'autre part, de la perte éventuelle de ses clients vers un opérateur concurrent. Or, Onati impute à Viti des coûts fixes aussi élevés que les siens pour un réseau qu'elle n'utilise que très marginalement.
150. En outre, des opérateurs extérieurs ont également accès au réseau d'Onati, notamment des opérateurs étrangers. Ils rémunèrent Onati pour cette prestation, soit directement, soit par un accès privilégié à leur propre réseau (prestations symétriques), ce qui accroît l'utilisation de son réseau par Onati au-delà de sa clientèle propre. Cela vient réduire la part des coûts attribuables à Onati.
151. Si Onati oppose qu'elle est en droit de récupérer les coûts exposés selon le principe d'orientation vers les coûts de ses prestations de gros, donc au-delà du coût marginal et en intégrant ses investissements (le coût moyen), cela ne signifie pas que le prix fixe doit être apprécié indépendamment de la demande, s'agissant *in fine* de prestations vendues à l'unité, en minutes ou par SMS. En effet, en facturant un tiers du coût total de couverture (33%) pour une part de marché inférieure à 1%, elle conduit Viti à devoir s'acquitter en réalité d'un tarif bien supérieur (a priori au moins 33 fois supérieur) aux coûts totaux moyens exposés par utilisateur. Toutes choses égales par ailleurs, ce n'est donc que dans l'hypothèse où elle perdrait un tiers du marché au profit de Viti qu'Onati serait susceptible de connaître des pertes liées à cette prestation. Sur un marché de gros concurrentiel comptant plusieurs offreurs ayant déployé une boucle locale sur les mêmes îles, Viti aurait donc pu bénéficier d'une offre plus avantageuse, au moins tant qu'elle représenterait moins d'un tiers du marché (les offreurs étant en mesure de dégager une marge positive jusqu'à ce niveau). Onati s'éloigne ainsi du principe de causalité entre les coûts exposés (offre) et les prix (demande).
152. En définitive, du fait, d'une part, du choix du modèle et, d'autre part, du montant de la part fixe, qui est déterminé forfaitairement et indépendamment des transferts de clientèle, le coût proposé par Onati apparaît bien supérieur tant au coût marginal, qu'au coût moyen et qu'au coût de détail acquitté par ses propres abonnés pour des prestations de téléphonie, compte tenu de leur importance numérique considérablement plus grande que celle de Viti.
153. Dans un cas par certains aspects similaires d'un accès seulement partiel à une prestation mais pour lequel l'opérateur en position dominante exigeait des paiements pour la totalité, le tribunal de l'Union européenne a par exemple considéré que « *Constitue un abus de position dominante le comportement d'une entreprise gérant en Allemagne un système de collecte et de valorisation d'emballages de vente qui s'étend à l'ensemble du territoire, consistant à exiger des entreprises qui font appel à son système le versement d'une redevance pour la totalité des emballages de vente commercialisés en Allemagne avec*

⁷⁵ Saisine de Viti du 3 octobre 2022, pages 32 et s.

son logo, lorsque ces entreprises démontrent qu'elles ne recourent pas à ce système pour une partie ou la totalité de ces emballages. »⁷⁶

154. Onati objecte qu'avec de telles modalités de facturation, au coût réel du réseau, elle incite Viti à développer son propre réseau, mais il convient de rappeler qu'il s'agit là d'une considération de régulation, liée à des priorités de politiques publiques (quel choix entre une concurrence par les services ou par les infrastructures dans les zones peu denses du territoire ?), qu'il n'appartient pas à un opérateur de trancher par la détermination de ses modalités de facturation. S'il n'est pas contestable en effet que Viti a des obligations de déploiement réglementaires, y compris dans certaines îles des AE, l'ADLC a déjà considéré que : « D'une manière générale, l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation d'un secteur ouvert à la concurrence ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des règles de droit de la concurrence, ni ne contraint les solutions que pourrait adopter l'Autorité de la concurrence lorsque l'entreprise en cause dispose, dans ce cadre réglementaire, d'une autonomie de conduite. La Commission européenne a, par exemple, souligné ce point dans sa décision *Telefónica*⁷⁷, confortée par la Cour de justice, qui a indiqué que « le fait que le comportement d'une entreprise soit conforme à un cadre réglementaire n'implique pas que ce comportement soit conforme à l'article 102 TFUE ». »⁷⁸ En l'espèce, s'agissant d'un tarif non réglementé, Onati avait une large autonomie de conduite.
155. En tout état de cause, Onati n'ignorait pas que la Direction générale des affaires numériques (DGEN) a lancé une réflexion sur la pertinence même de cette concurrence par les infrastructures dans les AE. Dans les premières conclusions communiquées aux opérateurs à la suite de l'étude réalisée par un cabinet de consultants en décembre 2022, aucune des îles des AE n'avait vocation à figurer dans le périmètre de la zone dense. Par suite, l'itinérance ou le partage d'infrastructures pourrait y devenir la norme.
156. D'après Onati, aujourd'hui, seuls 28 clients en moyenne de Viti utilisent mensuellement les prestations d'itinérance dans les AE. Avec un montant de 71,5 MF annuels, donc 5,96 MF mensuels, il en résulte - pour les seuls appels en itinérance dans les archipels éloignés et hors coûts variables - un coût fixe pour Viti de plus de 212 8000 F CFP par mois et par utilisateur, bien supérieur à toute la gamme des forfaits commercialisés par Viti comme par ses concurrents. Ce montant est en effet plus de 21 fois supérieur au plus coûteux des forfaits de Vini (9 990 F), 27 fois supérieur au plus coûteux des forfaits de Viti (7 995 F) et 91 fois au revenu mensuel moyen par utilisateur de Viti en 2022 (2 330 F).



157. Il résulte de ce qui précède qu'en facturant à Viti le coût de son réseau bien au-delà de l'utilisation réelle qui en est faite et en s'éloignant manifestement des coûts sous-jacents sans justification économique, Onati est susceptible d'avoir abusé de sa position dominante en pratiquant une tarification inéquitable.

⁷⁶ Affaire T-151/01, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH contre *Commission des Communautés européennes*.

⁷⁷ Cour, arrêt du 10 juillet 2014, *Telefónica SA/Com.*, aff. C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, paragraphe 133 ; Avis n° 21-A-07 du 10 mai 2021 relatif à un projet de règles de séparation comptable de la SA SNCF Voyageurs et de la SAS Fret SNCF, paragraphe 22 et s.

⁷⁸ Décision n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie.

L'effet de telles modalités de facturation est d'aboutir à une distorsion de concurrence au détriment du dernier entrant sur le marché de la téléphonie mobile, créant artificiellement une barrière à son développement (ces éléments sont développés aux § 91 et suivants relatifs au ciseau tarifaire).

5. CONCLUSION SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

158. En matière de mesures conservatoires, sans aller jusqu'à qualifier les pratiques, l'instruction doit permettre d'apprécier si l'on peut suspecter avec une assurance raisonnable qu'il pourrait s'agir d'infractions au droit de la concurrence.
159. S'agissant des tarifs des prestations d'un opérateur en position dominante, ceux-ci doivent être raisonnables et non-discriminatoires. Il s'agit notamment d'examiner s'il y a ou non une disproportion manifeste entre les coûts encourus et les tarifs en cause. Dans une affaire relative au secteur des transports, l'ADLC a ainsi considéré que « *Dès lors, la SNCF a abusé de sa position dominante en imposant aux agences de voyages en ligne d'utiliser la licence Ravel pour accéder à la facilité essentielle Résarail et ce, à un coût particulièrement élevé, érigeant ainsi des barrières à l'entrée sur le marché français de la distribution de billets de train* »⁷⁹.
160. S'agissant en particulier d'un opérateur historique, l'APC a, dans sa décision n°2021-PAC-01, fait référence à la notion de « coût raisonnable » (en visant le prix pratiqué à destination du concurrent) : « *L'opérateur historique, titulaire ou ancien titulaire d'un monopole légal, détient une responsabilité renforcée à cet égard et « doit veiller à éviter toute exploitation abusive de moyens qui ne sont pas reproductibles par les nouveaux entrants sur le marché ouvert à la concurrence à un coût raisonnable et selon des délais acceptables, eu égard à sa responsabilité particulière sur le marché* ».
161. En l'espèce, la discussion porte donc sur le caractère transparent, objectif et non discriminatoire ou non du tarif proposé par Onati à Viti pour l'accès à l'itinérance voix et SMS dans les archipels éloignés.
162. En premier lieu, il apparaît qu'Onati disposait d'une large autonomie pour fixer ses tarifs.
163. Onati est l'unique prestataire sur le marché de gros de l'itinérance. Il s'agit d'une prestation à prix libre qui lui assure une autonomie commerciale dans la détermination du tarif et la société apparaît en mesure d'opter pour diverses modalités de tarification à même de compenser les coûts de cet usage de son réseau. L'avis de l'ADLC n° 13-A-08 précité indique d'ailleurs dans ses paragraphes 179 et 180 que lorsque l'itinérance intervient dans une zone peu dense, dont le réseau n'est pas saturé, elle est bénéfique pour l'opérateur d'accueil qui dégage des revenus supplémentaires. L'opérateur a donc tendance dans ce cas à pratiquer un tarif variable peu dissuasif. C'est seulement en zone dense, lorsque la saturation risque d'engendrer des coûts d'investissement supplémentaires, qu'il privilégie une part fixe importante, afin de s'assurer du recouvrement des coûts d'investissements induits. En outre, il ressort des développements ci-dessus qu'Onati aurait parfaitement pu recourir à d'autres modalités de tarification, notamment en recourant comme il est d'usage pour ce type de prestations à un modèle de coûts variables (CILT) plutôt qu'à un modèle de coût moyen (CMILT+). Onati avait également la capacité d'opter pour une répartition du coût fixe selon d'autres modalités, liées notamment au nombre d'utilisateurs.
164. En deuxième lieu, il apparaît que les conditions tarifaires proposées dès le premier avenant tarifaire et en dernier lieu par Onati dans son courrier du 21 octobre 2022 sont susceptibles de relever de plusieurs pratiques anti-concurrentielles et notamment :
- de constituer un ciseau tarifaire, dès lors qu'il est impossible pour Viti, avec de tels tarifs, de proposer des offres de détail aussi compétitives que ses concurrents sans subir des pertes importantes ;
 - d'être qualifiées de discriminatoires, dès lors que PMT disposait au même stade de son développement de tarifs plus favorables pour des prestations équivalentes et s'acquitte

⁷⁹ ADLC, décision 09-D-06 du 05 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, § 248. Soulignement ajouté.

aujourd'hui d'un tarif identique pour un usage effectif du réseau en itinérance bien plus important ;

- d'être qualifiées d'inéquitables, dès lors que la tarification des coûts de réseau – déterminée selon une méthode de coût maximaliste et en trois parts égales entre les opérateurs, sans tenir compte du nombre d'utilisateurs et des parts de marché des opérateurs - conduit Onati à imputer à Viti un tarif très supérieur au coût de revient de la prestation effectivement dispensée.

165. Or, l'existence d'une seule pratique susceptible d'être anti-concurrentielle suffit à justifier le prononcé de mesures conservatoires (voir le § 72). L'Autorité va donc au-delà de ce qui est requis par le code de la concurrence et la jurisprudence.

166. En troisième lieu, ces pratiques sont susceptibles d'avoir eu des effets anti-concurrentiels.

167. S'agissant des effets, il résulte d'une jurisprudence européenne constante, rendue sur le fondement de l'article 102 du TFUE, qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés. Il suffit, à cet égard, de démontrer que le comportement abusif est de nature ou susceptible d'avoir eu un effet anticoncurrentiel (arrêts du TUE du 17 décembre 2003, *British Airways*, C-322/81, paragraphe 293, du 3 septembre 2003, *Michelin II*, T-203/01, paragraphe 239 et du 9 septembre 2010, *Torma T-155/06*, paragraphe 289).

168. Or, en l'espèce, le comportement en apparence illogique d'Onati, qui la conduit *in fine* à se priver des recettes d'itinérance et n'apparaît ni nécessaire, ni proportionné, peut s'expliquer par ses réticences à accueillir un nouvel opérateur, voire par une volonté d'éviction du nouvel entrant, qui n'est pas en mesure conjointement de développer son propre réseau ou une offre attractive et de s'acquitter de ces tarifs. Ces pratiques sont de nature ou susceptibles d'avoir pour effet de porter atteinte au développement d'un concurrent, voire de l'évincer du marché de détail de la téléphonie mobile, d'autant plus qu'il s'agit d'une activité à fortes économies d'échelles, dans laquelle surmonter un tel surcoût est particulièrement difficile pour un opérateur récemment installé.

169. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède, en l'état actuel du dossier et sous réserve d'une instruction au fond, que les conditions tarifaires proposées par Onati, notamment depuis qu'elle a mis fin à la réduction tarifaire de 75 % consentie pour tenir compte des parts de marché de Viti, pour des prestations d'itinérance voix et SMS au profit de la société Viti dans les îles des archipels éloignés sont susceptibles de constituer une pratique prohibée par l'article LP. 200-2 du code de la concurrence.

D. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

170. L'article LP. 641-1 du code de la concurrence énonce que : « *L'Autorité peut, à la demande des personnes, entreprises et organismes mentionnés à l'article LP.620-5 et après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. / Ces mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. / Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».
171. Pour déterminer si les pratiques décrites ci-dessus permettent de prononcer des mesures conservatoires, il convient d'apprécier le caractère grave et immédiat de l'atteinte portée à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise saisissante. Ces différentes atteintes ne constituent toutefois pas des conditions cumulatives, mais alternatives : une atteinte grave et immédiate relevée dans un seul de ces cas suffit à permettre l'attribution de mesures conservatoires.
172. En revanche, la gravité, l'immédiateté, et l'existence d'un lien de causalité entre les faits dénoncés et l'atteinte sont trois critères cumulatifs⁸⁰.
173. Il convient donc, dans un premier temps, d'apprécier le caractère grave et immédiat de l'atteinte, puis, si la situation d'urgence est caractérisée, de considérer les mesures conservatoires qui pourront y remédier.

1. SUR LE CARACTÈRE GRAVE ET IMMÉDIAT DE L'ATTEINTE

174. Dans un arrêt du 8 novembre 2005 (Neuf Telecom), la Cour de cassation a énoncé que « *des mesures conservatoires peuvent être décidées (...) dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction, dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée* »⁸¹.
175. S'agissant de la gravité, l'atteinte identifiée peut être portée, alternativement, soit à l'économie générale, soit à celle du secteur concerné, soit à l'intérêt des consommateurs, soit à l'entreprise plaignante. Une atteinte grave et immédiate relevée dans un seul de ces cas suffit à permettre l'attribution de mesures conservatoires. La gravité peut notamment mais pas uniquement résulter de l'irréversibilité de l'atteinte identifiée.⁸²
176. S'agissant de l'immédiateté, seule une atteinte immédiate peut justifier une intervention en urgence de l'Autorité, visant à empêcher la réalisation d'un dommage que la décision au fond serait impuissante à empêcher ou réparer. L'intervention de l'Autorité peut être sollicitée pour mettre fin en urgence à un comportement récent afin que le dommage ne puisse se matérialiser ou prendre de l'ampleur ou pour empêcher un événement devant survenir dans un proche avenir. Ainsi, l'Autorité n'intervient pas seulement pour éviter l'aggravation d'une atteinte établie, elle est également fondée à intervenir pour éviter la réalisation d'une atteinte irrémédiable à venir, particulièrement dans les secteurs s'ouvrant à la concurrence ou peu concurrentiels⁸³.
177. S'agissant du lien de causalité entre les pratiques et l'atteinte, il ressort de la pratique décisionnelle que « *la décision d'accorder des mesures conservatoires ne peut intervenir que s'il existe un lien de causalité*

⁸⁰ Décision ADLC 20-MC-01 du 9 avr. 2020, § 271.

⁸¹ Com. 8 novembre 2005, n° 04-16857.

⁸² Voir notamment les décisions de l'ADLC n°14-MC-02 et n°11-MC-01.

⁸³ Voir notamment les décisions de l'ADLC n°14-MC-02 et n°16-MC-01.

direct et certain entre la pratique en cause et l'atteinte grave et immédiate à l'un des intérêts protégés par l'article L. 464-1 du code de commerce ».⁸⁴

a. SUR LE CARACTÈRE GRAVE

i. Atteinte au secteur et au consommateur

➤ Principes

178. À titre liminaire, il faut noter que les pratiques dénoncées sont mises en œuvre dans un contexte d'ouverture progressive du marché de la téléphonie mobile, débutée en 2013 avec l'arrivée de PMT mais accélérée en 2020, avec l'arrivée d'un troisième opérateur, Viti.
179. Dans son étude sur le ciseau tarifaire, l'ADLC notait que « *Lors de la libéralisation des secteurs anciennement monopolistiques, les nouveaux opérateurs entrent généralement de manière graduelle sur les différents marchés, de manière à limiter leur prise de risque. Les entrants s'élèvent ensuite le long de « l'échelle des investissements », qu'ils gravissent « barre par barre ». (...) Ce processus séquentiel renvoie à la distinction classique entre concurrence par les services et concurrence par les infrastructures. Les premiers barreaux de l'échelle relèvent de la concurrence par les services : les entrants, à ce stade, dépendent de l'opérateur historique pour l'accès à l'infrastructure. C'est seulement une fois qu'ils ont acquis une base de clientèle et une notoriété suffisantes qu'ils peuvent investir dans l'infrastructure à un niveau supérieur de capillarité et s'affranchir finalement de leur dépendance vis-à-vis de l'opérateur historique. Dans la phase initiale du processus, il convient de s'assurer que les entrants efficaces ont la capacité d'être actifs en aval compte tenu des prix de gros et de détail pratiqués par l'opérateur historique (...) Pour que les entrants puissent s'élever le long de l'échelle des investissements, il est essentiel de garantir l'absence d'effet de ciseau entre les différents barreaux : les prix pratiqués par l'opérateur en place pour l'accès d'une part, pour les services vendus au détail d'autre part, doivent laisser aux opérateurs alternatifs une marge suffisante pour qu'ils puissent couvrir leurs coûts incrémentaux ; c'est à cette condition qu'ils pourront se développer et atteindre la taille critique qui leur permettra d'engager de nouveaux investissements. »⁸⁵*
180. En matière de mesures conservatoires, la même autorité notait dans la décision n° 09-MC-01 que « *des pratiques anticoncurrentielles émanant d'un opérateur historique susceptibles de fausser le libre jeu sur un marché émergent, connexe de celui sur lequel il détient une position dominante héritée de son monopole légal, intervenant lors d'une étape clé de développement de ce marché, peuvent causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents, au secteur et, in fine, aux consommateurs finals* »⁸⁶. Dans sa décision n° 07-D-33, à propos du secteur des télécommunications, elle a considéré que « *des abus de domination mis en œuvre sur un marché naissant sont d'une gravité particulière en raison du caractère potentiellement structurant qu'ils ont pour le marché, voire le secteur en cause* ».
181. Le Conseil de la concurrence avait observé dans une décision n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004 que « *l'affaiblissement grave ou la disparition de toute pression concurrentielle exercée sur l'opérateur dominant constituerait une atteinte au secteur et aux consommateurs, dans un contexte où l'ensemble de l'économie des Caraïbes supporte déjà les effets d'un certain retard dans le développement des nouvelles potentialités attendues de la téléphonie mobile et d'un prix relativement élevé des communications échangées sur les réseaux de téléphonie mobile* ».⁸⁷

⁸⁴ Voir notamment les décisions de l'ADLC n°14-D-07, n° 09-D-26 et n°12-D-01.

⁸⁵ ADLC, Rapport annuel 2008, Étude thématique, Les pratiques de ciseau tarifaire, pages 147 à 177 (soulignement ajouté).

⁸⁶ Décision 09-MC-01 du 8 avril 2009, relative à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Solaire Direct.

⁸⁷ Décision n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009 relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte.

➤ *L'importance de Viti dans l'animation concurrentielle*

182. Si la crise sanitaire a fortement ralenti dans les premiers temps, en particulier en 2020 et 2021, le développement de Viti, cette dernière a ensuite joué un rôle important dans l'animation concurrentielle du marché.

183. En particulier :

- Viti a été le premier opérateur polynésien à ouvrir au grand public, le 27 avril 2022, des forfaits mobiles illimités⁸⁸, dont l'APC avait noté l'absence sur le marché polynésien⁸⁹ alors que ceux-ci existaient depuis plusieurs années déjà en métropole et dans les départements d'Outre-mer.⁹⁰ Les autres opérateurs (Vodafone-PMT en juin 2022, Vini-Onati en août 2022) ont par la suite adapté leurs offres respectives, permettant de lancer un nouveau cycle de baisse des prix des forfaits⁹¹.
- Viti a également été le premier opérateur à proposer par défaut des forfaits sans engagement, le 1^{er} août 2021⁹², ce qui est aujourd'hui également le cas de ses deux concurrents (même si tous les opérateurs proposent des réductions sur l'acquisition des terminaux mobiles en contrepartie d'un engagement et que PMT-Vodafone propose pour sa part depuis 2018 une gamme de forfaits sans engagements, mais sur lesquels un engagement de 12 ou 24 mois permet d'obtenir une réduction significative de tarif).
- Viti est enfin le seul opérateur à utiliser la technologie Volte (sur le réseau 4G) pour les appels sur son réseau en propre. Le recours à cette technologie permet des appels plus rapides et une utilisation simultanée des appels, SMS et données, ainsi qu'une meilleure qualité d'appels.

184. L'Institut de la statistique de la Polynésie française (ISPF) a par ailleurs signalé à plusieurs reprises et notamment dans ses documents relatifs à l'évolution des prix que la concurrence avait conduit à une réduction des tarifs dans les télécommunications. Ainsi, en novembre 2022, donc quelques mois après la mise en place des nouveaux forfaits par tous les opérateurs, il indiquait que l'inflation avait « été compensée par la baisse des prix des biens importés et des télécommunications au travers de la concurrence dans ce secteur. »⁹³

➤ *L'effet potentiel de la pratique d'Onati*

185. Un opérateur, pour se développer sur un marché naissant, doit avoir la possibilité de proposer des prestations équivalentes à celles de ses concurrents, soit par le développement de son propre réseau, soit en recourant comme en l'espèce au réseau d'un tiers.

186. Il est patent que les accords d'itinérance asymétrique peuvent être pro-concurrentiels. Ainsi, « l'itinérance peut avoir une utilité dans les zones grises, c'est-à-dire les zones qu'il n'est pas rentable de couvrir par tous les opérateurs. Elle contribue alors à animer la concurrence dans ces zones. Elle a été aussi utilisée largement dans les zones blanches, dans lesquelles elle a créé une offre de services de téléphonie mobile. » Dans le même sens « l'itinérance permet d'abaisser les barrières à l'entrée sur le marché de la téléphonie mobile. Compte tenu des délais de plusieurs années nécessaires au déploiement d'un réseau, sans itinérance, un opérateur entrant ne pourrait proposer d'offre compétitive dans un premier temps, faute d'une couverture suffisante. Ce désavantage compétitif est d'ailleurs d'autant plus fort que les autres opérateurs de réseau présents depuis plus longtemps sur le marché proposent une couverture

⁸⁸ Vini-Onati avait en réalité lancé un forfait illimité le 1^{er} décembre 2021, mais au tarif de 14 990 F et par conséquent réservé à une clientèle restreinte, tandis que Viti a proposé en avril 2022 un forfait illimité au tarif de 4 995 F, enclenchant de fait le mouvement de baisse des prix des forfaits, puisqu'il existe par exemple aujourd'hui une offre avec appels illimités chez Vini-Onati pour 2 700 F par mois.

⁸⁹ APC, avis n° 2020-A-02 du 17 juin 2020, § 174 et s.

⁹⁰ <https://www.tntv.pf/tntvnews/polynesie/economie/telephonie-mobile-la-concurrence-tire-les-prix-vers-le-bas/>

⁹¹ <https://www.radio1.pf/vodafone-aussi-degain-de-nouvelles-offres/> et https://www.tahiti-infos.com/Vini-lance-ses-nouvelles-offres-de-telephonie-mobile_a211034.html

⁹² Voir Conditions Générales d'Abonnement Ora Mobile au 1^{er} août 2021

⁹³ ISPF, Points Études et Bilans de la Polynésie française N° 1351, L'évolution des prix de 2011 à septembre 2022.

élevée du territoire (...) L'itinérance, en comblant ce déficit de couverture de l'opérateur entrant, est une solution pour limiter les difficultés d'entrée sur le marché et permettre à l'opérateur entrant d'animer rapidement et efficacement la concurrence sur le marché de détail. L'Autorité de la concurrence avait d'ailleurs insisté sur l'importance de l'itinérance pour que le quatrième opérateur puisse concurrencer efficacement les trois opérateurs de réseaux mobiles déjà installés (...) dans les zones les moins denses, où la viabilité d'un déploiement est plus problématique et où l'itinérance peut être la condition nécessaire de la présence de l'un et/ou l'autre des opérateurs parties à l'accord. »⁹⁴

187. Cependant, l'impact pro-concurrentiel d'un accord d'itinérance asymétrique dépend de ses termes. Concrètement, « [L]es modalités de tarification négociées entre opérateur d'accueil et opérateur accueilli influent sur les coûts de l'opérateur accueilli, en fonction des offres qu'il commercialise. Elles sont donc susceptibles d'influer sur la nature de ces offres. La structure et le niveau de la tarification de l'itinérance sont donc décisifs pour inciter ou non à déployer un réseau, à le densifier et à le sécuriser. »⁹⁵
188. Dans le cas d'espèce, la pratique d'Onati, notamment par ses cinquième et sixième avenants et la fin des réductions tarifaires sur le tarif⁹⁶, place Viti devant un dilemme. Soit elle s'acquitte de dépenses d'itinérance pour les seuls AE peu ou prou équivalentes à la totalité du chiffre d'affaires de son activité mobile, rendant illusoire sa progression sur « l'échelle des investissements », soit elle ne s'en acquitte pas et est exclue du segment du marché de détail constitué des clients réalisant des appels depuis les archipels éloignés.
189. Dans son avis de 2013 portant notamment sur l'itinérance, l'ADLC a fait le constat que « L'itinérance est clairement un facteur d'attractivité et de compétitivité pour l'opérateur qui en bénéficie, d'autant plus marqué d'ailleurs que les taux de couverture diffèrent entre l'opérateur accueilli et l'opérateur d'accueil : l'extension de la base géographique en sera d'autant plus forte. En particulier, disposer d'une itinérance nationale est un élément primordial de compétitivité pour un opérateur qui est à un stade précoce du déploiement de son réseau, a fortiori dans un contexte où les autres opérateurs affichent des taux de couverture très élevés. »⁹⁷
190. Les AE représentent 12,3 % de la population polynésienne⁹⁸ et la part du trafic voix et SMS dans ces îles représente une proportion similaire⁹⁹. Cependant, il faut ajouter à ce nombre l'ensemble des non-résidents des AE qui se rendent sur ces îles pour des motifs familiaux, touristiques ou professionnels, ou qui simplement pourraient être amenés à s'y rendre et à y passer des appels. En outre, ces îles représentent en réalité 56 des 66 îles couvertes par un réseau de téléphonie mobile et certaines ont une notoriété notamment touristique majeure (Marquises, Rangiroa, Fakarava, etc.) Il ressort d'ailleurs des notes en délibéré produites par Viti et Onati que les déplacements vers ou depuis les îles des archipels éloignés représentent un trafic important avec 335 865 voyageurs aériens annuels, soit si on reprend la proportion de résidents dans le trafic intérieur total (60 %), au moins 200 000 voyages annuels¹⁰⁰ (par comparaison, il y avait fin 2021 environ 298 500 lignes mobiles actives en Polynésie¹⁰¹). Ce segment du marché n'est donc pas négligeable, que ce soit pour les consommateurs ou pour les entreprises. Ne pas couvrir les AE reviendrait alors à se priver d'une partie substantielle de la demande au profit d'un opérateur offrant un service sur la totalité du territoire. Ainsi, si Viti n'acceptait pas l'offre d'Onati, elle se couperait d'une part significative de la clientèle.

⁹⁴ Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles.

⁹⁵ Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles, § 80 et 81.

⁹⁶ Qui contraint Viti à s'acquitter désormais du tiers du coût total de couverture du réseau malgré la faiblesse de ses parts de marché.

⁹⁷ ADLC, avis N°13-A-08 du 11 mars 2013, §148.

⁹⁸ Recensement 2017.

⁹⁹ Entre 10 et 15 % d'après la note en délibéré d'Onati du 14 mars 2023.

¹⁰⁰ Il ne s'agit que d'une approximation, qui peut être revue à la hausse (car la part de résidents dans le trafic vers et depuis les AE est sans doute supérieure à celle vers et depuis l'archipel de la Société). Elle n'est pas indicative du nombre absolu de personnes ayant voyagé car il ne s'agit pas nécessairement de passagers uniques et qu'une partie de ces déplacements peut intervenir entre îles des AE.

¹⁰¹ D'après le rapport économique Polynésie française 2021 de l'Institut d'émission d'outre-Mer (IEOM), page 123.

191. Or, Viti a fait le choix le 30 août 2022 de renoncer aux prestations d'itinérance dans les AE selon les termes en vigueur dans le cinquième avenant à compter du 1^{er} novembre 2022, puis de refuser les termes tarifaires d'un sixième avenant proposé par Onati dans un courrier du 21 octobre 2022. Ce choix l'a donc exclue d'une partie substantielle de la demande. Sur un marché relativement mature, compte tenu du taux d'équipement élevé des ménages (98% selon le rapport de 2017 de la DGEN « *Les usages du numériques dans les ménages en Polynésie française* ») et dont les perspectives de croissance reposent avant tout sur la captation des clients des autres opérateurs grâce à ses offres, Viti se retrouve dans l'impossibilité de proposer des prestations équivalentes à celles de ses concurrents à des tarifs équivalents et ainsi de développer sa clientèle.
192. Si Viti avait accepté les modalités du sixième avenant, tel que proposé par le courrier du 21 octobre 2022, les risques de son exclusion du marché, ou du moins les freins posés à son développement et à l'animation concurrentielle du secteur, étaient également réels. En effet, la société n'a pas acquis une base de clientèle suffisante pour assurer sa pérennité si elle devait assumer de tels coûts (voir sur ce point les développements des § 91 et suivants).
193. Comme l'indique Onati, chaque mois une moyenne de 28 clients de Viti utilisent les prestations d'itinérance dans les AE. Avec un montant de 71,5 MF annuels, donc 5,96 MF mensuels, il en résulte - pour les seuls appels en itinérance dans les archipels éloignés et hors coûts variables - un coût fixe pour Viti de plus de 212 800 F CFP par mois et par utilisateur, bien supérieur à toute la gamme des forfaits commercialisés par Viti comme par ses concurrents. Ce montant est en effet plus de 21 fois supérieur au plus coûteux des forfaits de Vini (9 990 F), 27 fois supérieur au plus coûteux des forfaits de Viti (7 995 F) et 91 fois au revenu mensuel moyen par utilisateur de Viti en 2022 (2 330 F). Les pratiques ont donc un effet particulièrement aigu et pénalisant pour Viti.
194. D'après les données communiquées par Viti, la seule prestation d'itinérance dans sa partie fixe – si elle n'y renonçait pas – absorberait une part importante de ses revenus, et notamment 60 % en 2023.

	2 022	2 023	2 024	2 025
CA téléphonie total	69 900 000	118 400 000	178 200 000	282 500 000
Coût fixe itinérance AE	42 100 000	71 500 000	71 500 000	71 500 000
%	60%	60%	40%	25%

195. Elle estime que cela conduirait à une réduction significative de la part de ses capitaux propres par rapport à son capital social¹⁰², qui tomberait à 52 % dès 2023 et 7 % en 2024, conduisant à la mise en place d'une procédure d'alerte sur le fondement de l'article L. 225-248 du code de commerce.
196. Si ces dépenses ne sont pas à l'origine de la totalité du déficit de l'entreprise, elles en représentent toutefois une part importante (39 %) en 2022 et en auraient représenté plus de la moitié (52 %) en 2023.

	2 022	2 023	2 024
Résultat d'exploitation	- 109 300 000	- 137 800 000	- 58 900 000
Coût fixe itinérance AE	42 100 000	71 500 000	71 500 000
%	39%	52%	121%

197. Enfin, si Onati fait valoir que l'augmentation du tarif entre 2022 et 2023 n'est que de 29,4 MF, ce montant supplémentaire pour les frais fixes d'itinérance dans les AE représente tout de même 42 % des revenus totaux de l'activité mobile de 2022 et 25 % de ceux prévus en 2023.
198. Ainsi, les effets de la pratique d'Onati apparaissent graves pour le secteur et les consommateurs.
199. La pratique décisionnelle et la jurisprudence ont déjà considéré que, dans un marché qui parvient à maturité, les effets d'éviction des pratiques mises en cause sont plus sensibles, dans la mesure où, comme

¹⁰² Le capital social représentant une composante des capitaux propres, un tel ratio signifie nécessairement la présence de fonds propres autres que le capital social fortement négatifs, et donc d'un résultat reporté fortement négatif.

déjà évoqué, l'essentiel de l'acquisition des nouveaux clients s'opère par la conquête des clients des autres opérateurs¹⁰³.

200. Les pratiques supposées ont donc un impact sur l'animation concurrentielle du secteur, en ayant pour effet de priver un acteur en concurrence de tout accès à un segment significatif du marché, ou du moins de lui en retarder l'accès et de réduire ses perspectives de développement et par suite d'investissement dans les réseaux.
201. En raison de la pratique d'Onati, une partie significative de la clientèle est privée des bénéfices de la récente ouverture à la concurrence souhaitée par le législateur et notamment de la possibilité de recourir aux services de l'un des trois opérateurs, ce qui a pour effet immédiat de priver partiellement le secteur de l'animation concurrentielle induite par l'arrivée de ce nouvel acteur et pourrait avoir pour effet de conduire à son éviction ou à sa marginalisation.
202. Si Viti avait continué à accepter les termes des cinquième et sixième avenants après novembre 2022 et maintenu l'itinérance, sa capacité à exercer une pression concurrentielle aurait également été gravement amoindrie en raison des pertes que ces termes auraient générées et de sa possible éviction du marché. Une telle situation la priverait d'incitation à innover et à exercer une pression concurrentielle effective sur le marché.
203. Enfin, il faut souligner que les possibilités d'entrée sur le marché étant réduites compte tenu des coûts d'investissement et du fait qu'aucune autre licence n'ait été accordée par le régulateur, la situation concurrentielle à trois acteurs est figée et renforce les effets des conditions tarifaires du sixième avenant proposé dans le courrier du 21 octobre 2022 sur le marché.
204. La gravité de l'atteinte au secteur et aux consommateurs est donc établie.

ii. Atteinte aux intérêts de l'entreprise

205. Ainsi qu'il est précisé au § 175, l'atteinte au secteur ou aux consommateurs est suffisante pour caractériser la gravité des pratiques et permettre l'attribution de mesures conservatoires. L'atteinte aux intérêts de l'entreprise est donc une condition alternative, développée au surplus de l'atteinte précédemment établie.
206. La pratique décisionnelle métropolitaine, telle qu'elle a été précisée notamment par la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, considère que :
 - la simple constatation d'un manque à gagner pour l'entreprise plaignante est insuffisante pour caractériser la gravité ;¹⁰⁴
 - il est néanmoins possible de considérer qu'une pratique présente un caractère grave malgré une progression des parts de marché du saisissant ou une absence de risque de sortie prochaine du marché.¹⁰⁵
207. L'ADLC a par exemple rappelé que « *la circonstance que beIN Sports continue de se développer par ses mérites propres ne signifie pas qu'une pratique anticoncurrentielle n'est pas susceptible de lui causer un dommage grave. Selon une pratique décisionnelle constante, une pratique d'éviction peut avoir pour objet et pour effet de retarder l'entrée d'un concurrent sur le marché et être condamnable à ce titre, quand bien même ce concurrent verrait ses parts de marché progresser. Il n'est donc pas nécessaire de constater une baisse des parts de marché du saisissant ou d'identifier un risque de sortie prochaine du marché pour démontrer l'existence d'un dommage grave* »¹⁰⁶ Pour sa part, la Cour d'appel de Paris a déjà considéré « *que le fait qu'une entreprise connaisse des résultats positifs ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse subir*

¹⁰³ Décisions ADLC n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004 précitée (§107) et n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009 précitée (§86).

¹⁰⁴ Voir notamment la décision de l'ADLC n°10-D-38.

¹⁰⁵ Voir notamment la décision de l'ADLC n°14-MC-01, notamment § 258.

¹⁰⁶ Décision ADLC [n°14-MC-01 du 30 juillet 2014](#) relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante.

un trouble grave et immédiat du fait de pratiques susceptibles de constituer un comportement anticoncurrentiel »¹⁰⁷.

208. Or, comme indiqué ci-dessus, la société Viti est confrontée à un dilemme :

- i. s'acquitter de prestations d'itinérance selon les conditions proposées par Onati, au risque de mettre en péril la rentabilité de son activité et la possibilité pour elle d'investir ;
- ii. renoncer à l'itinérance dans les AE, au risque de stopper son développement alors que son activité est encore naissante.

209. Il a été exposé ci-dessus que dans les deux hypothèses, les risques de disparition du marché mobile de Viti sont réels. Or, l'ADLC a pu relever dans sa pratique décisionnelle que des mesures conservatoires peuvent être prononcées dans « *les cas où une ou plusieurs entreprises pourraient être exclues du marché, disparaître avant le terme de la procédure au fond ou voir ses chances de développement sérieusement compromises* » (Décision de l'ADLC n° 13-D-16 du 27 juin 2013, point 178 ; n° 12-D-01 du 10 janvier 2012, points 183 à 185 ; du Conseil de la concurrence, n° 09-D-12 du 18 mars 2009, points 62 et 69). La récente décision enjoignant Google à mettre en œuvre des mesures conservatoires précise que « *Des mesures conservatoires peuvent également être justifiées dans les cas où l'entreprise en cause subit une baisse massive de son chiffre d'affaires, circonstance qui met en cause de façon significative son activité.* »¹⁰⁸

210. En tout état de cause, l'ADLC a déjà indiqué que l'atteinte à l'entreprise pouvait s'apprécier par marché et pas nécessairement globalement. Ainsi, dans une décision de 2014, elle a indiqué que « *En premier lieu, il convient de souligner que, si Direct Energie connaît en effet une croissance de son parc client, celle-ci résulte de son arrivée récente sur le marché du gaz. / En second lieu, la circonstance que Direct Energie continue de se développer par ses mérites propres ne signifie pas qu'une pratique anticoncurrentielle n'est pas susceptible de lui causer un dommage grave. Selon une pratique décisionnelle constante, une pratique d'éviction peut avoir pour objet et pour effet de retarder l'entrée d'un concurrent sur le marché et être condamnable à ce titre.* »¹⁰⁹ Dans une autre décision, elle indique que l'atteinte portée à une activité nouvelle, susceptible de constituer un « *relais de croissance* », peut suffire à caractériser l'atteinte portée à l'entreprise.¹¹⁰

211. La gravité de l'atteinte à l'entreprise apparaît donc suffisamment établie pour justifier le prononcé de mesures conservatoires sur ce fondement.

b. SUR L'IMMÉDIATÉTÉ DE L'ATTEINTE

212. Dans son étude thématique sur les mesures conservatoires, l'ADLC a précisé que « *l'appréciation de l'immédiateté de l'atteinte est particulièrement utile dans les secteurs s'ouvrant à la concurrence ou peu concurrentiels, pour lesquels la pression concurrentielle, déjà faible ou peu stabilisée, peut être menacée par les pratiques de l'opérateur dominant (...)* »¹¹¹. Elle a aussi considéré que « *[l'] intervention de l'Autorité peut également être sollicitée pour mettre fin en urgence à un comportement récent qu'il conviendrait de stopper afin que le dommage ne puisse se matérialiser ou prendre de l'ampleur.* »¹¹²

¹⁰⁷ [CA Paris, 31 octobre 2014, RG n°2014/19335](#) précité.

¹⁰⁸ ADLC, décision n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus, § 168

¹⁰⁹ ADLC, décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

¹¹⁰ ADLC, décision n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante, § 257.

¹¹¹ ADLC, Rapport annuel 2007, Étude thématique, Les mesures conservatoires, pages 45 à 88.

¹¹² ADLC, décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

➤ ***S'agissant du délai entre la saisine au fond et la demande de mesures conservatoires***

213. Onati fait valoir que Viti a déposé sa requête au fond le 29 novembre 2021 et attendu plus de dix mois avant sa demande de mesures conservatoires, le 3 octobre 2022. Toutefois, il n'existe pas de délai contraint pour déposer une telle demande, dès lors que les pratiques relèvent d'« *un comportement récent qu'il conviendrait de stopper afin que le dommage ne puisse se matérialiser ou prendre de l'ampleur* ». ¹¹³
214. Or, en l'espèce, Viti a pu légitimement comprendre des échanges réguliers, concrétisés par de multiples avenants, qu'elle a eus avec Onati à partir de la fin de l'année 2021 qu'une offre d'itinérance plus favorable lui serait faite.
215. Ainsi, Viti indique avoir sollicité une révision des tarifs à différentes reprises, le 25 novembre 2021 au cours d'un comité consultatif des télécommunications, le 29 novembre 2021 par courrier et le 4 janvier 2022 par courriel, en se fondant sur l'article 13 de la convention d'itinérance n° 2019-20-Onati-DTEM, qui prévoit une révision périodique des tarifs pour tenir compte notamment de l'évolution des coûts et du trafic ¹¹⁴. Elle considère en effet que la baisse des tarifs des services de capacité et des nouveaux tarifs du câble Natitua auraient dû conduire à une réduction des tarifs d'itinérance, de même que les prévisions de trafic pour 2022-2023, à la baisse, et transmises à Onati par courrier du 12 janvier 2022.
216. En réponse, Onati a transmis le 18 janvier 2022 à Viti un quatrième avenant puis, le 28 mars 2022, un cinquième avenant révisant à la baisse les tarifs à compter du 1^{er} janvier 2022, avec une part fixe annuelle, de 3,8 MF pour les îles de la Société et de 85,9 MF pour les archipels éloignés, ainsi qu'un tarif variable de 0,39 F / minute pour la voix et 1 centime de F par SMS (inchangé), comme cela est précisé aux § 29 et suivants.
217. La société Viti a toutefois considéré que ces tarifs demeuraient excessifs et que si le tarif fixe avait été réduit de 86 % dans l'archipel de la Société, il ne l'avait été que de 47 % dans les archipels éloignés, avec un écart de 1 450 % entre ces deux tarifs, alors que cet écart n'était que de 36 % pour Vodafone entre 2013 et 2018. Viti a ainsi sollicité, par courrier du 20 mai 2022 la communication du détail des coûts retenus et du modèle utilisé pour déterminer les coûts d'itinérance, qui lui ont été communiqué par courrier du 2 juin 2022. Elle a fait savoir par courrier du 15 juin 2022 qu'elle sollicitait une révision urgente du tarif, jugé excessif pour les deux raisons suivantes : aucune baisse n'avait été constatée entre juin 2020 et juin 2021 malgré la baisse de la quote-part de la voix dans l'ensemble du trafic ; les coûts étaient répartis à raison d'un tiers par opérateur, sans considération du poids représenté par chacun d'entre eux ¹¹⁵.
218. Le 13 juillet 2022, Onati lui a fait part par courrier de son refus de modifier le tarif et a confirmé qu'il était réparti à parts égales entre les trois opérateurs et déterminé sur la base du coût de couverture du réseau mobile dans les archipels éloignés. Viti a en conséquence, par courrier du 30 août 2022, fait savoir à Onati qu'elle mettait fin au service d'itinérance dans les archipels éloignés à compter du 1^{er} novembre 2022, ce dont la société Onati a pris acte par courrier du 22 septembre 2022. Depuis le 1^{er} novembre 2022, Viti ne propose plus à ses clients l'itinérance dans les 46 îles des archipels éloignés. ¹¹⁶
219. C'est très peu de temps après le courrier d'Onati du 22 septembre 2022 que, le 3 octobre 2022, Viti a sollicité le prononcé de mesures conservatoires. Par suite, contrairement à ce que soutient Onati, cette dernière a constamment cherché à obtenir une réduction tarifaire et pouvait légitimement penser être en mesure de l'obtenir, comme cela avait été le cas au cours des trois années précédentes (avec les réductions tarifaires accordées par les deuxième et troisième avenants et reprises dans les avenants suivants).

➤ ***S'agissant du caractère nouveau de la situation***

220. Pendant les trois premières années de son activité en matière de téléphonie mobile, Viti a bénéficié de réductions de ses frais d'itinérance (à hauteur de 75 % les deux premières années et le premier semestre de la troisième année et de 25 % au deuxième semestre de la troisième année). À la suite des nombreuses

¹¹³ ADLC, décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

¹¹⁴ Voir les annexes 2-1, 3 et 4 jointes à la saisine de Viti du 3 octobre 2022.

¹¹⁵ Voir l'annexe 12 jointe à la saisine de Viti du 3 octobre 2022.

¹¹⁶ Voir les annexes 13, 15 et 16 jointes à la saisine de Viti du 3 octobre 2022.

modifications apportées sous forme d'avenants aux conditions tarifaires qui prenaient en compte la situation de Viti, cette dernière pouvait espérer jusqu'au sixième avenant du 21 octobre 2022 qu'Onati modifie ses conditions tarifaires. Ainsi qu'il a été dit plus haut (§30), c'est donc bien à compter du 8 janvier 2023 seulement, date d'entrée en vigueur pour la première fois d'une facturation de l'itinérance sans réduction de tarifs, que les pratiques sont susceptibles de porter tous leurs effets, sans qu'une évolution à la baisse soit prévue à court terme.

221. Si Onati fait valoir que l'augmentation du tarif d'itinérance entre 2022 et 2023 n'est *in fine* que de 29,4 MF, ce montant supplémentaire pour les frais fixes d'itinérance dans les AE représente tout de même 42 % des revenus totaux de l'activité mobile de Viti en 2022 et 25 % de ceux prévus en 2023, et surtout, il s'inscrit dans un contexte de tarifs d'itinérance globalement en baisse et d'une réduction concomitante des tarifs des forfaits et donc des revenus attendus par les opérateurs (le revenu moyen par utilisateur). Son effet est donc significatif sur les marges de manœuvre financières de Viti.
222. Par suite, même si le choix de renoncer à ces prestations d'itinérance résulte d'une décision de Viti, elle établit qu'elle a été contrainte de renoncer à cette prestation d'itinérance à compter du 1^{er} novembre 2022. Il s'agit d'un élément nouveau et c'est donc à compter de cette date que les risques d'exclusion du marché de Viti sont avérés, dès lors qu'elle se prive nécessairement de la possibilité de s'adresser à une part significative de la population, soit celle résidant dans les AE et celle susceptible de s'y rendre. En tout état de cause, le sixième avenant proposé par Onati dans sa lettre du 21 octobre 2022 met Viti devant une alternative dont les deux branches sont susceptibles d'entraîner des atteintes aux intérêts du secteur, des consommateurs et de Viti.

➤ *S'agissant de l'immédiateté des effets*

223. Dans une décision relative également au secteur de la téléphonie, l'ADLC a considéré que « *l'obligation faite à France Télécom, en tant qu' "opérateur exerçant une influence significative sur le marché de détail de la téléphonie fixe", de faire droit aux demandes d'accès et d'accès spécial justifiées des fournisseurs de services de télécommunications dans des conditions objectives, non discriminatoires, transparentes et à des tarifs reflétant les coûts du service rendu, introduite par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, n'est, pour l'heure, manifestement pas respectée, ce qui présente un risque d'exclusion de ce type de concurrents et, en conséquence, risque de faciliter la conquête ou le maintien, par France Télécom, d'une position dominante sur le marché pertinent, par des pratiques ne relevant pas d'une concurrence par les mérites ; que de telles pratiques, et leurs conséquences, constituent, pour des investisseurs potentiels, des signaux susceptibles de décourager, pour plusieurs années, un investissement dans ce secteur ; qu'en conséquence, elles portent, au processus d'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications, une atteinte grave qu'il convient de faire cesser* ». ¹¹⁷
224. Les pratiques mises en œuvre par Onati sont de nature à cristalliser les parts de marchés de chacun des opérateurs, voire à accroître celles d'Onati et de PMT, en ne permettant pas à Viti d'offrir les mêmes prestations que ses concurrents. Dans ce contexte, elles sont de nature à empêcher Viti d'obtenir, quels que soient ses mérites propres, sa part du potentiel de revenus et de croissance, faute de pouvoir conquérir les clients captifs des deux opérateurs en place. Ces effets concernent en premier lieu la clientèle des îles éloignées (12 % de la population, mais 56 des 66 îles ayant accès à des services de téléphonie), mais également la clientèle la plus mobile (particuliers et entreprises) et toute la clientèle susceptible de s'y rendre et désirant donc privilégier un forfait couvrant l'ensemble du territoire, qui a souvent la particularité d'opter pour des offres plus abondantes et présente souvent un revenu moyen par client (ARPU) plus élevé.
225. Or, Viti est à un moment critique de son développement. Son activité a été très réduite en 2020 et 2021 du fait de la crise sanitaire et elle est en réalité dans sa deuxième année de déploiement utile. Il est par suite indispensable qu'elle soit en capacité de contester dans les meilleurs délais et de manière effective et équitable la position des opérateurs en place, afin de garantir le maintien d'un degré plus élevé de

¹¹⁷ Décision n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Kosmos.

concurrence sur le marché de la téléphonie mobile polynésien. Elle risque sinon d'être évincée du marché de la téléphonie mobile.

226. Viti a d'ailleurs fait valoir en séance et confirmé en note en délibéré¹¹⁸ qu'elle n'a engrangé que 39 nouveaux clients en janvier 2023 et 72 en février 2023, alors que le nombre de nouveaux clients était en moyenne de 135 par mois en 2022 et notamment de 136 en janvier 2022 et 133 en février 2022, soit plus du double¹¹⁹, quand elle offrait encore l'itinérance dans les AE (jusqu'en novembre). Après un maintien de sa croissance en novembre et décembre 2022, que Viti a imputé en séance à l'effet des fêtes de fin d'année, les effets des pratiques sur le développement de sa clientèle seraient donc d'ores et déjà effectifs.
227. Il y a donc urgence à ce que Viti soit en mesure d'accéder à nouveau aux prestations d'itinérance pour l'ensemble du marché polynésien à un tarif raisonnable.
228. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la situation d'urgence est caractérisée, et qu'il convient de mettre fin aux pratiques d'Onati susceptibles de fausser le jeu de la concurrence « *effective et loyale entre les opérateurs* » voulue par l'article D. 212.2 du code des postes et télécommunications au bénéfice des utilisateurs polynésiens.

c. SUR LE LIEN DE CAUSALITÉ

229. L'application d'un tarif forfaitaire d'itinérance élevé, tel qu'exprimé par les cinquième et sixième avants, capte une part importante des revenus de Viti, qui a donc le choix entre s'en acquitter au détriment de ses investissements et du déploiement de son réseau, et renoncer à ces prestations au détriment du développement de sa clientèle. Cela revient à priver la Polynésie française des bénéfices d'un troisième opérateur et les clients d'un véritable choix et met par ailleurs en péril l'activité de la société Viti elle-même.
230. Onati explique que c'est le business plan irréaliste de Viti et non sa propre conduite qui serait à l'origine de son faible développement.¹²⁰ Cependant, ainsi qu'exposé auparavant, le faible développement de Viti trouve son origine dans la crise sanitaire. De plus, un business plan datant de 2016 est peu pertinent pour juger d'une position concurrentielle sept années plus tard.
231. Onati soutient que Viti n'a pas l'intention de se développer, car elle n'a jamais demandé l'accès au segment le plus dynamique du marché, l'accès aux données mobiles. Il apparaît cependant que la réduction des tarifs d'itinérance voix et SMS et la facturation de l'accès aux données mobiles selon des modalités équivalentes – fonction du nombre d'utilisateurs - auraient probablement pour effet de permettre à Viti de recourir à de telles prestations.
232. Les pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles dénoncées sont donc, comme il ressort des développements précédents, la cause directe et certaine de l'atteinte grave et immédiate aux intérêts du secteur, des consommateurs et de l'entreprise, justifiant le prononcé de mesures conservatoires.

d. CONCLUSION

233. Les pratiques dénoncées, qui consistent à refuser à Viti l'octroi d'une convention d'itinérance à des conditions tarifaires équitables et non discriminatoires, tendent à protéger le parc de clientèle de l'opérateur dominant et de son principal concurrent (PMT) de la pression concurrentielle du dernier entrant. Elles conduisent à limiter l'animation concurrentielle du marché de détail des services de

¹¹⁸ Note en délibéré du 13 mars 2023.

¹¹⁹ Observations n°2 d'Onati, 27 janvier 2023, page 5.

¹²⁰ Onati, observations n°1 du 30 novembre 2022, pages 14 à 21.

téléphonie mobile, et ce, indépendamment de l'efficacité des opérateurs¹²¹, à un moment critique pour le développement de Viti.

234. En outre, les cinquième et sixième avenants, en ce qu'ils refusent à Viti le recours à d'autres modalités de détermination du coût de couverture (par exemple selon des coûts variables) et ne prévoient plus de réduction tarifaire à compter du 8 janvier 2023 (et une réduction significative de celle-ci à compter du 8 juillet 2022), sont susceptibles d'amplifier les effets de ces pratiques et conduire à une éviction à court terme de Viti.
235. Les conditions nécessaires au prononcé de mesures conservatoires imposées par la jurisprudence sont donc remplies au regard de la gravité des effets des pratiques sur le secteur, les consommateurs et Viti.

2. SUR LA NATURE DES MESURES CONSERVATOIRES

236. Aux termes du troisième alinéa de l'article LP 641-1 du code de la concurrence, les mesures conservatoires qui « *peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur* », sans que ces possibilités soient limitatives, doivent également « *rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ». Pour ce faire, l'Autorité peut « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées* » ou d'autres mesures que celles sollicitées (« *celles qui lui apparaissent nécessaires* »). Elle n'est donc pas liée par les mesures demandées par la partie saisissante, et dispose de la faculté de prononcer toute mesure qui lui apparaîtrait nécessaire et proportionnée.
237. Ces mesures ne peuvent être prises qu'à l'égard des entreprises en cause, et ont un caractère provisoire, jusqu'à la décision au fond.

i. S'agissant des conditions tarifaires de l'itinérance

238. La présente décision a établi que les conditions tarifaires imposées par Onati dans son cinquième avenant puis dans sa proposition de sixième avenant (courrier du 21 octobre 2022), notamment à partir du 8 juillet 2022 (réduction tarifaire ramenée de 75 % à 25 %) et du 8 janvier 2023 (fin de la réduction tarifaire), sont susceptibles de relever de plusieurs pratiques anti-concurrentielles et notamment :
- de constituer un ciseau tarifaire, dès lors qu'il est impossible pour Viti, avec de tels tarifs, de proposer des offres de détail aussi compétitives que ses concurrents sans subir des pertes importantes ;
 - d'être qualifiées de discriminatoires, dès lors que PMT disposait au même stade de son développement de tarifs plus favorables pour des prestations équivalentes et s'acquitte aujourd'hui d'un tarif identique pour un usage effectif du réseau en itinérance bien plus important ;
 - d'être qualifiées d'inéquitables, dès lors que la tarification des coûts de réseau – déterminée selon une méthode de coût maximaliste et en trois parts égales entre les opérateurs, sans tenir compte du nombre d'utilisateurs et des parts de marché des opérateurs - conduit Onati à imputer à Viti un tarif très supérieur au coût de revient de la prestation effectivement dispensée.
239. Afin de remédier aux préjudices graves et immédiats et rétablir une concurrence effective, il apparaît qu'Onati devrait proposer de nouvelles conditions d'itinérance dans les AE à Viti. Il n'appartient pas à l'Autorité de fixer des tarifs librement négociés entre opérateurs. Il demeure que toute nouvelle proposition tarifaire devra être basée sur des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires

¹²¹ Dans la décision de mesures conservatoire [n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009](#) précitée, l'ADLC avait considéré que « *la réduction artificielle de la capacité d'Outremer Télécom à conquérir de nouveaux clients, notamment parmi ceux de SRR, réduit artificiellement les perspectives à venir de cet opérateur, indépendamment de son efficacité. Les pratiques de SRR obèrent ainsi les perspectives de développement de ce nouvel entrant, qui pourrait dès lors remettre en cause certains investissements projetés (notamment dans les réseaux 3G) dont la rentabilité ne peut être envisagée qu'avec une part de marché sensiblement supérieure à celle détenue à ce jour par Outremer Télécom* » (§85).

et orientée vers les coûts réellement supportés par Onati pour la fourniture de ce service au bénéficiaire de l'itinérance. Il s'agit d'une condition indispensable pour qu'une concurrence réelle joue sur le marché concerné et nécessaire pour faire face à l'urgence de la situation.

240. En l'espèce, la nouvelle proposition tarifaire devra tenir compte du nombre d'utilisateurs effectifs du service, à ce jour très réduit pour Viti. Les modalités concrètes de détermination de ce prix sont du ressort d'Onati, mais une attention particulière devra donc être portée à ce paramètre et à ses conséquences sur le choix de la tarification. Si, en effet, il n'est pas exclu par principe qu'une partie du tarif doive correspondre aux coûts fixes d'Onati, cette participation ne devrait pas s'étendre au-delà de la part de la clientèle de celle-ci qui se reporterait vers les offres de l'autre opérateur (le coût marginal d'usage, fonction du temps d'appel, étant pour sa part déjà couvert par le coût variable).
241. S'agissant des mesures qui peuvent être proposées, le Conseil de la concurrence a déjà contraint France Télécom à créer une offre de gros à destination de ses concurrents en lui enjoignant « *de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes* »¹²². Dans une autre affaire, il a contraint France Télécom à orienter vers les coûts les tarifs d'une prestation qui ne relevait pas du régime d'interconnexion en lui enjoignant « *d'orienter vers les coûts qu'elle supporte pour la fourniture de ce service les tarifs qu'elle pratique sur ses prestations de collecte de trafic téléphonique émanant de son réseau téléphonique commuté public fixe en France métropolitaine et à destination des numéros spéciaux de ses clients fournisseurs de services de télécommunications au titre de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications, tels Kosmos, pour leurs services de cartes à code au public* »¹²³.
242. Il semble proportionné de laisser à Onati suffisamment de temps pour construire une proposition tarifaire qui respecte les principes exposés ci-dessus. Dans sa pratique décisionnelle dans des affaires similaires, l'ADLC a enjoint à l'opérateur dominant de proposer une nouvelle offre dans un délai de huit semaines à compter de l'adoption de la décision. En l'espèce, l'Autorité estime qu'un délai de dix semaines est approprié. Cependant, dans le but de rétablir des conditions de concurrence effectives le plus rapidement possible, il apparaît nécessaire d'octroyer à Viti une possibilité d'itinérance dans les AE le plus rapidement possible. Pour ce faire, sans attendre qu'Onati soit en mesure de proposer une nouvelle offre d'itinérance, il apparaît approprié de revenir aux conditions offertes à Viti entre le 8 janvier 2020 et le 7 juillet 2022, qui prévoyaient pour « *tenir compte de la faible part de marché de Viti au démarrage dans le secteur de la téléphonie mobile* »¹²⁴ un abattement sur le montant du tarif de couverture calculé de 75 %.
243. L'Autorité estime donc approprié d'enjoindre à Onati de :
- a. offrir à Viti les conditions de réduction du montant calculé de l'itinérance qui avaient été proposées à Viti entre le 8 janvier 2020 et le 7 juillet 2022 et ce dans un délai de deux semaines à compter de la date d'adoption de la présente décision ;
 - b. proposer et négocier de bonne foi dans un délai de dix semaines à compter de la date d'adoption de la présente décision de nouvelles conditions d'itinérance dans les AE à Viti. Cette nouvelle proposition tarifaire devra être basée sur des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires et orientée vers les coûts réellement supportés par Onati pour la fourniture de ce service à Viti. Notamment, elle devra tenir compte des parts de marché respectives des opérateurs et/ou du nombre d'utilisateurs

¹²² Décision du Conseil de la concurrence n°00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau.

¹²³ Décision n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Kosmos.

¹²⁴ Cette réduction explicitement justifiée par la faible part de marché de Viti était prévue par les avenants tarifaires n°3 du 18 août 2021, n°4 du 18 janvier 2022 et n°5 du 28 mars 2022.

du service, y compris pour la part concernant éventuellement la couverture des coûts fixes de l'opérateur d'accueil.

244. Une telle mesure apparaît proportionnée à la gravité et à l'immédiateté de l'atteinte, en permettant à Viti un accès rapide au segment du marché de détail dont elle est exclue, et constitue le moyen le plus favorable aux usagers de mettre fin à une discrimination structurelle susceptible d'affecter le marché.¹²⁵

ii. S'agissant du suivi des injonctions

245. En matière de mesures conservatoires, des mécanismes de suivi peuvent être mis en place. Ils sont d'autant plus nécessaires en l'espèce que l'injonction ne vise pas à fixer un prix de la prestation d'itinérance, mais davantage à engager les parties, et en particulier Onati, dans des négociations de bonne foi. Dans un cas similaire, un mécanisme a ainsi été imposé à la société Google dans le cadre de ses négociations avec les éditeurs de presse.¹²⁶

246. En l'espèce, afin de contrôler la mise en œuvre des injonctions, subordonnée en particulier à la bonne foi d'Onati dans la conduite des négociations, il apparaît utile de prévoir un mécanisme de suivi du respect des injonctions. Ainsi, Onati devra fournir à l'Autorité, au plus tard quatre semaines après la notification de la présente décision, un rapport méthodologique d'étape, puis un deuxième rapport à l'occasion de la mise en œuvre des injonctions, dans un délai maximum de dix semaines et enfin un troisième rapport, dans un délai maximum de quinze semaines, sur l'état des négociations avec Viti.

247. Ces trois rapports devront comprendre notamment, tant pour la détermination de la part variable que de la part fixe éventuelle, une description détaillée :

- de la mise en œuvre de l'offre d'itinérance sous les conditions de réduction tarifaire en vigueur jusqu'au 7 juillet 2022 ;
- de la méthodologie retenue pour déterminer le nouveau tarif et en particulier pour garantir la cohérence entre les coûts imputés et la taille de l'opérateur accueilli ;
- des éléments de calcul fondant la proposition tarifaire et notamment, s'agissant des coûts de réseau, l'assiette des infrastructures retenues pour déterminer les coûts de couverture, les prorata affectés aux seuls usages concernant la voix et les SMS, l'assiette des coûts retenue pour déterminer le montant de la part fixe (CAPEX, OPEX et coût des capitaux), la justification du montant des investissements, la durée et les modalités d'amortissement retenues, les éléments justificatifs du montant annuel de ces amortissements et du coût de fonctionnement annuel des infrastructures ;
- de tout autre élément permettant d'apprécier le caractère objectif, transparent et non-discriminatoire de cette proposition ;
- des éléments relatifs aux difficultés de négociation éventuellement rencontrées avec la société Viti.

248. Onati notifiera à l'Autorité l'accord d'itinérance finalement conclu avec Viti, accompagné des descriptions requises au paragraphe précédent.

¹²⁵ Voir par exemple la décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité : « la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 avril 2002 (...) considère que les mesures conservatoires octroyées par le Conseil de la concurrence « apparaissent proportionnées à la gravité et à l'immédiateté de l'atteinte en ce qu'elles constituent l'unique moyen de mettre fin à une discrimination structurelle susceptible d'affecter les opérateurs et le marché et en ce qu'elles sont limitées, pour la mesure prévue à l'article premier au strict rétablissement de l'égalité entre FAI »

¹²⁶ Décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Presse.

DECISION

Article 1^{er} : Il est enjoint à la société Onati, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de proposer à la société Viti, dans un délai maximum de dix semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre tarifaire pour l'accès à l'itinérance en matière de voix et SMS dans les îles des « archipels éloignés » dans lesquelles elle a déployé un réseau de téléphonie mobile permettant à la société Viti l'exercice d'une concurrence effective. L'offre tarifaire devra notamment être formulée de bonne foi, c'est-à-dire être fondée sur les coûts réellement exposés par l'opérateur pour fournir la prestation dont il est demandé l'usage, être justifiée par des éléments comptables transparents et contrôlables, et tenir compte dans l'évaluation de son caractère équitable et non discriminatoire de la taille de l'opérateur accueilli et notamment du nombre d'utilisateurs du service, y compris pour la couverture des coûts fixes du réseau. Dans l'attente de l'acceptation par les deux parties de l'offre tarifaire, la société Onati appliquera à la société Viti, pour tenir compte de sa faible part de marché, l'abattement sur le tarif de couverture mis en œuvre entre le 8 janvier 2020 et le 7 juillet 2022.

Article 2 : La société Onati adressera à l'Autorité des rapports d'exécution des mesures prononcées à l'article précédent, au plus tard quatre, dix et quinze semaines à compter de la notification de la présente décision. Elle notifiera à l'Autorité l'accord d'itinérance finalement conclu avec la société Viti.

Délibéré sur le rapport oral de Antoine Callot, rapporteur général adjoint, par Henri Piffaut, président de séance, Aline Baldassari et Marie-Christine Lubrano, membres du collège.

Le Président de séance

Henri Piffaut