

TRIBUNAL MIXTE DE COMMERCE DE PAPEETE

AUDIENCE DU 01 DÉCEMBRE 2023

N°MINUTE CG 2023/120

RG 2018 001431

copie  
authentique :  
- Me ALGAN  
- Me QUINQUIS  
  
copie exécutoire  
:  
- Me ALGAN  
  
LE  
(case)

**DEMANDERESSE :**

PACIFIC MOBILE TELECOM SAS, RCS de Papeete n° 0974 B, NT 897 983, dont le siège social est situé Digue de Taunua Fare Ute - BP 20653 - 98713 PAPEETE, représentée par son Président ;

Ayant constitué pour avocat SELARL JURISPOL, Me François QUINQUIS, Comparante et plaidante par ce dernier,

**DEFENDERESSE :**

Société ONATI SAS, ayant absorbé la VINI SAS, RCS de Papeete 18359 B, NT D 01975, dont le siège social est situé Rond-Point de la Base Marine à Fare Ute - BP 440 - 98713 PAPEETE, prise en la personne de son représentant légal ;

Ayant constitué pour avocat Postulant Me Vaitiare ALGAN,  
Ayant constitué pour avocat Plaidant MAGENTA, Société d'avocats au barreau de Paris,  
Comparante et plaidante par ces derniers,

**COMPOSITION DU TRIBUNAL :**

**Lors des débats à l'audience publique du 27/10/2023**

Président : Christophe TISSOT,  
Juges Consulaires Assesseurs : Joël JEGOU  
Vaea TRACQUI  
Heimana FIORI ,  
Greffier : Sarah VIRECOULON

**PROCEDURE :**

Requête en ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE ET/OU EN CESSATION DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES RESTRICTIVES reçue au greffe le 19/11/2018 et enregistrée sous le rôle 2018 001431

**JUGEMENT :** audience publique, contradictoire et en premier ressort prononcé par mise à disposition au greffe,

L'affaire ayant été appelée à l'audience du 30/11/2018 pour être renvoyée à plusieurs reprises et notamment clôturée le 16/06/2023 pour être plaidée le 27 OCTOBRE 2023 en présence de Christophe TISSOT, Président, Joël JEGOU, Vaea TRACQUI, Heimana FIORI, juges consulaires assesseurs, assistés de Sarah VIRECOULON, Greffier, pour être mise en délibéré le 1er décembre 2023 et le jugement rendu ce jour ;

h

Le tribunal a rendu la décision suivante :

### **FAITS, PROCEDURE, PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES**

Par requête du 19 novembre 2018, la SAS PACIFIC MOBILE TELECOM (la SAS PMT) saisit ce tribunal pour demander la réparation des préjudices qu'elle a subis du fait de pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre par l'opérateur historique du secteur des télécommunications, l'OPT, via sa filiale la société ONATI SAS. Elle incrimine, en premier lieu, une différenciation tarifaire abusive consistant pour la SAS ONATI à fixer un prix moins élevé lorsqu'un de ses abonnés appelait ou envoyait un SMS à un de ses abonnés (communications « on net ») que lorsque ce même abonné appelait ou envoyait un SMS à un abonné de la SAS PMT (communication « off net ») sans justifier que cette différenciation répond à une différence de coût non abusive. Elle incrimine, en second lieu, la pratique d'offres fidélisantes, lesquelles, au contraire des offres de fidélité, sont réputées et jugées anticoncurrentielles. Compte tenu de la situation de position dominante de la SAS ONATI, ces deux comportements constituent des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article LP 200-2 du code de la concurrence de Polynésie française. En conséquence, la SAS PMT demande à ce tribunal de condamner la SAS ONATI à lui payer les sommes suivantes :

- 2 654 000 000 Fr. CFP au titre du manque à gagner
- 1 975 000 000 Fr. CFP au titre de la perte de chance
- 457 000 000 Fr. CFP au titre du préjudice fiscal
- 37 076 210 Fr. CFP au titre du remboursement des frais de procédure devant l'Autorité polynésienne de la concurrence

La SAS PMT entend ensuite faire juger que la SAS ONATI a vendu à perte ses prestations d'itinérance internationale au profit de la société AT&T, ce qui est de la concurrence déloyale. En conséquence, la SAS PMT demande à ce tribunal de condamner la SAS ONATI à lui payer la somme de 27 255 771 Fr. CFP en réparation du préjudice subi. Elle demande qu'il soit fait injonction à son adversaire d'avoir à cesser ses pratiques sous astreinte et qu'il soit ordonné la publication de l'intégralité du dispositif du présent jugement à venir. Elle demande enfin que la décision soit assortie de l'exécution provisoire et que ses frais irrépétibles soient pris en charge par son adversaire à hauteur de 8 millions de francs CFP.

En défense, la SAS ONATI conteste l'ensemble du raisonnement et des moyens de son adversaire. Elle fait valoir d'abord qu'aucune pratique abusive n'est établie puisque la SAS PMT n'établit ni l'abus de position dominante, ni le caractère illicite des pratiques de différenciation tarifaire pour les appels on net et pour les SMS on net, ni les effets fidélisant de son programme de fidélité vini ura restreignant la liberté de choix des consommateurs. A supposer même que ces pratiques constituent des fautes, la SAS ONATI fait ensuite valoir que la SAS PMT ne rapporte pas la preuve que ces pratiques lui ont directement préjudicié. S'agissant du chef de demande relatif à la pratique de prix prédateur que son adversaire lui reproche d'avoir appliqué dans le cadre d'un accord de roaming, la SAS ONATI fait valoir que ce fait n'est ni constitué, ni prouvé. En conséquence, la SAS ONATI demande à ce tribunal de rejeter l'ensemble des demandes de son adversaire et de condamner cette dernière à lui payer la somme de 20 millions de



francs CFP en application des dispositions de l'article 407 du code de procédure civile.

Pour plus ample exposé des prétentions et moyens des parties, il est expressément fait référence à leurs conclusions respectives. L'affaire a été plaidée à l'audience du 27 octobre 2023.

La décision a été mise en délibéré au 1<sup>er</sup> décembre 2023.

## **MOTIVATION DE LA DECISION**

### **Moyens liminaires**

#### **Sur l'applicabilité du droit de la concurrence en Polynésie française**

Les parties s'opposent sur la date d'entrée en vigueur du droit de la concurrence en Polynésie française, l'enjeu de ce débat étant de déterminer la date à laquelle l'abus de position dominante, à le supposer établi, serait devenu répréhensible.

Il ne ressort d'aucune disposition particulière que le droit de la concurrence échapperait aux règles de droit commun régissant l'entrée en vigueur des normes en Polynésie française. Par conséquent, ce droit est applicable sur le territoire à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du Pays portant code de la concurrence en Polynésie française, c'est à dire le 23 février 2015.

C'est à tort que la SAS ONATI fait référence à une décision de l'Autorité polynésienne de la concurrence (l'APC), laquelle aurait fixé une autre date. En tout état de cause, compte tenu de la nature administrative de l'APC, une telle décision ne s'impose pas à l'autorité judiciaire.

#### **Sur la position dominante de la SAS ONATI**

Il n'est pas sérieusement contesté que la SAS ONATI est en position dominante sur le marché en cause pendant la période incriminée.

Cette question évacuée, il convient de rappeler le principe selon lequel, tant que le titulaire de la position dominante n'abuse pas de sa position, il ne commet aucune faute et n'encourt aucune sanction. Il reste donc à examiner la pertinence des deux griefs d'abus allégués par la SAS PMT.

A noter que le tribunal entend rappeler que la sévérité du droit de la concurrence métropolitain à l'égard des opérateurs dits historiques (qui pose que toute entreprise en situation de position dominante doit veiller à ne pas abuser de son pouvoir, responsabilité accrue lorsque cette position est héritée d'un ancien monopole légal) n'a pas lieu d'être transposée en Polynésie française, juridiquement régie par un statut d'autonomie et une législation spécifique, et économiquement très éloignée des standards d'un pays de 65 millions d'habitants grand ouvert aux contraintes du marché européen.



### **Sur la valeur de la décision de l'APC 2018-PAC-01 du 6 juin 2018**

La décision de l'APC n° 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résiduelle (la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018), rendue par une autorité administrative, ne lie pas ce tribunal, ce qui entraîne deux conséquences.

Dépourvue de caractère juridictionnel, a fortiori s'agissant d'une décision d'engagements, la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 n'empêche pas l'exercice d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction commerciale. S'il appartient en effet à l'APC d'encadrer le marché et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, il incombe à l'autorité judiciaire de réparer les préjudices nés des violations de la loi. S'agissant du cas particulier d'une décision d'engagements de l'APC, l'entreprise visée ne saurait être à l'abri de poursuites judiciaires devant les juridictions de droit commun. Ayant souscrit des engagements, cette entreprise demeure responsable devant ces juridictions du préjudice subi par la victime des pratiques ayant donné lieu aux engagements, s'il est avéré que ses pratiques étaient anticoncurrentielles. C'est donc à juste titre que la SAS PMT a saisi la présente juridiction pour faire juger ses prétentions à être indemnisée de ses préjudices pour des faits qu'elle impute à la SAS ONATI.

Dépourvue de caractère juridictionnel, la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 n'établit pas l'existence d'une faute civile dont la preuve reste devoir être administrée par celui qui prétend en être la victime. *« Dans le cadre de l'évaluation préliminaire, l'autorité de la concurrence se cantonne à décrire les pratiques reprochées à l'entreprise et à exposer en quoi elles pourraient être anticoncurrentielles. L'évaluation préliminaire doit permettre le contrôle du caractère approprié des engagements. Elle se distingue ainsi de la notification de griefs en ce qu'elle ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales car elle n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité des infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner. Ainsi, dans le cadre d'une procédure d'engagement le dossier est clos avant toute appréciation définitive des pratiques suscitant des préoccupations de concurrence, sans constat d'infraction ou d'absence d'infraction à la concurrence. »* (TGI de Paris – 22 février 2018- pj 10). L'exigence de démonstration d'une faute civile est d'autant plus nécessaire que la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 est une décision d'engagements, qui ne caractérise aucune faute mais fait état de *« situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence. »* (§ 228). C'est donc à juste titre que la SAS ONATI soutient que ladite décision ne rapporte pas à elle seule la preuve de l'illicéité des pratiques visées, de sorte qu'il incombe toujours à son adversaire de rapporter la preuve de ses allégations.

Si le tribunal peut bien évidemment tenir compte des travaux et conclusions de l'APC et les considérer comme un indice afin d'apprécier le caractère anti-concurrentiel des pratiques en cause, il doit également se référer aux autres pièces du dossier régulièrement versées aux débats et contradictoirement débattus, dont



les conclusions des parties et tests de marché et études réalisés par les cabinets spécialisés.

**I) Sur le premier grief tiré de la différenciation tarifaire abusive**

L'action en responsabilité du dommage causé par les pratiques anticoncurrentielles obéit au régime de l'article 1382 du code civil tel qu'applicable en Polynésie française, ce qui suppose réunies les preuves d'une pratique abusive, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Constitue une pratique abusive, le fait, pour un opérateur en position dominante, de proposer des prix de détail différenciés qui ne sont pas justifiés par une différence de coûts sous-jacents encourus et qui ont pour conséquence des effets anti-concurrentiels. Autrement dit, ce qui est interdit, ce n'est pas de proposer une tarification différenciée, parfaitement légitime au regard de différences de situation (le coût d'appel des communications « on net » n'est évidemment pas le même que celui des communications « off net »), c'est que cette différenciation soit abusive et qu'en outre elle emporte des effets anticoncurrentiels.

En l'espèce, la société PACIFIC MOBILE TELECOM affirme avoir été victime de la part de la SAS ONATI d'une pratique de différenciation tarifaire abusive pour les appels et SMS on-net et les appels et SMS off-net.

Or, le tribunal n'est pas convaincu par le raisonnement de la SAS PMT, pour les motifs suivants.

**I-1) la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 de l'APC ne lie pas le présent tribunal**

Pour justifier l'existence d'une différenciation tarifation injustifiée et abusive, la SAS PMT se fonde principalement, quasi-exclusivement, sur la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018.

Or, cette référence n'est pas, à elle-seule, suffisante.

En effet, la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018, si elle conclut à l'existence d'une différenciation tarifaire, n'établit pas que cette différenciation est abusive.

En premier lieu, sur la méthodologie, l'APC n'a pas procédé à une analyse détaillée, in concreto et circonstanciée, des pratiques en cause : *« sans qu'il ne soit nécessaire de se fonder, dans le cadre de la présente procédure, sur un test de différenciation tarifaire conforme à la jurisprudence et adapté au cas d'espèce, il est possible de dresser les constats suivants ... »* (§ 131 de la décision). Autrement dit, dans le cadre de l'évaluation préliminaire à sa décision, l'APC n'a pas procédé elle-même à une analyse complète de la situation mais a évalué les analyses produites par les parties.

C'est donc très logiquement que, dans sa conclusion, compte tenu de la méthode qu'elle a retenue, l'APC pose un constat qui ne revêt aucun caractère définitif et répressif.

h

Si elle mentionne l'existence de « préoccupations de concurrence », l'APC clôturera la procédure sans mise en cause de la SAS ONATI : *« PMT a assorti sa saisine de l'APC d'une demande de mesures conservatoires le 17 octobre 2017. Elle dénonce les pratiques mises en œuvre par VINI sur le marché de détail de la téléphonie mobile, sur lequel VINI détiendrait une position dominante et en abuserait. »*

*A l'occasion de cette procédure, VINI a choisi de recourir à une procédure d'engagement*

*et a ainsi proposé de mettre en œuvre des mesures correctrices. Ces mesures ont été acceptées par l'APC qui a estimé que ces mesures étaient nécessaires et suffisantes pour répondre aux préoccupations de concurrence qu'elle a identifiées. »* (communiqué de presse).

Il est impossible de faire dire à cette décision ce qu'elle ne dit pas : l'APC n'a pas voulu conclure à une faute de la part de la SAS ONATI, parce qu'elle n'a pas relevé le caractère abusif de la différenciation tarifaire. A titre principal, l'APC conclut d'ailleurs que les résultats des tests réalisés par Vini sont *« tout juste suffisants à démontrer la justification de sa pratique »* : l'APC n'exclut donc pas que la justification apportée par la SAS ONATI soit suffisante pour écarter l'accusation d'abus. Ce n'est que dans un second temps, que l'APC émet l'hypothèse que ces mêmes résultats *« sont susceptibles de faire apparaître un écart de prix implicites inférieur à ce qu'il est réellement »*. Le vocabulaire de cette décision reste très en-deça de la caractérisation de l'abus : *« sont susceptibles de »* puis *« est susceptible de »*.

Ces précautions sémantiques s'expliquent parfaitement par la nature de la procédure diligentée par l'APC, c'est à dire une procédure d'engagements et non en sanction, ainsi que par la méthodologie employée, en l'espèce l'APC n'a pas procédé à une analyse détaillée des pratiques en cours.

Les faits rapportés dans la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 ne suffisant pas à établir l'abus tarifaire, il convient alors d'examiner les autres éléments invoqués par la SAS PMT au soutien de son action.

### **I-2) les engagements de la SAS ONATI devant l'APC ne sont pas synonymes de reconnaissance de culpabilité**

C'est à tort que la SAS PMT soutient que la liste des engagements proposés à l'APC par la SAS ONATI signe l'aveu (extra-contractuel) de ses fautes. La décision de cette société de composer avec l'APC ne saurait constituer une quelconque reconnaissance de culpabilité. La société ONATI SAS a déclaré et maintient que : *« la proposition d'engagements ne comporte et n'implique donc aucune reconnaissance par VINI ni du bien-fondé de la Plainte et/ou de la Demande de mesures conservatoires ou de la matérialité des faits allégués dans ces dernières ni de la violation d'une règle de quelque nature que ce soit, ou d'une responsabilité de quelque nature que ce soit, en lien avec les pratiques et faits dénoncés dans la Plainte et/ou la Demande de mesures conservatoires. »*. Il convient de donner acte à la SAS ONATI que sa décision de s'engager dans un processus de propositions d'engagement était d'abord motivée par le fait



d'échapper à une procédure administrative qu'elle qualifie de « lourde et coûteuse ». La pertinence d'un tel mobile est recevable et ce n'est pas la SAS PMT qui peut en contester la valeur, elle qui demande à ce tribunal de condamner son adversaire à la rembourser des frais de procédure qu'elle a dû engager devant l'APC soit la somme de 37.076.210 francs CFP. La SAS ONATI affirme ensuite que ce moment coïncidait avec sa décision d'infléchir sa politique commerciale pour offrir des communications illimitées vers tous les opérateurs, le développement de son concurrent, la SAS PMT, rendant inévitable cette ouverture. Et c'est ainsi que ses propositions d'engagement, que l'APC a acceptées, ont toutes été l'occasion de faire évoluer ses offres vers des produits sans composantes d'abondance ou générosité voix ou SMS « cross net » en abandonnant les produits « on net ».

L'APC elle-même, en clôturant la procédure sans condamner la SAS ONATI ne qualifie pas les engagements de celle-ci comme des aveux de culpabilité.

**I-3) la SAS PMT n'établit pas que la tarification pour les appels vocaux mise en place par la SAS ONATI est abusive**

Alors que la SAS PMT ne rapporte pas d'éléments chiffrés et circonstanciés concluant à une discrimination tarifaire, la SAS ONATI produit aux débats les chiffres tirés d'un rapport (le rapport TERA), dont il n'y a pas lieu de contester a priori la pertinence. D'une part, parce que l'APC a relevé les qualités de cette étude qui «  *vise à reproduire dans le cas d'espèce le test de différenciation tarifaire retenu par la jurisprudence, appliqué aux offres des gammes Premium+ et Izi commercialisées par Vini.*  » (§ 125). D'autre part, parce que ce rapport n'a pas suscité de critique méthodologique de la part de la SAS PMT.

Or, ce rapport conclut que la différence de prix entre les deux types d'appel (entre clients de VINI et vers ceux de VODAFONE) ne dépasse pas la différence de coûts supportée par VINI pour 8 des 9 offres critiquées. Il n'y a donc pas d'écart significatif entre prix et coût pour ces 8 offres ; et pour la neuvième, le rapport évalue la différence de prix à 2 %, c'est à dire, et là c'est le tribunal qui le dit, un écart insignifiant. Le tribunal note ici avec intérêt l'observation de la SAS ONATI pour qui «  *Dans la décision n° 12-D-24 de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, prise comme modèle par l'APC, les offres sanctionnées présentaient une différence de prix ... 600 fois supérieure à l'écart de coûts. L'écart est donc ici au maximum 30 fois plus faible que dans la décision métropolitaine de référence.*  » (conclusions du 28 avril 2023)

La SAS ONATI a donc bien proposé des prix de détail différenciés en matière d'appels vocaux entre les appels vers ses propres réseaux (on-net) et ceux à destination du réseau concurrent (off-net), mais il ressort que cette différenciation était minime, voire anecdotique et certainement pas abusive, par conséquent, elle ne peut être qualifiée de fautive.



**I-4) enfin, la preuve que la tarification des appels vocaux et des SMS mise en place par la SAS ONATI a eu des effets anticoncurrentiels n'est pas établie**

En droit, même lorsque la différence de prix entre communications on-net et off-net est injustifiée, encore faut-il, pour qu'elle soit condamnable, qu'elle ait des effets anticoncurrentiels.

Là encore, la SAS PMT se fonde exclusivement sur la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 pour justifier que la tarification de son adversaire est anticoncurrentielle.

Et là encore, il convient d'observer que la décision du 6 juin 2018 nourrit une hypothèse, mais ne démontre pas : *« Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par Vini entre d'une part les communications voix et SMS on-net et d'autre part les communications voix et SMS off-net sont susceptibles de constituer un abus de position dominante, pratique prohibée par l'article LP. 200-2 du code de la concurrence. »* (§ 144). Si l'APC estime possible que les pratiques en cause puissent être qualifiées d'abusives (*« sont susceptibles de »*), elle n'a pas démontré qu'elles ont eu des effets anticoncurrentiels avérés qui ont permis d'attirer puis de fidéliser une part de clientèle qui, sans ces avantages indus se seraient détournés. Suspectée, la SAS ONATI n'est pas pour autant condamnée.

Surtout lorsque la réalité n'est pas venue confirmer les hypothèses.

Si le droit de la concurrence a souvent recours à la notion d'effets potentiels qui sont censés résulter nécessairement de pratiques déclarées irrégulières, le droit civil campe sur le principe qu'une hypothèse que les faits démentent n'est pas vérifiée.

En l'espèce, la comparaison entre les situations respectives de la SAS ONATI et celle de la SAS PMT, avant la mise en oeuvre des engagements (c'est à dire pendant que les pratiques dénoncées étaient en cours) et après cette mise en oeuvre, révèle qu'il n'est constaté aucun effet des pratiques reprochées à la SAS ONATI. Ainsi :

- le parc de clients postpayés de la SAS ONATI était en décroissance pendant la mise en oeuvre des pratiques en cause et cette décroissance est plus lente après qu'elles ont cessé (page 78 des conclusions du 28 avril 2023), indice que les offres « on net » reprochées à la SAS ONATI n'ont pas suscité d'effet d'attraction au détriment de la SAS PMT.
- parallèlement, la SAS ONATI affirme, sans être démentie par son adversaire, que le taux de « churn » (résiliation) des clients des offres de forfait de la SAS PMT est presque deux fois plus élevé en 2018 que pendant la mise en oeuvre des pratiques dénoncées (27% en 2018 contre 15,25% en moyenne pour les années précédentes), preuve de l'inanité de ces dernières sur le niveau d'activité de la SAS PMT (page 79 des conclusions du 28 avril 2023).
- le solde d'interconnexion de la SAS PMT avant la mise en oeuvre des engagements était bien supérieur à celui de la période qui a suivi (graphique 18 pièce 28) : or, il est admis qu'une pratique de différenciation tarifaire injustifiée





entraîne une baisse du solde d'interconnexion pour l'opérateur victime des pratiques en cause

S'agissant de ce niveau d'activité, il est remarquable de constater que la courbe de croissance de la SAS PMT, régulière et continue depuis son entrée sur le marché, ne connaît pas d'accélération nette après la procédure conduite devant l'APC. La SAS PMT ne peut démontrer que l'évolution de ses parts de marché, observées avant et après la mise en oeuvre des engagements, a un lien de cause à effet avec les effets supposés anticoncurrentiels de la politique tarifaire de la SAS ONATI. De même, aucun enseignement ne peut être tiré des études de fonctionnement de marchés estimés semblables qui justifierait la plainte de la SAS PMT.

Les pièces du débat établissent plutôt l'inexorable montée en puissance de la SAS PMT sans que sa courbe de croissance paraisse être en relation avec la décision d'engagement :

- Ainsi du nombre d'abonnés selon le rapport de l'IEOM 216 (PJ 47)  
« Vini enregistre une baisse de 1,5 % de sa clientèle en 2016 avec 220 900 abonnés »  
« Vodafone dénombre 59 292 abonnés à la fin de 2016 soit 14 176 abonnés de plus qu'en 2015 »
- Ainsi du nombre d'abonnements actifs selon l'APC (décision 2021-01 du 8 décembre 2021, § 34 -PJ 41)  
Vini : 77 % en 2017, 72 % en 2018, 69 % en 2019  
Vodafone : 23 % en 2017, 28 % en 2018, 31 % en 2019

Sans prendre au mot la SAS PMT dont la communication publique ne cesse de vanter, sans doute à juste titre, la réussite de son modèle économique (« *Vodafone fête ses 100 000 clients* (tous produits confondus) (article paru le 16 janvier 2020 sur le site Tahiti info) : « *parti de zéro, Vodafone Polynésie est aujourd'hui devenu un opérateur incontournable, avec 33 % du marché de la téléphonie mobile* »), il faut bien admettre que son développement a été rapide et constant. Alors qu'en 2017, elle détenait 15 % du marché (avis de l'APC n°2017-A-02 du 9 octobre 2017), aujourd'hui, elle est créditée par la SAS ONATI de 140 000 clients et entre 40 à 45 % de part de marché, chiffres non contestés par la SAS PMT. Une telle réussite est d'autant plus remarquable qu'elle est entrée sur un marché qui était déjà mature et fortement équipé (page 13 des conclusions du 31 mars 2023 de la SAS PMT), handicap finalement nettement plus sérieux que celui de la suspicion de pratique abusive de la part de son concurrent. D'ailleurs, l'arrivée d'un troisième opérateur en 2018 permet également de relativiser l'accusation de fermeture du marché des communications par l'opérateur historique.

S'agissant des SMS, si l'existence de prix de détail différenciés dont l'écart n'est pas justifié objectivement n'est pas contestée par la SAS ONATI, il est constant toutefois que, dans la mesure où la nature de ce mode de communication induit un flux d'échanges symétrique et où le tarif de terminaison d'appels des deux sociétés a toujours été identique, ce qui rend impossible tout effet de levier, les pratiques en cause ne peuvent susciter des effets anticoncurrentiels. Cette absence d'effet anticoncurrentiel est établie, d'une part, par le fait que le solde d'interconnexion entre les deux opérateurs était à l'équilibre pendant la période en cause et le même équilibre a perduré après 2018. Cette absence d'effet

*h*

anticoncurrentiel est établie, d'autre part, par le fait que la SAS PMT a été en mesure de commercialiser à son tour des formules de SMS gratuits vers les deux réseaux. Or, il n'est pas démontré que cette réplique commerciale a eu pour effet d'élever artificiellement les coûts de la SAS PMT (sauf à proclamer ce lieu commun que la production et la distribution d'un produit génère des charges d'exploitation et que la production et la distribution d'un nouveau produit génère de nouvelles charges d'exploitation).

En conclusion, il n'est pas démontré quelque effet anticoncurrentiel attaché aux pratiques en cause. Cette conclusion était de toutes façons inévitable : ayant déterminé qu'il n'avait pas été constaté de pratique tarifaire abusive de la part de la SAS ONATI, il était évident qu'aucun effet anticoncurrentiel ne pouvait avoir perturbé le jeu rude et complexe, mais normal, du marché.

Il y a lieu de débouter la SAS PMT de ce grief.

## **II) Sur le deuxième grief tiré des offres fidélisantes**

En matière de politique de fidélité, l'analyse de l'APC dans sa décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018, § 145, analyse qui fait consensus auprès des parties. Selon l'APC, *« Une offre de fidélité correspond à une gratification de l'opérateur à son client en vue de le récompenser de sa fidélité passée. ... Une offre de fidélisation propose quant à elle une remise ou un avantage au bénéfice du client, en échange d'un engagement de ce dernier pour l'avenir. Ce type d'offre a donc pour effet de priver le consommateur de sa capacité d'arbitrage pendant une période donnée. Les offres de fidélité sont généralement considérées comme pro-concurrentielles tandis que les offres de fidélisation peuvent produire des effets restrictifs de concurrence. »*.

De cette définition, il ressort que pour être condamnable, une offre doit d'abord être fidélisante et qu'elle doit ensuite générer des effets restrictifs de concurrence, sachant que la définition visée ci-dessus précise bien que les offres de fidélisation ne produisent pas systématiquement des effets restrictifs de concurrence (« peuvent produire »).

En l'espèce, c'est à juste titre que la SAS PMT soutient qu'une partie du programme Ura et notamment la disposition qui restreint l'acquisition d'un terminal à ses seuls clients en contrepartie d'un réengagement constitue une offre fidélisante. S'appuyant sur les travaux de l'APC qui avait relevé dans le programme Ura trois situations qui peuvent être qualifiées de fidélisantes (§154 de la décision 2018-PAC-01 du 6 juin 2018) :

- *« seuls les adhérents postpayés ont accès à la possibilité d'acquérir un terminal en contrepartie d'un réengagement de 24 mois (§73)*
- *les points de bienvenue, attribuées à l'adhésion du client et en fonction de sa consommation, de son ancienneté et du restant à courir de sa période d'engagement, ne sont utilisables que pour des cadeaux entraînant un réengagement du client (§ 67)*
- *« dans le cadre de l'avantage » multi lignes », lorsque des points de fidélité cumulés sur l'ensemble des lignes rattachées au même compte de facturation sont*



*utilisées pour l'obtention d'un unique terminal, les clients de l'ensemble des lignes concernées sont réengagés (§ 77) », la SAS PMT met en cause à juste titre la première de ces trois pratiques qui restreint sensiblement la liberté de choix du consommateur.*

Si le caractère fidélisant de ces trois situations n'est pas contesté par la SAS ONATI, il n'est en revanche pas contestable que l'APC n'a pas donné de suite à la plainte de la SAS PMT : *« Les engagements de Vini, dans leur dernière version transmise à l'Autorité polynésienne de la concurrence le 4 mai 2018, constituent, selon l'Autorité, une solution proportionnée aux problèmes de concurrence identifiés par l'évaluation préliminaire et présentent un caractère substantiel, crédible et vérifiable. Il y a donc lieu de les accepter, de les rendre obligatoires et de clore les saisines 16/0007F et 17/0016M » (§299)*

Il est également établi que la SAS PMT ne rapporte pas la preuve que ces pratiques ont produit des effets restrictifs de concurrence.

Certes, en droit de la concurrence, il est admis qu'une pratique peut être anticoncurrentielle en raison de simples effets potentiels. Mais s'il est démontré, qu'à l'usage, ladite pratique n'a généré aucun effet anticoncurrentiel, il y a lieu d'en tirer les conséquences en récusant tout caractère fautif à la pratique en cause.

Autrement dit, si les effets potentiellement anticoncurrentiels de telle pratique ont pu théoriquement être mis en évidence, les données réelles les contredisent.

En l'espèce, les pratiques de fidélisation mises en évidence n'ont effectivement pas généré d'effet négatif sur la situation de la SAS PMT. L'examen des statistiques fournies par la SAS ONATI permet ainsi de vérifier que le taux de « churn » (taux de résiliation) constaté par celle-ci auprès de ses clients avant la mise en oeuvre des engagements et après celle-ci n'a pas évolué. Parallèlement, pour la SAS PMT, le taux de churn pour ses offres de forfait est deux fois plus élevé lors de l'année de fin des pratiques (2018) que pendant que celles-ci étaient en vigueur. Comme déjà motivé ci-dessus, il est remarquable de constater que la courbe de croissance de la SAS PMT, régulière et continue depuis son entrée sur le marché, ne connaît pas d'accélération nette après la mise en oeuvre des engagements. Sans approuver le terme d'aveu judiciaire, auquel a recours la SAS ONATI (conclusions du 28 avril page 102), il convient de reprendre le constat dressé par la SAS PMT dans le rapport économique MARPIJ que « les acquisitions clients de la SAS PMT sur cette même période (à savoir septembre 2018 à avril 2019, soit celle qui suit la fin des pratiques dénoncées) ne présentent pas d'évolutions anormales par rapport à la même période sur les années 2016 et 2017. » (pièce 94).

Et si l'examen de cette courbe laisse en effet apparaître une reprise de croissance en 2018 (schéma page 20 conclusions du 28 avril 2023), le tribunal est d'accord avec la SAS ONATI pour constater que cette reprise intervient avant la fin des pratiques dénoncées, soit en début d'année (alors que les engagements ont été mis en oeuvre à partir d'août), et qu'elle correspond sans doute bien davantage à l'ouverture de deux nouvelles boutiques dans des zones de chalandise remarquable et à la suite du lancement de nouvelles offres à partir de septembre.

*h*

Encore une fois, en conclusion, les développements concernant les effets potentiels de pratiques effectivement en partie irrégulières tenant aux offres fidélisantes, pratiques qui ont cessé en 2018, sont contredits par les données réelles.

Il convient alors de débouter la SAS PMT de ce grief.

### **III) Sur le troisième grief tiré des prix prédateurs pratiqués sur le marché des télécommunications internationales**

Troisième et dernier grief formulé par la SAS PMT, la vente à perte par la SAS ONATI de ses prestations d'itinérance internationale à l'égard de la société AT&T qui serait constitutive d'une action en concurrence déloyale.

Ce grief, dont il appartient à la SAS PMT, sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle, de rapporter la preuve, est fondé sur une démonstration qui n'est pas contestée par la SAS ONATI : le prix de revient d'utilisation d'un réseau polynésien (VINI ou PMT) est de 25,56 francs CFP, montant correspondant à l'addition des deux coûts suivants : 18 francs CFP la minute (prix du transport des communications à l'international facturé par l'OPT) + 7,56 francs CFP la minute (tarif d'interconnexion au câble sous-marin fixé par arrêté ministériel). Il s'ensuit que le prix pour les appels vers les États-Unis ne devrait pas être facturé en-deça de 25,56 francs CFP par minute. Or, la SAS PMT a eu connaissance, par un courrier de l'opérateur américain AT&T, que la SAS ONATI a vendu à la société AT&T une prestation d'itinérance inférieure à 20 francs CFP la minute, donc à un niveau en-dessous du coût de revient.

Mais cette analyse, quand elle est remise en perspective avec les faits qui suivent, n'est pas suffisante pour caractériser une faute au sens de l'article 1382 du code civil.

En premier lieu, la SAS ONATI fait valoir qu'elle s'est alignée sur le tarif proposé par la SAS PMT (§ 804). Cette allégation, également étayée par un courrier de l'opérateur américain AT&T, n'est pas contestée par la SAS PMT. Dans ce cas, si les deux opérateurs polynésiens vendent à perte, il n'est pas possible d'incriminer l'un des deux et d'exonérer l'autre de la même faute.

En second lieu, il n'est économiquement pas correct de n'examiner que le seul tarif du « roaming in » (appels des clients AT&T depuis la Polynésie française vers les USA) sans prendre en compte celui du « roaming out » (appels des clients de VINI depuis les USA vers la Polynésie française). Le tarif de ce segment de marché (le marché des télécommunications internationales) est un ensemble dont on ne peut distinguer les parties puisque le contrat conclu entre l'opérateur étranger et l'opérateur polynésien implique nécessairement une réciprocité (les clients de l'un sont les clients de l'autre). Aussi, le tarif doit-il être calculé en ajoutant la composante « roaming out » à la composante « roaming in ». Et en l'espèce, la démonstration n'est pas faite que la SAS ONATI a pratiqué un tarif déloyal, puisque le grief exposé ci-dessus ne concerne que le roaming in.



En conclusion, le tribunal constate que l'allégation de vente à perte :

- repose principalement sur un courrier de la société AT&T, laquelle poursuit son seul intérêt et recherche à minimiser ses coûts en excitant la concurrence entre les deux opérateurs polynésiens
- serait une pratique partagée aussi bien par la SAS ONATI que par la SAS PMT
- n'est in fine pas vérifiée par un calcul tenant compte de l'ensemble de la prestation, c'est à dire revenus et coûts des prestations de roaming in et de roaming out.

Il convient alors de débouter la SAS PMT de ce chef de demande.

#### **IV) Sur les frais irrépétibles**

Il paraît inéquitable de laisser à la charge de la SAS ONATI les frais qu'elle a dû exposer dans la présente instance ; la SAS PMT est condamnée à lui payer la somme de 5.000.000 francs CFP au titre des frais irrépétibles.

#### **DECISION**

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort,

Déboute la société PACIFIC MOBILE TELECOM SAS de l'ensemble de ses prétentions,

Condamne la société PACIFIC MOBILE TELECOM SAS à payer à la société ONATI SAS la somme de 5.000.000 francs CFP au titre des frais irrépétibles,

Condamne la société PACIFIC MOBILE TELECOM SAS aux dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an que dessus et ont signé le Président Christophe TISSOT et le Greffier Sarah VIRECOULON présente lors du prononcé ;

Le Président

Christophe TISSOT

Le Greffier

Sarah VIRECOULON

En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous les huissiers sur ce requis de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de première instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi le présent jugement a été signé par le greffier.



