



Décision n° 2020-MC-01 du 2 juillet 2020 (rectifiée)¹

relative à une demande de mesures conservatoires de la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) pour des pratiques mises en œuvre par l'Office des postes et télécommunications (OPT-NC) dans le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (Présidente statuant seule) ;

Vu le courrier du 23 janvier 2020, enregistré sous le numéro 20/0006F, par lequel la Société Calédonienne de Connectivité Internationale (ci-après « la SCCI ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par l'Office des Postes et Télécommunications de Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'OPT-NC ») dans le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie sur le fondement de l'article Lp. 421-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le code de commerce ») ;

Vu le courrier du 28 janvier 2020, enregistré sous le numéro 20/0007MC, par lequel la SCCI a également sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article Lp. 464-1 du code de commerce ;

Vu le courrier du 11 avril 2020, enregistré le 14 avril 2020, par lequel la SCCI a complété sa saisine initiale et sa demande visant à prononcer des mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment ses articles Lp. 421-2, Lp. 464-1 et Lp. 461-3 ;

Vu les décisions n° 20-DSA-001 du 05 mars 2020 relative à une demande de secret des affaires formulée par la SCCI, n° 20-DSA-003 du 24 avril 2020 relative à une demande de secret des affaires formulée par la société Hawaiki, n° 20-DSA-004 du 6 mai 2020 relative à une demande de secret des affaires formulée par l'OPT-NC et n° 20-DSA-005 du 6 mai 2020 relative à une demande de secret des affaires formulée par la Fédération des syndicats, des agents et ouvriers de la fédération des agents et ouvriers de la fonction publique et parapublique de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu les observations des parties et du commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, la rapporteure, le commissaire du gouvernement et les représentants de la SCCI et de l'OPT-NC entendus respectivement lors de la séance du 4 juin 2020 ;

Adopte la décision suivante :

¹ Rectification et corrections d'erreurs matérielles à la suite de la publication en ligne de la décision n° 2020-MC-01 à la demande de tiers : paragraphe n° 122 et notes de bas de page n° 125 et 129, tableaux aux paragraphes 153 et 187-188.

Résumé

Aux termes de la présente décision, **l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») prononce une mesure conservatoire à l'encontre de l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT-NC).**

Le 23 janvier 2020, la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI), qui souhaite installer un câble sous-marin entre la Nouvelle-Calédonie et l'Australie (câble « *Tomoo* ») pour offrir des services de capacités de connectivité internationale à des clients calédoniens, a saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC visant à l'empêcher d'entrer sur ce marché.

Selon la saisissante, l'OPT-NC abuserait de sa position dominante, au sens de l'article Lp. 421-2 du code de commerce, en ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, à la suite de l'annonce de la SCCI, en juillet 2019, de son projet de construction de câble sous-marin pour « *faire baisser les prix des communications internationales d'au moins 50 %* ». Ces pratiques consisteraient en :

– **un refus de l'OPT-NC de transmettre à la SCCI une offre commerciale lui permettant de raccorder son câble sous-marin *Tomoo* au réseau fédérateur intérieur** afin d'assurer l'interconnexion des deux réseaux local et international ;

– **l'élaboration d'une offre tarifaire de l'OPT-NC fusionnant ses offres de services de capacités de connectivité sur le réseau fédérateur intérieur (« trafic local et proximisé ») et sur le réseau fédérateur international (« trafic international »)**. Cette nouvelle tarification fusionnée, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2020, qui réduit d'environ 40 % les tarifs de l'internet local et international pour les fournisseurs d'accès à internet (FAI), masque une baisse de 77 % du trafic international et une augmentation de 18 % du tarif intérieur destinée à évincer la SCCI du marché de la fourniture de services de capacités de connectivité internationale.

Parallèlement à sa saisine au fond, **la SCCI a sollicité le prononcé de trois mesures conservatoires** visant à enjoindre à l'OPT-NC de lui accorder un accès non discriminatoire au réseau fédérateur intérieur dans un délai de deux mois ; de suspendre son offre fusionnée sans délai ; et de soumettre au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie une nouvelle offre tarifaire non fusionnée et fixée à un niveau conforme aux exigences du droit de la concurrence dans un délai d'un mois.

L'OPT-NC estime que l'Autorité n'est pas compétente pour examiner ce dossier et en conteste le bien-fondé au motif qu'il disposerait d'un monopole légal pour les communications intérieures et extérieures en Nouvelle-Calédonie de sorte que la SCCI serait dans l'impossibilité d'entrer sur le marché de la fourniture services de capacités de connectivité internationale en Nouvelle-Calédonie. **L'OPT-NC soutient qu'il n'aurait agi que dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique pour assurer sa mission de service public.**

Pour examiner cette saisine, l'Autorité a, dans un premier temps, présenté les deux parties concernées, examiné le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie puis décrit l'évolution des offres tarifaires des services de capacités de l'OPT-NC ainsi que l'impact de la nouvelle offre fusionnée en vigueur depuis le 1^{er} mars 2020, avant d'entrer dans la discussion juridique.

Très atypique, le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie est marqué par le monopole historique de l'OPT-NC, d'abord placé sous la tutelle de l'État puis du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à la suite du transfert de compétences opéré par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. Ce secteur est actuellement régi par les délibérations n° 051/CP du 23 octobre 2000 relative aux statuts de l'OPT-NC et par la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 qui introduit le code des postes et télécommunications en Nouvelle-Calédonie (CPTNC).

Faisant partie des rares territoires non dotés d'une autorité de régulation indépendante (25 pays sur 193 pays membres de l'ONU), la Nouvelle-Calédonie a pendant longtemps acheminé ses communications électroniques à l'échelle internationale par satellites (à bas débit). Ce n'est qu'avec la mise en service en septembre 2008 d'un câble sous-marin international reliant la Nouvelle-Calédonie à l'Australie (*Gondwana 1*) que l'OPT-NC a permis l'acheminement de communications électroniques à haut débit à destination et en provenance de l'international. Pour autant, cet unique câble sous-marin doit être sécurisé afin d'éviter de graves conséquences économiques.

Conscient de la nécessité de sécuriser son câble sous-marin, l'OPT-NC a d'abord lancé un appel d'offres international en juillet 2016 visant à créer un second câble sous-marin, appelé *Gondwana 2*. Pour ce faire, l'OPT-NC a mis en place une procédure de dialogue compétitif entre les sociétés Alcatel Submarine Network (ASN) et Hawaïki, unique actionnaire de la SCCI. Alors que la société ASN proposait de créer un nouveau câble sous-marin relié à Fidji, la société Hawaïki a proposé de relier le territoire calédonien à son câble sous-marin (*Hawaïki*) qui relie déjà l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis et qui dispose d'une possibilité de raccordement située à environ 500 km de l'île des Pins. Cet appel d'offres a toutefois été déclaré infructueux le 1^{er} octobre 2018. L'OPT-NC a relancé un nouvel appel d'offres le 30 mars 2019 en spécifiant son choix d'un câble sous-marin international à destination de Fidji pour lequel la société ASN a été seule candidate.

C'est dans ces conditions que le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi le Haut-commissaire de République puis le Premier ministre sur le sujet des câbles sous-marins. En réponse, l'État français a considéré qu'il n'y avait pas d'objection à raccorder la Nouvelle-Calédonie à Fidji par câble sous-marin et que le projet présenté par la société ASN s'inscrivait dans la norme de ce genre de projet au regard du coût envisagé, sans évoquer le projet de câble sous-marin de la SCCI. En avril 2020, l'OPT-NC a conclu le marché avec la société ASN pour créer le câble *Gondwana 2* correspondant à un investissement d'un montant de 3,250 milliards FCFP. De son côté, la SCCI n'a pas abandonné son projet de création du câble sous-marin *Tomoo* et a maintenu sa plainte et sa demande de mesures conservatoires.

S'agissant de la recevabilité de la saisine, l'ACNC a d'abord constaté que les pratiques dénoncées sont mises en œuvre par l'OPT-NC sur un marché pertinent au sens du droit de la concurrence : le marché de la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin. Ce marché pertinent n'est d'ailleurs pas contesté par l'OPT-NC.

Contrairement aux observations de l'OPT-NC, **l'Autorité a considéré que l'office ne dispose pas d'un monopole « légal » issu de la permanence du droit français mais d'un monopole de nature « réglementaire » défini expressément par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie dans les délibérations n° 051/CP du 23 octobre 2000 et n° 236 du 15 décembre 2006 précitées, exerçant ainsi sa pleine compétence depuis le transfert opéré par la loi organique précitée.**

Suivant la jurisprudence du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie issue d'un jugement du 20 mars 2008, l'Autorité a considéré qu'il fallait interpréter strictement les droits exclusifs éventuellement conférés à l'OPT-NC par ces délibérations. En effet, le tribunal administratif a jugé que *« sauf à démontrer que la « libéralisation » du « service de voix sur internet » [en l'espèce] serait de nature à remettre en cause l'équilibre économique du service public des télécommunications, la prohibition de la fourniture des « services ou logiciels de voix sur Internet » par toute autre personne que l'OPT constitue une atteinte excessive portée à la liberté fondamentale d'entreprendre qui découle du préambule de la Constitution, et à sa composante qu'est la liberté du commerce et de l'industrie, le rôle social allégué, joué par l'OPT ne constituant pas un motif d'intérêt général suffisant pouvant justifier une telle atteinte ».*

En l'espèce, l'Autorité constate que, contrairement aux dispositions relatives au secteur postal, **l'article 211-3 du CPTNC ne confère pas expressément une exclusivité à l'OPT-NC et ses filiales pour assurer le « service public des télécommunications ».** Elle rappelle ensuite que **cette notion est strictement définie par l'article 221-2** du même code qui vise notamment : *« L'accès aux réseaux de télécommunications à bas débit, et au réseau large bande [haut débit] par fourniture d'une capacité de transmission sur support matériel, radioélectrique, terrestre ou satellitaire ».* L'Autorité en déduit que la transmission de capacités haut débit par câble sous-marin n'entre pas dans le champ des « supports matériels » visés à l'article 221-2 et que ce dernier ne vise pas non plus les services de capacités de connectivité internationale ou extérieure au territoire. Elle constate cependant que ces services ne sont pas non plus mentionnés à l'article 231-2 du CPTNC qui liste, pour sa part, les services de télécommunications qui peuvent être établis librement.

Suivant l'observation de l'OPT-NC de se référer aux débats du Congrès lors de l'adoption du CPTNC en 2006 pour apprécier « l'esprit de la loi », elle constate que s'il est bien fait état de conférer un « monopole » à l'OPT-NC, le congrès a choisi de le définir par voie réglementaire et non par une loi du pays. Le Congrès a également pris soin de préciser les supports matériels entrant dans le champ de ce monopole réglementaire, sans viser le câble sous-marin. Or, il aurait pu le mentionner puisqu'il venait d'adopter, la veille, une modification de la délibération n° 051/CP précitée visant précisément à exclure l'OPT-NC de la soumission à la procédure des marchés publics pour les « prestations de

télécommunications extérieures ou d'interconnexion en transport ou en acheminement, ou d'équipements associés aux extrémités, auprès d'opérateurs de télécommunications, de fournisseurs satellitaires ou de câble sous-marin ». L'Autorité observe également qu'en 2006, l'octroi de droits exclusifs à l'OPT-NC pour assurer le service public des télécommunications était motivé par la nécessité pour cet établissement public de procéder à des investissements lourds sur des périodes d'amortissement longues qui, à défaut, se heurteraient à la carence de l'initiative privée. Or, en l'espèce, il n'est pas démontré une carence de l'initiative privée pour construire un nouveau câble sous-marin. L'Autorité souligne enfin l'absence d'unanimité au congrès pour conférer un large monopole réglementaire à l'OPT-NC en 2006.

Par ailleurs, **l'Autorité constate que le gouvernement avait été alerté, depuis septembre 2018, sur la « fragilité juridique » du CPTNC par des cabinets d'experts qu'il avait mandatés** pour préparer la « *Stratégie Télécom de la Nouvelle-Calédonie* ». Ces experts soulignent dans leur *Etude sur le cadre juridique, règlementaire et fiscal* applicable au secteur qu'« un opérateur souhaitant établir un câble sous-marin en Nouvelle-Calédonie pourrait estimer que son activité n'est pas couverte par le monopole de l'OPT à raison d'une part, de l'absence de mention expresse à un support sous-marin à l'article 221-2 du CPT susvisé et d'autre part, du fait que ce monopole n'est pas justifié par des raisons d'intérêt général » (Soulignement ajouté). Ces experts ont ainsi **recommandé au gouvernement de modifier l'article 221-2 du CPTNC pour viser expressément la transmission de capacités sur support matériel « sous-marin », ce qui n'a pas été fait.**

Enfin, l'instruction a démontré que le chiffre d'affaires de l'OPT-NC lié à des prestations de services de capacités de connectivité internationale à travers le réseau fédérateur international représente seulement **3,9 % de son chiffre d'affaires total en 2019. Par conséquent, l'arrivée d'un opérateur privé concurrent sur le marché en cause n'est pas de nature à remettre en cause l'équilibre financier de l'OPT-NC et pas davantage sa capacité à assumer ses différentes missions de service public,** contrairement à la communication faite auprès des syndicats de salariés auditionnés.

L'Autorité en conclut que le monopole réglementaire de l'OPT-NC ne couvre pas la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin, qui doit être considéré comme un marché ouvert à la concurrence.

Dans ce cadre, l'Autorité a considéré que **les pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC étaient détachables de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique dans le cadre de ses missions de service public** et qu'il agissait sur le marché la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit comme une entreprise au sens de l'article Lp. 410-1 du code de commerce. **L'Autorité s'est donc déclarée compétente pour examiner les pratiques dénoncées par la SCCI,** conformément à une jurisprudence constante du Tribunal des conflits. **La saisine au fond a donc été déclarée recevable.**

Sur le fond, l'Autorité a constaté qu'au regard de la jurisprudence, le réseau fédérateur domestique de l'OPT-NC (la boucle locale) est susceptible d'être considéré comme une infrastructure essentielle. En conséquence et au regard des éléments au dossier, **le refus de l'OPT-NC de répondre à une demande d'interconnexion sur son réseau domestique formulée par la société SCCI, opérateur concurrent sur le marché aval de la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit, est susceptible de présumer, à ce stade de l'instruction, l'existence d'une pratique d'abus de position dominante de l'OPT-NC destinée à évincer la SCCI de ce marché.**

Par ailleurs, en l'état de l'instruction, l'Autorité constate que la nouvelle offre tarifaire fusionnée est proposée par l'OPT-NC en situation de monopole réglementaire sur le marché de la fourniture de capacités sur son réseau domestique ; qu'historiquement l'offre de trafic « local et proximisé » est un produit distinct de l'offre de trafic « international » ; qu'en raison de la nouvelle offre en vigueur depuis le 1^{er} mars 2020, les FAI ne peuvent plus acheter l'accès au « trafic international » sans l'accès au « trafic local et proximisé » et que, comme l'attestent plusieurs pièces du dossier dont les procès-verbaux de FAI, cette vente liée est susceptible de restreindre le jeu de la concurrence.

En outre, la baisse des tarifs sur le réseau fédérateur international intervenue au 1^{er} mars 2020 (- 77 %) apparaît trois fois supérieure à la baisse moyenne observée sur la période 2008-2019 et constitue une rupture dans la politique tarifaire de l'OPT-NC, laquelle est susceptible de traduire une volonté d'éviction du nouvel entrant que serait la SCCI si elle réussissait à se raccorder au réseau local. Elle s'accompagne d'un quasi-abandon, par l'OPT-NC, du marché de la fourniture de services de capacités aux grands comptes (les

fournisseurs de services d'internet – FSI), au bénéfice des FAI, qui pourrait résulter soit d'une entente anticoncurrentielle entre l'OPT-NC et les FAI soit d'une stratégie de l'OPT-NC visant à atténuer l'impact pour les FAI de l'absence d'ouverture à la concurrence du marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité considère que **la nouvelle offre tarifaire fusionnée est susceptible de caractériser un abus de position dominante de l'OPT-NC à travers une vente liée et une stratégie tarifaire d'éviction.**

Dans la mesure où la baisse des tarifs actée depuis le 1^{er} mars 2020 est exclusivement portée par la réduction de 77 % du tarif applicable au « trafic international » - marché ouvert à la concurrence - et compensée par une hausse de 18 % du tarif applicable au « trafic local et proximitisé » - pour lequel l'OPT-NC dispose d'un monopole réglementaire - il n'est pas exclu qu'elle puisse également caractériser une pratique de subvention croisée anticoncurrentielle.

En revanche, l'Autorité considère qu'**il n'y a pas suffisamment d'éléments probants apportés par la SCCI de nature à démontrer une pratique de prix prédateurs au regard des critères fixés par la jurisprudence.**

S'agissant de la demande de mesures conservatoires, l'Autorité a constaté l'existence d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts de la SCCI qui pourrait être exclue du marché et disparaître avant le terme de la procédure au fond **en raison du refus de l'OPT-NC de proposer une offre commerciale d'interconnexion du câble Tomoo au réseau fédérateur local.** Ce refus empêche en effet la SCCI d'évaluer les coûts de son futur investissement et de préparer ses propres offres commerciales pour entrer sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit, avec des conséquences à plus long terme, pour le secteur, en cas d'absence de concurrence en raison du maintien du monopole de fait de l'OPT-NC sur ce marché.

En conséquence, **l'Autorité a prononcé une mesure conservatoire visant à enjoindre à l'OPT-NC de proposer à la société SCCI, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au réseau fédérateur local pour la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin, à des conditions objectives et non discriminatoires et orientée vers les coûts, pour lui permettre l'exercice d'une concurrence effective sur ce marché.**

L'Autorité considère enfin que **l'offre tarifaire fusionnée porte une atteinte grave aux intérêts des entreprises du secteur (FAI et FSI) et, in fine, aux consommateurs** dans la mesure où les FAI ne seront pas en mesure de faire jouer la concurrence entre plusieurs opérateurs sur le marché et ne pourront donc pas avoir le choix de proposer aux consommateurs des baisses tarifaires ou une amélioration sensible de la qualité de service offert si la SCCI ne peut entrer sur le marché ou s'ils sont contraints par une vente liée. **Pour autant, dans la mesure où la société SCCI ne sera pas en mesure de proposer une offre commerciale tant qu'elle n'aura pas posé son câble sous-marin, cette pratique ne justifie pas le prononcé de mesures conservatoires.**

Au surplus, l'Autorité considère que, dans la mesure où il existe un recours pendant devant le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie relatif à la légalité l'arrêté du 4 février 2020 portant approbation des tarifs de l'OPT-NC en vigueur depuis le 1^{er} mars 2020, **il appartiendra au juge administratif d'en apprécier la légalité en s'appuyant, le cas échéant, sur l'avis qu'il a sollicité auprès de l'Autorité avant dire droit.**

Enfin, l'Autorité souligne qu'**une fois informée de la présente décision, l'OPT-NC pourrait prendre l'initiative de modifier ses tarifs pour lever les préoccupations de concurrence soulevées par l'Autorité avant l'examen au fond du recours de la SCCI par le tribunal administratif, et en tout état de cause, avant l'examen de la saisine au fond de la SCCI par l'Autorité.**

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.)

Sommaire

RÉSUMÉ	2
I. CONSTATATIONS	8
A. La saisine au fond et la demande de mesures conservatoires déposées par la SCCI	8
B. Les parties à la procédure	12
1. L'entreprise plaignante : la SCCI.....	12
2. L'entreprise mise en cause : l'OPT-NC.....	14
C. Le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie : Une situation atypique	18
1. Un secteur marqué par le monopole historique de l'OPT-NC.....	18
a) Le rappel de l'historique de la réglementation	18
b) La réglementation actuellement en vigueur.....	20
2. L'absence de régulation indépendante du secteur des télécommunications	23
3. Un territoire disposant actuellement d'un seul câble sous-marin international sécurisé par des liaisons satellitaires insuffisantes	25
a) Jusqu'en 2008, le territoire n'a pu acheminer des communications électroniques sur longue distance que par satellites.....	26
b) La mise en service du câble Gondwana 1 a favorisé une explosion des usages de l'internet sur le territoire qu'il faut désormais sécuriser	28
4. Une demande d'expertise du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie auprès de l'État relative aux câbles sous-marins internationaux	32
5. Un contexte social tendu au sein de l'OPT-NC	34
D. Les pratiques de l'OPT-NC à l'origine de la plainte de la SCCI	35
1. La modification des tarifs des services de capacités de connectivité par l'OPT-NC depuis le 1 ^{er} mars 2020	35
a) Les principes régissant la réglementation des tarifs des services de télécommunications	35
b) La tarification des services de capacités de connectivité par l'OPT-NC avant le 1 ^{er} mars 2020	36
c) La tarification des services de capacités de connectivité par l'OPT-NC depuis le 1 ^{er} mars 2020.....	40
2. Le refus opposé par l'OPT-NC aux demandes d'interconnexion au réseau formulées par la SCCI.....	51
II. Discussion	53
A. Sur la recevabilité de la saisine	53
1. Sur l'existence d'un marché de gros des capacités de connectivité internationale haut débit ouvert à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.....	54
a) Sur la définition des marchés pertinents dans le secteur des télécommunications.....	54
b) Sur l'étendue du monopole réglementaire de l'OPT-NC au regard de la définition des marchés pertinents.....	58
2. Sur la compétence de l'Autorité pour examiner les pratiques de l'OPT-NC sur le marché pertinent .	66
3. Sur l'intérêt à agir de la SCCI	69
a) Sur l'absence d'activité commerciale de la SCCI en Nouvelle-Calédonie.....	70
b) Sur le caractère incertain du projet de la SCCI.....	70
B. Sur le caractère potentiellement anticoncurrentiel des pratiques dénoncées	72
1. Sur la pratique de refus d'accès à une infrastructure essentielle	72
2. Sur la pratique de ventes liées	76

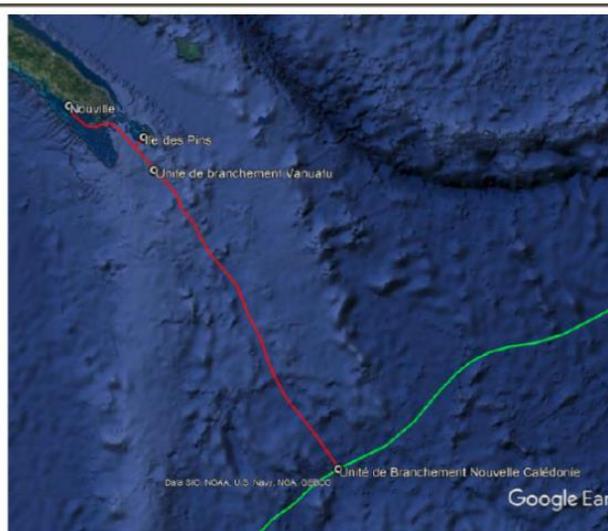
3. Sur les pratiques de prix prédateurs et de subventions croisées	80
C. Sur la demande de mesures conservatoires	84
1. Sur l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante	84
a) Sur la gravité de l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante.....	84
b) Sur le caractère immédiat de l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante	86
c) Sur le lien de causalité entre les pratiques de l'OPT-NC et l'atteinte identifiée	87
2. Sur les mesures conservatoires nécessaires	87
a) Sur la demande d'interconnexion au réseau fédérateur	88
b) Sur la demande de suspension de l'offre tarifaire décidée lors du conseil d'administration de l'OPT-NC du 19 décembre 2019	89
DÉCISION	90

I. CONSTATATIONS

A. La saisine au fond et la demande de mesures conservatoires déposées par la SCCI

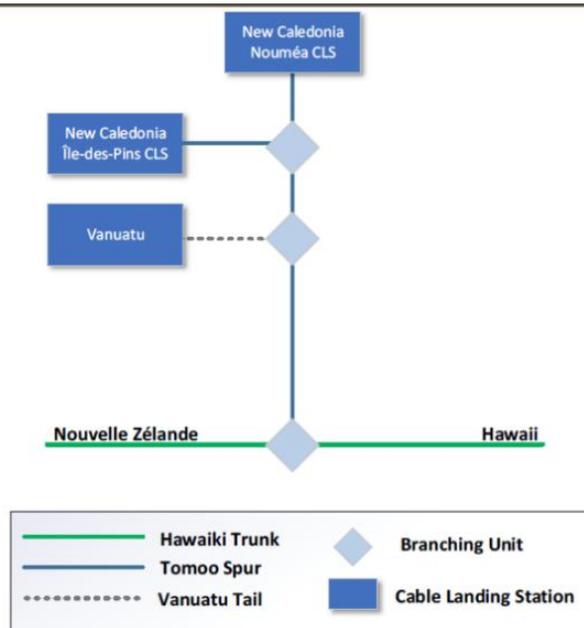
1. Par courrier du 23 janvier 2020, enregistré sous le numéro 20/0006F, la SCCI dénonce auprès de l’Autorité des pratiques d’abus de position dominante mises en œuvre par l’OPT-NC dans le secteur des télécommunications internationales en Nouvelle-Calédonie.
2. Selon la plaignante, l’OPT-NC serait en situation de monopole de fait sur le marché de gros des capacités de connectivité internationale haut débit et en situation de quasi-monopole sur le marché de gros – plus large – des capacités de connectivité internationale. Ces deux marchés seraient des marchés pertinents ouverts à la concurrence qui n’entreraient pas dans le champ des droits exclusifs limitativement énumérés par l’article 221-2 du code des postes et télécommunications conférant à l’OPT-NC un monopole de nature réglementaire sur les marchés des télécommunications intra-territoriales (routes internes au territoire de la Nouvelle-Calédonie).
3. Selon la plaignante, l’OPT-NC abuserait de son monopole de fait pour empêcher la SCCI d’entrer sur le marché de gros des capacités de connectivité internationale.
4. Pour ce faire, la SCCI envisage le raccordement du territoire de la Nouvelle-Calédonie au câble sous-marin appartenant à la société Hawaïki, qui relie actuellement les États-Unis (Portland) à l’Australie (Sydney) et à la Nouvelle-Zélande (Auckland) en passant par l’île d’Hawaï.
5. Ce projet reposerait sur la construction d’une nouvelle branche, dénommée *Tomoo*, selon l’architecture suivante :

Schéma de raccordement du câble « Tomo » au câble Hawaiki



Principes

- ✓ SCCI possède et exploite Tomoo, branche connectée à Hawaiki
- ✓ 2 paires de fibre vers Nouméa, et 2 paires vers Ile des Pins
- ✓ Connectivité disponible vers tous les PoPs Hawaiki



6. Dans une interview accordée à l'hebdomadaire Actu.nc en juillet 2019, le gérant de la SCCI a précisé que la SCCI « propose de faire baisser le coût de l'Internet en Calédonie, en construisant une branche de raccordement au nouveau câble sous-marin Transpacifique Hawaïki, véritable super autoroute de l'information qui passe à moins de 500 km au Sud-Est de l'île des Pins »². Il y est, en outre, indiqué : « Il existe un différentiel de prix et de débit très important entre des pays comme la France, l'Australie et la Nouvelle Zélande, comparé à la Nouvelle-Calédonie (...) nos calculs nous permettent d'affirmer que nous pouvons commercialiser le mégabit international³ aux FAIs moitié moins cher qu'aujourd'hui (...) sans demander un seul franc d'argent public (...) C'est un investissement d'environ 2 milliards CFP, que nous espérons rentabiliser au bout de 7 ans, qui permettra à la Nouvelle-Calédonie d'être reliée directement à l'Australie, à la Nouvelle-Zélande mais aussi aux États-Unis, où les coûts de raccordement sont les moins chers du monde ». Il est fait état dans cet article d'une « capacité de 67 térabits du câble Hawaïki, soit 100 fois plus que le câble Gondwana de l'OPT ».
7. Interrogé sur l'état de ce projet, le représentant de la SCCI a expliqué lors de son audition que : « Le projet de câble sous-marin de la SCCI en est aujourd'hui au stade de l'obtention d'autorisation par le gouvernement. [...] Sans obstacle administratif, nous pourrions démarrer demain étant précisé qu'entre le début des travaux et la mise en service, il s'écoulerait une durée de 14 mois. »⁴.
8. A cet égard, la SCCI a remis un dossier de présentation de son projet au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie le 30 août 2019 en vue de l'obtention des autorisations administratives pour pouvoir se raccorder aux installations du territoire calédonien⁵. De plus, la SCCI produit la signature d'un acte coutumier en date du 18 novembre 2019 portant accord pour la construction d'une station de raccordement sur l'île des Pins⁶.
9. Or, la SCCI estime que l'OPT-NC met en œuvre des pratiques anticoncurrentielles pour l'empêcher de réaliser son projet en soulignant notamment que : « Le 20 décembre 2019, soit exactement 5 mois après l'annonce dans la presse du projet de câble sous-marin porté par la SCCI, et son engagement à faire baisser les prix des communications internationales d'au moins 50 %, l'OPT-NC a tenu une conférence de presse pour annoncer la mesure suivante qui constitue une atteinte grave à la concurrence : projet de fusion de certains trafics permettant ainsi une baisse de plus de 40 % sur les tarifs des capacités de trafic international et local proposées aux FAI. »⁷.
10. La plaignante reproche ainsi à l'OPT-NC l'émission d'une nouvelle offre tarifaire annoncée le 20 décembre 2019 et approuvée par l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2020-127 du 4 février 2020, qui prévoit la fourniture d'une offre couplée combinant l'offre de « capacité de trafic local et proximisé » et l'offre de « capacité de trafic international »,

² Voir la page 7 de l'annexe 2 à la saisine : interview accordée par M. Holtz à l'hebdomadaire Actu.nc n°278 jeudi 18 juillet 2019 intitulée : « Vers une révolution du débit internet ? » (Annexe 4, cote 42).

³ Un mégabit (symbole : Mb ou Mbit) est une unité de mesure en informatique. Un mégabit vaut un million de bits. Par ailleurs, le terme de débit désigne la quantité d'informations qu'un réseau permet de transférer en un temps donné. Il est exprimé en « bit par seconde », une unité de mesure de la quantité de données susceptible de circuler dans un réseau : en kilobits/s, mégabits/s ou gigabits/s selon le niveau du débit. Plus le débit est élevé, plus la vitesse de transmission et de réception des données (documents, vidéos, musiques, etc.) est rapide.

⁴ Voir la page 6 du procès-verbal d'audition du représentant de la SCCI (Annexe 18, cote 234).

⁵ Voir l'annexe 24, cotes 321 à 360.

⁶ Voir l'annexe 32 cote 498 à 503.

⁷ Voir la saisine au fond de la SCCI, annexe 1, cote 4.

que l'OPT-NC serait seul à pouvoir commercialiser.

11. Selon la plaignante, « *il ressort [de cette nouvelle offre tarifaire] les points suivants :*
- *Baisse de 75 % de l'offre internationale : c'est précisément sur cette offre que la SCCI va concurrencer l'OPT-NC. L'ampleur de cette baisse (de 5896F remis à 1450F) unique dans l'histoire de l'OPT-NC, n'a à l'évidence qu'un but, celui d'empêcher à tout prix l'arrivée de la concurrence SCCI.*
 - *Hausse jusqu'à 25% de l'offre locale [...] qui bénéficie d'un monopole de l'OPT-NC, et sur laquelle SCCI ne peut donc pas proposer d'alternative. Cette hausse vise à l'évidence à compenser les pertes de revenus de l'offre Internationale. Pour mémoire, le trafic local représente bien le double du trafic international.*
 - *Introduction de la facturation relative à la collecte locale des accès fibre pour l'abonné fibre optique [...]. Cette facturation n'existait pas jusqu'à maintenant. Il s'agit donc d'une nouvelle facturation en locale, relevant du monopole de droit de l'OPT-NC, dont le but est de compenser les pertes du trafic international ».*

En plus du caractère fallacieux de cette stratégie de fusion visant à étouffer le projet SCCI, il est important de noter l'abus de position dominante qu'elle implique, puisque les acheteurs de capacité internationale n'auront plus d'autre choix que d'acheter auprès de l'OPT-NC l'offre fusionnée alors qu'ils auraient pu acheter à l'OPT-NC la liaison locale, et avoir le choix d'acheter la liaison internationale soit à l'OPT-NC, soit à la SCCI. ».

12. La SCCI estime que ces pratiques sont contraires à l'article Lp. 421-2 du code de commerce et que : « *l'OPT-NC ne devrait pas être autorisé à fusionner ses offres locale et internationale, afin de non seulement conserver une pluralité des offres, mais aussi de préserver un marché nouvellement concurrentiel et de garantir à la SCCI ou à toute autre entreprise le droit à une concurrence loyale. ».*
13. Par courrier du 28 janvier 2020, enregistré sous le numéro 20/0007M, la SCCI a également sollicité le prononcé de mesures conservatoires, à titre accessoire, sur le fondement de l'article Lp. 464-1 du code de commerce, visant à « *ordonner à l'OPT-NC d'abandonner définitivement la fusion des offres de trafic local et de trafic international »*⁸.
14. Elle soutient que : « *la mise en place par l'OPT-NC de l'offre fusionnée dès le 1^{er} mars 2020 porte une atteinte grave et immédiate : A l'économie du secteur concerné en verrouillant le trafic international et en empêchant de facto l'entrée de nouveaux concurrents sur ce marché, A l'intérêt des consommateurs et plus particulièrement des FAI qui ne pourront pas choisir librement leur fournisseur de capacité de connectivité internationale et le consommateur final ; A la SCCI qui, dans les conditions susvisées, ne pourra pas exercer son activité dans des conditions de concurrence loyale. Il est donc urgent que soit ordonnée à titre conservatoire la suspension de l'application de l'offre fusionnée au 1^{er} mars 2020. »*⁹.
15. Puis, la SCCI a déposé une saisine complémentaire le 11 avril 2020 élargissant les pratiques anticoncurrentielles reprochées à l'OPT-NC en visant désormais des pratiques de ventes liées (i), des pratiques tarifaires d'éviction, voire de prédation, dans un contexte de subventionnement croisé (ii) ; des pratiques de refus d'accès à une infrastructure essentielle

⁸ Voir la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 20/0007M, annexe 1.

⁹ *Ib idem*, cote 13.

(iii) ; et des pratiques visant à évincer la SCCI du marché de gros des capacités de connectivité internationale en Nouvelle-Calédonie¹⁰ (iv).

16. Elle a également élargi sa demande de mesures conservatoires formulée à titre accessoire à sa saisine au fond, en sollicitant désormais :
- « une injonction à l'OPT-NC, sous astreinte, d'accorder un accès non discriminatoire au réseau fédérateur domestique de la Nouvelle-Calédonie, en répondant aux demandes d'accès et d'interconnexion formulées par la SCCI depuis le mois d'août 2019, dans un délai de deux mois ;
 - une injonction à l'OPT-NC, sous astreinte, de suspendre son offre fusionnée décidée lors du conseil d'administration de l'OPT-NC du 19 décembre 2019 et appliquée depuis le 1^{er} mars 2020 ;
 - Et, à défaut, injonction à l'OPT-NC, sous astreinte, de soumettre au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans un délai d'un mois une nouvelle offre tarifaire non fusionnée et fixée à un niveau conforme aux exigences du droit de la concurrence. »¹¹.
17. L'ensemble des pièces a été transmis aux parties et au commissaire du gouvernement les 4 et 6 mai 2020¹². Les observations de l'OPT-NC ont été recueillies le 30 avril 2020, puis celles du commissaire du gouvernement le 7 mai et celles de la SCCI le 12 mai 2020. Après avoir pris connaissance de ces nouvelles pièces, l'OPT-NC a déposé ses dernières observations le 22 mai 2020. Enfin, l'ensemble des pièces du dossier ont été transmises aux parties et au commissaire du gouvernement le 26 mai 2020. Ainsi, deux tours de contradictoire ont été proposées avant la séance, afin de permettre aux parties et au commissaire du gouvernement de réagir sur les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction, ainsi que sur les écritures des autres parties.
18. Il faut également noter que, concomitamment à la saisine de l'Autorité, la plaignante a, par requête du 19 février 2020, initié une procédure en référé devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie aux fins d'obtenir la suspension de l'exécution de l'arrêté n°2020-127/GNC du 4 février 2020 du GNC modifiant l'arrêté modifié n° 2019-433/GNC du 26 février 2019, portant approbation des tarifs et redevances en matière de télécommunications.
19. Le 4 mars 2020, le tribunal administratif a rejeté cette requête en référé au motif qu' « *Il ne ressort pas des pièces du dossier que l'entrée en vigueur au 1er mars 2020 de l'arrêté n° 2020-127/GNC du 4 février 2020 de la Nouvelle-Calédonie modifiant l'arrêté modifié n° 2019-433/GNC du 26 février 2019 portant approbation des tarifs et redevances en matière de télécommunications ait fait naître au détriment de la SARL SCCI un préjudice notamment financier grave et immédiat qui justifie l'urgence à suspendre l'exécution de l'arrêté du 4 février 2020. En effet, l'entrée en vigueur de la nouvelle grille tarifaire fixée par l'arrêté en litige n'emporte pas pour l'OPT NC un avantage concurrentiel que le jugement de la formation collégiale du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie se prononçant à*

¹⁰ Voir la saisine complémentaire à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires, annexe 237, cote 2947 et suivantes.

¹¹ Voir la saisine complémentaire à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires, annexe 237, cotes 2963 et suivantes.

¹² Il y a lieu de relever que l'instruction préliminaire a nécessité un certain nombre d'actes d'instruction en raison à la fois de l'absence d'autorité de régulation dans le secteur des télécommunications et de difficultés à obtenir un certain nombre d'informations, le sujet étant manifestement sensible.

l'occasion d'une très prochaine audience sur la légalité de l'arrêté du 4 février 2020, ne puisse réduire ou supprimer et alors au demeurant que la SARL SCCI n'a à ce jour aucune activité commerciale en Nouvelle-Calédonie et porte seulement au jour de la présente audience, un projet de construction et d'installation d'un câble sous-marin dans un délai d'environ quatorze mois sous réserve de l'obtention des autorisations administratives requises dont celle de la province Sud pour installer le câble sous-marin dans les eaux territoriales et d'un accord commercial avec l'OPT-NC pour commercialiser les services de télécommunications internationales. Il suit de ce qui précède et sans qu'il soit besoin d'examiner s'il existe un moyen de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 4 février 2020, que la condition d'urgence n'étant pas remplie, la requête de la SARL calédonienne de connectivité internationale doit être rejetée »¹³.

20. Par jugement avant-dire-droit du 22 avril 2020, le tribunal administratif de Nouméa a décidé de saisir l'Autorité, en application de l'article Lp. 462-3 du code de commerce, pour qu'elle lui fournisse, dans un délai de trois mois, « tous éléments d'appréciation susceptibles de lui permettre de répondre » à trois questions¹⁴ : « tout d'abord, le marché des capacités de connectivités internationales constitue-t-il un marché "pertinent" au regard du droit de la concurrence ? Ensuite, et le cas échéant, ce marché est-il ouvert à la concurrence, ou relève-t-il du monopole légal conféré par l'article 211-3 du code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie à l'office des postes et télécommunication de la Nouvelle-Calédonie ? Enfin, la réforme tarifaire approuvée par l'arrêté n° 2020-127/GNC du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 4 février 2020 est-elle constitutive d'un abus de position dominante ? »

B. Les parties à la procédure

1. L'entreprise plaignante : la SCCI

21. La SCCI est une société à responsabilité limitée à associée unique, immatriculée au RCS de Nouméa, le 19 juillet 2019, sous le numéro 1 440 114. Son siège social est situé à Nouméa¹⁵. Elle a pour objet la construction et l'exploitation de systèmes de transmission internationale par câble sous-marin.
22. Son gérant est Monsieur Steffen Holzt lequel est aussi « gérant de la société Pacific IP Services. Cette société fournit des services à valeur ajoutée pour la 3G (par exemple le service « carte liberté » et des équipements de qualité de service) à l'OPT et aux FAI. »¹⁶. Il est également « consultant pour la société Speed Cast (-speedcast.com-), une société australienne qui vend des liens satellitaires pour les plateformes (pétrolières et cargos). Cette société fournit ce service à l'OPT pour lui permettre d'assurer la sécurité des services de son câble »¹⁷.
23. L'actionnaire unique de la SCCI est la société à responsabilité limitée Fonds Calédoniens d'Investissements Technologique (ci-après « la société FCIT »), immatriculée au RCS de Nouméa le 18 juillet 2019 sous le numéro 1 439 892¹⁸, société de holding dont le gérant est

¹³ Voir l'ordonnance du 9 mars 2020 du TA de Nouméa n°2000051 annexe 380, cotes 4593-4599.

¹⁴ Voir le jugement du 22 avril 2020 TA NC, annexe 380, cotes 4593-4599

¹⁵ Voir l'extrait Kbis de la SCCI (Annexe 304).

¹⁶ Voir page 2 du procès-verbal d'audition du représentant de la SCCI (Annexe 18, cote 230).

¹⁷ *Ib idem.*

¹⁸ Voir l'extrait Kbis de la FCIT (Annexe 27).

Monsieur Rémi Galasso¹⁹. La société FCIT est détenue à [> 50] % par ce dernier et à [< 50] % par Monsieur Steffen Holtz²⁰. Selon Monsieur Galasso, cette société « *a vocation à être un véhicule financier. C'est un fonds d'investissement.* »²¹.

24. Monsieur Galasso est aussi le « *directeur et actionnaire principal à hauteur de 30 %* »²² de la société Hawaiki. La société Hawaiki « *est un opérateur de connectivités internationales. [...] Hawaiki est détenteur de licences en Australie, aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande pour être opérateur de communications internationales dans ces pays.* »²³. Cette entreprise a construit le câble Hawaiki qui relie l'Australie et la Nouvelle-Zélande, d'une part, et Hawaï et à la côte ouest des États-Unis, d'autre part.
25. Monsieur Galasso est également président de la société Intelia, immatriculée au RCS de Nouméa le 26 décembre 2005 sous le numéro 791 145²⁴ qui se présente comme « *un intégrateur au service des opérateurs de la région Pacifique.* »²⁵. La société Intelia « *intervient sur 4 domaines d'activités : les télécommunications, les systèmes d'informations, les médias et la sécurité. Intelia est représenté en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie Française et sur Wallis & Futuna et développe ses activités dans l'ensemble de la région pacifique.* »²⁶. A titre d'illustration, « *Intelia fournit l'intégralité du réseau Mobilis de l'OPT. Intelia fournit les antennes, les installe et en assure la maintenance.* »²⁷.
26. D'après ses statuts, la SCCI a pour objet « *en Nouvelle-Calédonie et à l'étranger : A titre principal, la construction et l'exploitation de systèmes de transmission internationale par câble sous-marin ; Et plus généralement : D'assurer tous services de communications électroniques dans les relations internationales ; La commercialisation de produits et services relatifs à la connectivité internationale ; Toutes opérations de conception, de création, de gestion, d'installation et de maintenance de solutions de traitement de l'information et de télécommunication* »²⁸.
27. Le représentant de la société Hawaiki a précisé, lors de son audition, que l'entreprise SCCI est en mesure de « *vendre des liens internationaux entre Nouméa et n'importe quel point du globe* » et qu'elle a déjà une activité commerciale²⁹. Bien que très récente, le représentant de la SCCI a confirmé, au cours de la séance, que l'entreprise a déjà une activité commerciale puisqu'elle a remporté fin mai 2020 un appel d'offres visant à proposer une offre de connectivité internationale à une entreprise installée en Nouvelle-Calédonie, sur la partie « *Sydney-Paris* ».

¹⁹ Voir page 2 du procès-verbal d'audition du représentant de la SCCI (Annexe 18, cote 230).

²⁰ *Ib idem.*

²¹ Voir page 3 du procès-verbal d'audition du représentant de Hawaiki (Annexe 274, cote 3271).

²² *Ib idem.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Voir l'extrait Kbis Intelia (Annexe 305).

²⁵ Source : <https://www.intelia.nc/presentation>

²⁶ *Ib idem.*

²⁷ Voir la page 3 du procès-verbal d'audition du représentant de Hawaiki (Annexe 274, cote 3271).

²⁸ Voir la page 2 des statuts de la SCCI (Annexe 3, cote 19).

²⁹ « *La SCCI a déjà une activité commerciale sans avoir encore posé son câble. Nous achetons de la capacité sur le câble de l'OPT à partir de son catalogue de prix public qui s'adresse à n'importe quelle société ou particulier apte à acheter de la capacité internationale* » Voir le procès-verbal du représentant de la société Hawaïki du 17 mars 2020 (Annexe 274).

2. L'entreprise mise en cause : l'OPT-NC

28. L'OPT-NC est un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) qui a été créé en 1958 et a été transféré à la Nouvelle-Calédonie le 1^{er} janvier 2003 dans le prolongement de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (voir *infra*).
29. L'organisation et le fonctionnement de l'OPT-NC sont fixés par la délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000.
30. L'article 1^{er} de cette délibération dispose en particulier que : « *L'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie dont le siège est à Nouméa est un établissement public industriel et commercial de la Nouvelle-Calédonie disposant de la personnalité morale et de l'autonomie financière et administrative.* »³⁰.
31. L'article 2 précise que : « *L'établissement assure l'exploitation du service public des postes et télécommunications dans le respect de la politique définie par le gouvernement et le congrès de la Nouvelle-Calédonie et des obligations découlant des réglementations et engagements internationaux* ». Il ajoute que l'OPT-NC « *exerce notamment ses compétences : En matière de postes (...) En matière de télécommunications (...) [et que] L'établissement peut aussi assurer pour le compte de l'État et à sa demande, les missions qui peuvent lui être confiées, notamment en matière de services financiers* ».
32. L'Autorité en déduit qu'en vertu de ses statuts, l'OPT-NC est un EPIC qui assure trois missions distinctes sur l'ensemble du territoire calédonien : le service postal, les télécommunications et les services financiers. Si les deux premières missions sont de la pleine compétence de la Nouvelle-Calédonie, en revanche, la troisième mission, celle des finances, n'est assurée par l'OPT-NC que « *pour le compte de l'État et à sa demande* ».
33. S'agissant de l'organisation de l'OPT-NC, « *l'établissement est administré par un conseil d'administration de douze membres, répartis comme suit : Huit représentants de la Nouvelle-Calédonie ou leur suppléant nommés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dont le président du conseil d'administration désigné par arrêté du gouvernement ; Trois administrateurs ou leur suppléant désignés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ; Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie ou son représentant*³¹. *Assistent avec voix consultative : quatre membres du comité d'entreprise, désignés par ce dernier.* »³².
34. Le président du conseil d'administration est actuellement Monsieur Yoann Lecourieux, également membre du gouvernement, en charge notamment du budget et des finances³³.
35. L'OPT-NC dispose d'une direction générale qui « *coordonne l'ensemble des directions, veille*

³⁰ Voir l'article 1^{er} de la Délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000 relative à l'organisation et au fonctionnement de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie.

³¹ Il y a lieu de relever que le Haut-Commissaire, en sa qualité de contrôleur de la légalité, est donc également susceptible de contrôler des actes administratifs, concernant l'OPT-NC, pour lesquels il aurait été amené à voter en qualité de membre du conseil d'administration. Lors de l'audition du secrétaire général du Haut-Commissaire, celui-ci a précisé qu'« *Il n'y a pas de positionnement a priori du Haut-Commissariat par rapport [aux projets de câbles sous-marin] mais en tant qu'administrateur j'ai voté au CA de l'OPT en faveur du projet de câble de l'OPT [...] En ce qui nous concerne, nous allons examiner le dossier sous l'angle du contrôle de la légalité* ». Voir le procès-verbal d'audition du 4 mai 2020 du secrétaire général du Haut-Commissaire de la République de la Nouvelle-Calédonie (page 2) (Annexe 340, cote 3 976).

³² Voir l'article 2 de Délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000 précitée.

³³ Voir son interview du 27 avril 2020 (Annexes 336 et 337).

au bon déploiement et à l'exécution des priorités. A ce titre, elle est chargée de piloter le plan stratégique de l'entreprise en interne et en externe, en collaboration avec le secrétariat général, les directeurs et les managers. »³⁴. Son directeur général est actuellement Monsieur Philippe Gervolino³⁵.

36. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est l'autorité de tutelle de l'OPT-NC.
37. Au 31 décembre 2018, l'OPT-NC comptait 1.150 agents dans son effectif permanent³⁶. En 2017, le secteur des télécommunications représentait 49 % de la masse salariale totale de l'OPT-NC, tandis que les secteurs du courrier et de la banque représentaient respectivement 26 % et 16 % de cette masse salariale totale³⁷.
38. En 2019, l'OPT a enregistré un chiffre d'affaires de 25,5 milliards de francs CFP, soit une augmentation de 0,8 milliard (+ 2 %) par rapport à l'année précédente, essentiellement porté par les nouvelles offres de téléphonie mobile. Les télécommunications constituent la majeure partie des recettes (20,8 milliards), loin devant le courrier (2,2 milliards), la banque (600 millions) et les autres sources de revenus.
39. Le résultat net de l'OPT s'élève à 1,1 milliard de francs CFP³⁸, en hausse par rapport à 2018 qui s'était soldé par un résultat en baisse par rapport aux années précédentes³⁹. Cependant, lorsque ce résultat est décomposé suivant les activités de l'OPT-NC, seule l'activité télécom est bénéficiaire de 5,8 milliards de F.CFP tandis que les activités de la poste et des services financiers sont déficitaires, respectivement à hauteur de 1,7 et 2 milliards de F.CFP, comme le montre le graphique suivant⁴⁰.

« Contribution à la marge des 3 métiers (offres commerciales hors IS et coûts de structures) en Mds XPF »⁴¹



Source : OPT-NC

³⁴ <https://office.opt.nc/fr/nous-connaître/gouvernance/direction-generale>

³⁵ Il occupe ces fonctions depuis le 15 août 2015 et était précédemment directeur général adjoint en charge du numérique et de l'aménagement (il est arrivé à l'OPT-NC en 1989 d'après le site internet de l'OPT-NC).

³⁶ Voir le rapport d'activité de l'OPT-NC 2018 (Annexe 05).

³⁷ Voir la page 20 de la pièce 112 annexée au procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 193, cote 2498).

³⁸ Voir l'interview du directeur général de l'OPT dans le quotidien Les Nouvelles Calédoniennes du 30 mai 2020, <https://www.lnc.nc/article/nouvelle-caledonie/l-opt-defend-son-modele-economique-vertueux>.

³⁹ Toutefois aux termes du rapport Syndex d'octobre 2019, s'agissant du bilan de l'OPT-NC, il est dit que : « La situation financière de l'OPT demeure très confortable en l'absence du nouveau plan stratégique de l'OPT, il est difficile cependant de la mettre en perspective des années à venir : Entre investissements et « prélèvements », la trésorerie moyenne s'établissait à 15,9 GCFP en 2018 (contre 19,1 en 2017) et à 16,6 GCFP au 31 décembre. Le nouveau prélèvement de 4 GCFP réalisé a entamé de manière significative la trésorerie mais cette dernière reste encore très confortable » (p. 54) (Annexe 350, cote 4 078).

⁴⁰ Voir la pièce 113 annexée au procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 194).

⁴¹ Voir la présentation au gouvernement de décembre 2019 (Annexe 175, cote 2 262).

40. S'agissant plus spécifiquement du secteur des télécommunications, il convient de constater que l'OPT-NC possède l'ensemble des infrastructures de télécommunications locales et internationales à ce jour et donne accès à son réseau fédérateur à travers ses offres tarifaires qui sont approuvées par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en vertu du 3° de l'article 127 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie (voir *infra*).
41. D'une part, l'OPT-NC est propriétaire de l'unique câble sous-marin international *Gondwana*, qui relie Nouméa à l'Australie (au niveau de Sydney). Ce câble a été construit par la société Alcatel Submarine Network (ASN) « entre octobre 2006 et novembre 2007 » laquelle avait répondu à un appel d'offres selon une configuration Nouméa-Sydney comprenant notamment « l'obtention des permis dits de principe nécessaires à l'installation du câble dans les eaux territoriales australiennes et calédoniennes »⁴². Ce câble a été mis en service en septembre 2008. Le coût de ce câble a été de 4,6 milliards de F. CFP⁴³. La capacité de trafic par ce câble est aujourd'hui de 240 Gb/s et peut être augmentée jusqu'à 3 200 G/s⁴⁴. Selon l'OPT-NC, ce câble est devenu rentable au bout de 12 années et 1 mois⁴⁵, soit début 2020.
42. En pratique, selon une étude internationale réalisé par le site Cable, la vitesse moyenne de débit internet en Nouvelle-Calédonie est de 4,34 Mb/s en 2019, ce qui situe la Nouvelle-Calédonie au 119^e rang mondial des États et territoires du monde par vitesse de connexion internet⁴⁶. A titre de comparaison, la France se situe au 22^e rang mondial, la Réunion au 67^e rang mondial, La Martinique au 88^e rang mondial, la Guadeloupe au 92^e rang mondial, Fidji au 115^e rang mondial et la Polynésie française au 177^e rang mondial.

La Calédonie 119ème du classement mondial des débits Internet

Classement Mondial	Pays	Debit Internet moyen	PIB par habitant	Nombre opérateurs télécoms
1er	Taiwan	85.02 Mbps	22,325 Euro	3
67ème	La Réunion	10.02 Mbps	21,500 Euro	4
88ème	La Martinique	7.23 Mbps	21,900 Euro	4
92ème	Guadeloupe	6.72 Mbps	23,150 Euro	3
115ème	Fidji	4.62 Mbps	4,990 Euro	2
119ème	Nouvelle-Calédonie	4.34 Mbps	30,100 Euro	1
177ème	Polynésie Française	1.51 Mbps	16,500 Euro	3

Comparaison avec des Pays ayant un PIB similaire à la NC

58ème	Trinité et Tobago	13.19 Mbps	29,150 Euro	3
64ème	Chypre	11.00 Mbps	32,900 Euro	3

Source : SCCI Annexe 237 cote 2 931

⁴² Voir la réponse de la société ASN au questionnaire du service d'instruction (Annexe 248).

⁴³ Voir la page 8 du procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 83, cote 845).

⁴⁴ Voir la page 8 du procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 83, cote 845).

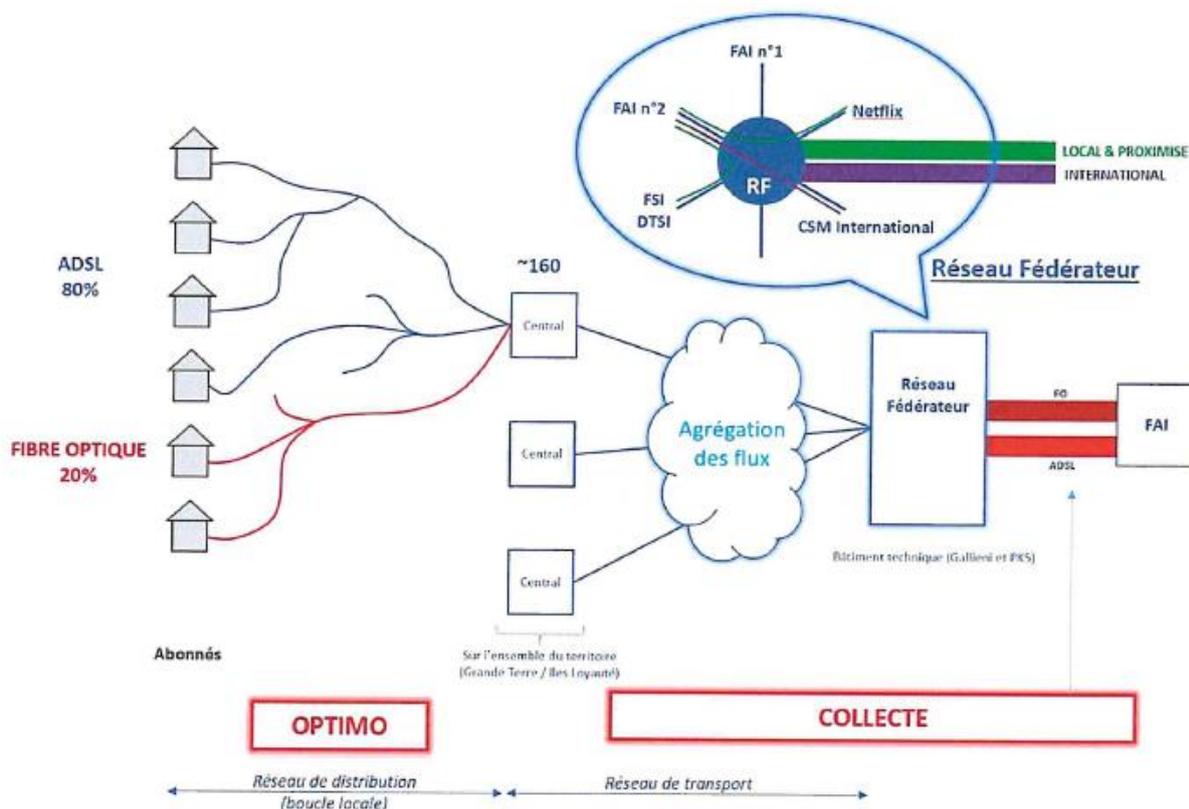
⁴⁵ Voir la pièce 119 du procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC. Le calcul du retour sur investissement a été effectué par l'OPT-NC en prenant en compte un taux d'actualisation de 6 % (Annexe 200).

⁴⁶ Voir les résultats de l'étude sur le site Cable :

<https://atlasocio.com/classements/economie/infrastructures/classement-etats-par-vitesse-de-connexion-internet-monde.php>

43. D'autre part, l'OPT possède également un câble domestique, dénommé « Picot » de 100 km qui relie Poindimié aux îles d'Ouvéa et de Lifou⁴⁷ et qui a coûté 900 millions de F.CFP⁴⁸. L'OPT-NC est aussi propriétaire de toutes les infrastructures constitutives de la boucle locale en Nouvelle-Calédonie.
44. Pour mémoire, la boucle locale est le réseau qui relie l'utilisateur à un central de l'OPT-NC. L'OPT-NC possède environ 160 centraux sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie. Il existe une boucle locale cuivre (technologie ADSL), une boucle locale optique (fibre) qui est en train d'être déployée et, dans certains cas particuliers (habitations isolées par exemple), une boucle locale radio.

Schéma représentant l'architecture du réseau OPT-NC et son interconnexion avec les réseaux des fournisseurs d'accès à internet (FAI)⁴⁹



Source : OPT-NC

45. Comme l'ont souligné ses représentants au cours de leur audition, l'OPT est donc le seul acteur « qui finance, fournit et entretient les infrastructures techniques (câble sous-marin et réseau de lignes sur le territoire) qui permettent de connecter physiquement les clients au téléphone et à internet grâce au cuivre ou à la fibre optique. »⁵⁰.
46. L'OPT-NC donne accès à son réseau fédérateur à travers les offres présentes dans son catalogue des tarifs des services de télécommunications de l'Office des postes et Télécommunications de Nouvelle-Calédonie (voir *infra*).

⁴⁷ Maré et l'île des Pins ne sont pas encore reliées.

⁴⁸ Voir la page 8 du procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 83, cote 845).

⁴⁹ Voir la page 14 des observations de l'OPT-NC en date du 30 avril 2020 (Annexe 317, cote 3 874).

⁵⁰ Voir la page 6 du procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 83, cote 843).

47. Enfin, il faut noter que l'OPT-NC détient deux filiales dans le secteur des télécommunications, les sociétés Offratel et Citius.
48. La société Offratel est une société par action simplifiée unipersonnelle (SASU) détenue à 100% par l'OPT-NC. Dans le rapport d'activité 2018 de l'OPT-NC, il est précisé que : « *La filiale OFFRATEL, sous son nom commercial Lagoon, compte à ce jour plus de 23 000 abonnés sur l'ensemble du territoire. La mission principale du fournisseur d'accès internet (FAI) est de commercialiser des connexions et des services numériques aux particuliers, aux professionnels et aux administrations* ».
49. La société Offratel, qui exerce ainsi une activité de fournisseur d'accès internet (FAI), a réalisé un chiffre d'affaires de 1,44 milliard de F.CFP en 2018⁵¹. Son représentant a précisé en audition que : « *Le CA a été de 1,5 milliards de FCFP en 2019 pour un résultat de 160 millions. Nous avons multiplié par 13 le résultat sur les deux dernières années* »⁵².
50. Concernant la société Citius, créée en 2008, elle est issue du rachat par l'OPT-NC de France Câbles Radio (FCR) Nouvelle-Calédonie. Le 6 mars 2018, cette filiale a perdu son activité de gestion du trafic téléphonique international⁵³ et n'opère plus que celle de data center, lancée en 2011. En 2018, la société Citius a réalisé un chiffre d'affaires de 320 millions de F. CFP. Au 31 décembre 2019, la société Citius ne compte plus que trois salariés.

C. Le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie : Une situation atypique

1. Un secteur marqué par le monopole historique de l'OPT-NC

a) Le rappel de l'historique de la réglementation

51. Le statut de l'OPT-NC est issu des évolutions de la Poste outre-mer.
52. Le décret-loi du 27 décembre 1851 a fondé le monopole des télécommunications en métropole et dans l'outre-mer en établissant qu'« *aucune ligne télégraphique ne peut être établie ou employée à la transmission des correspondances que par le Gouvernement ou avec son autorisation* ».
53. Le décret n° 56-1229 du 3 décembre 1956 a confié ce monopole aux offices locaux chargés de l'exploitation du service public des postes et télécommunications (article 7), pour qu'ils « *exercent à cet effet les monopoles postal, télégraphique et téléphonique tels qu'ils résultent des textes en vigueur* »⁵⁴ (Soulignement ajouté).

⁵¹ Dans le rapport d'activité de l'OPT-NC, il est indiqué : « *L'année (2018) a été marquée par une croissance nette du parc abonnés Lagoon de plus de 600 clients. Cette progression, rendue possible grâce au travail de la quarantaine de salariés, confirme le statut de leader du FAI en Calédonie. Lagoon détient près de 40 % des parts de marché* » (Annexe 05, cote 116).

⁵² Voir le PV d'audition du représentant de la société Offratel du 7 février 2020 (Annexe 52).

⁵³ Dans son rapport d'activité 2018, il est indiqué : « *Suite à une mise en concurrence par appel d'offres ouvert, l'OPT-NC a attribué le 6 mars 2018 son marché de téléphonie internationale à la société ORANGE, opérateur mondial. Ce changement de titulaire a mis fin au contrat de quasi-régie qui liait historiquement CITIUS à l'OPT-NC. Le basculement de service entre CITIUS et ORANGE a eu lieu le 31 mai 2018. CITIUS a perdu ainsi son activité principale représentant 96 % de son chiffre d'affaires* » (Annexe 05, cote 119).

⁵⁴ Voir l'article 7, décret n°56-1229 du 3 décembre 1956 portant réorganisation et décentralisation des postes et télécommunications d'outre-mer (page 3), annexe 314, cotes 3848 à 3854.

54. L'article 1 alinéa 3 précise : « *l'office central et les offices locaux exercent leurs attributions dévolues lors de la mise en vigueur du présent décret, d'une part, au service des postes et télécommunications du ministère de la France d'outre-mer, d'autre part, aux services locaux des postes et télécommunications* » et le rapport de présentation de ce décret précisait que le service d'État « *concourt (...) à l'établissement des communications extérieures des territoires d'outre-mer* ». Par décision du tribunal des conflits du 17 juin 1991, ce décret a été déclaré comme ayant une valeur législative.
55. En 1957, la Poste outre-mer a été organisée en office administratif central métropolitain, sous la forme d'un établissement public administratif (EPA), et en offices locaux à caractère industriel et commercial (EPIC). En 1961, l'office administratif central est devenu le Bureau d'études des postes et télécommunications d'outre-mer (BEPTOM). En 1966, la tutelle des Postes et télécommunications d'outre-mer a été transférée au ministre des Postes et télécommunications et retirée au ministère de l'Outre-mer.
56. Le décret n° 94-1142 du 22 novembre 1994 a supprimé le BEPTOM et deux offices postaux territoriaux en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française lui ont succédé⁵⁵.
57. La loi du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie prévoit, aux termes de son article 8, que : « *L'État français est compétent dans les matières suivantes : (...) les communications extérieures en matière (...) de postes et télécommunications* » (Soulignement ajouté)⁵⁶.
58. Dans son arrêt du 11 décembre 1992, le Conseil d'État, qui a confirmé la compétence de l'État en la matière, a considéré que : « *Si, aux termes de l'article 9-13° de la loi susvisée du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, le Territoire de la Nouvelle-Calédonie a compétence en matière de poste et télécommunications, il résulte des termes de l'article 8 de ce même texte que les communications extérieures en matière de postes et télécommunications demeurent de la compétence de l'État ; qu'ainsi la loi du 9 novembre 1988 n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions du décret du 3 décembre 1956 régissant l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie, dont les attributions couvrent notamment les communications extérieures (...)* » (Soulignement ajouté)⁵⁷.
59. Cette dualité de compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunications intérieures et extérieures au territoire n'est pas spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Dans son arrêt du 5 novembre 2019, la Cour administrative d'appel de Paris a rappelé qu'à Wallis et Futuna, il « *résulte de l'article 7 de la loi du 29 juillet 1961 que les communications extérieures relèvent du domaine de compétence exclusive de l'État. Celui-ci exerce ses missions par l'opérateur France Cable Radio. Les communications intérieures relèvent quant à elle de la compétence exclusive du territoire des îles Wallis et Futuna* » (Soulignement ajouté)⁵⁸.

⁵⁵ Voir le rapport du projet de loi portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 6 mars 2020 : <https://www.senat.fr/rap/106-025-1/106-025-174.html>.

⁵⁶ Voir la Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, article 8.

⁵⁷ Voir l'arrêt du Conseil d'État n°121073 du 11 décembre 1992 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007833598>.

⁵⁸ Voir l'arrêt de CAA de Paris, 3^{ème} chambre, n°17PA03803 du 5 novembre 2019, paragraphe 7. D'ailleurs, une situation similaire prévalait également en Polynésie française (voir *infra*).

60. Historiquement, dans ces régions ultramarines, les secteurs des télécommunications intérieures et extérieures⁵⁹ constituaient donc deux marchés distincts organisés selon des logiques différentes.
61. Ainsi, la compétence de l'OPT-NC en matière de télécommunications extérieures, pour le compte de l'État, est antérieure à la loi du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'auto-détermination de la Nouvelle-Calédonie.
62. Suite à l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 et en vertu de l'article 22 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est devenue compétente dans les matières relatives aux postes et télécommunications, sous réserve des dispositions du 6° du I de l'article 21 qui prévoient que l'État reste compétent en matière de liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité, en matière de postes et télécommunications et de réglementation des fréquences radioélectriques⁶⁰.
63. En vertu de l'article 23 de la loi organique précitée, l'OPT-NC a été transféré de l'État français à la Nouvelle-Calédonie dans le cadre suivant : « *les établissements publics suivants sont transférés à la Nouvelle-Calédonie par des décrets en Conseil d'État pris sur proposition du Congrès, qui précisent la date et les modalités de transfert : « 1° Office des Postes et Télécommunications... »*. Ce transfert a pris effet au 1^{er} janvier 2003.

b) La réglementation actuellement en vigueur

64. Rapidement, la Nouvelle-Calédonie a pleinement exercé sa compétence dans le domaine des télécommunications, tout d'abord, avec l'adoption de la délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000 relative aux statuts de l'OPT-NC puis avec l'adoption d'un cadre réglementaire général du secteur des télécommunications à travers la création du code des postes et des télécommunications (CPTNC) par la délibération n° 236 du 15 décembre 2006⁶¹.
65. Actuellement, le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie est donc organisé autour de l'opérateur historique, public et intégré, qu'est l'OPT-NC dont l'organisation et le fonctionnement ont été fixés par la délibération n° 51/CP précitée et dont les missions sont prévues par le CPTNC.
66. En matière de télécommunication, l'article 2 de la délibération n° 51/CP dispose que :

« L'établissement a pour objet selon les règles propres à chacun de ses domaines d'activité :

- d'assurer tous services publics de télécommunications dans les relations intérieures et extérieures et en particulier d'assurer l'accès au service du téléphone à toute personne qui en fait la demande,*
- d'établir, de développer, d'exploiter tous réseaux de télécommunications ouverts au public, nécessaires à la fourniture de ces services et d'assurer leur connexion avec les réseaux étrangers,*

⁵⁹ Exploités généralement par des opérateurs ayant l'exclusivité sur le marché.

⁶⁰ L'article 22 dispose que : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 7° Postes et télécommunications, sous réserve des dispositions du 6° du I de l'article 21* », lesquelles prévoient que l'Etat est compétent notamment en matière de « *liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité en matière de postes et télécommunications* ».

⁶¹ Voir le code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie, annexe 85, cotes 856-863.

– de fournir tous autres services d’installations et de réseaux de télécommunications ainsi que d’établir des réseaux distribuant des services de radiodiffusion sonore ou de télévision et de concourir par des prises de participation à l’exploitation de ces derniers dans le cadre de la réglementation en vigueur. L’établissement peut se voir confier la mise en œuvre d’autres technologies de l’information »⁶².

67. Cet article confère à l’OPT-NC le monopole des services publics de télécommunication sans toutefois définir le contenu de cette notion. Celle-ci a en effet été définie par le congrès de la Nouvelle-Calédonie, dans le cadre de la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 créant le code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (CPTNC), à l’article 221-2 qui dispose que :

« Le service public des télécommunications comprend :

- « L’accès aux réseaux de télécommunications à bas débit, et au réseau large bande⁶³ par fourniture d’une capacité de transmission sur support matériel, radioélectrique, terrestre ou satellitaire ;
- la fourniture d’un service de voix, y compris d’un service de voix sur Internet⁶⁴ ;
- la commercialisation de liaisons louées et de transmission de données ;
- l’acheminement des télécommunications en provenance ou à destination des points de terminaisons des réseaux cités ci-dessus ;
- l’acheminement gratuit des appels vers les services d’urgence ;
- la fourniture d’annuaires d’abonnés et d’un service de renseignements ;
- et enfin de la desserte en cabines téléphonique est assuré par l’Office des postes et télécommunications »⁶⁵.

68. En application de l’article 231-2 du même code, seuls les services de télécommunications suivants ne relèvent pas du champ du service public des télécommunications : « sont établis librement, sous réserve de leur conformité à la réglementation des fréquences radioélectriques :

1° les réseaux internes ;

2° les réseaux indépendants, autres que radioélectriques, dont la plus grande longueur et les conditions d’utilisation sont déterminées par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-

⁶² Il en va d’ailleurs de même : En matière de postes, l’OPT-NC ayant « pour objet selon les règles propres à chacun de ses domaines d’activité : - d’assurer dans les relations intérieures et extérieures le service public du courrier sous toutes ses formes, - d’assurer tout autre service de collecte, de tri, de transport et de distribution d’objets et marchandises » (Voir la Délibération n°051/CP du 23 octobre 2000).

⁶³ Dans ses premières observations, l’OPT-NC a indiqué : « Selon la définition classique retenue par l’UIT (Union Internationale des Télécommunications), un réseau large bande est défini comme capable de transmettre des signaux à un débit élevé. Un réseau large bande utilise plusieurs canaux de transmission à plus de 128 Kbps. » (page 10), annexe 318, cotes 3892 à 3903.

⁶⁴ Cette disposition n’a d’ailleurs plus aucun sens ni sur le plan juridique en raison du jugement du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 20 mars 2008 n° 071,07112, ni sur le plan pratique, 5 fournisseurs d’accès à internet exerçant actuellement cette mission de service public (cf *infra* paragraphe 271).

⁶⁵ Voir l’article 221-2 du CPTNC.

Calédonie et sous réserve de l'accord de l'autorité gestionnaire du domaine public ou du propriétaire ;

3° les installations radioélectriques de faible puissance et de faible portée dont les catégories et les conditions d'utilisation sont déterminées par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

4° les réseaux indépendants radioélectriques entièrement établis à l'intérieur de bâtiments ».

69. A ce stade, l'Autorité observe que le fait d'avoir confié à l'OPT-NC le monopole des services publics des télécommunications en Nouvelle-Calédonie constitue une situation atypique dans le monde, y compris dans des petits territoires, notamment insulaires, comme le montre le benchmark réalisé sur 17 territoires relativement comparables, présenté dans le cadre du rapport sur la « *Stratégie sectorielle des télécommunications en Nouvelle-Calédonie* » (août 2019)⁶⁶ commandé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie auprès de différents experts⁶⁷ dans le cadre du Plan Stratégique pour l'Economie Numérique (PSEN) :

« Sur les 16 territoires analysés en plus de la Nouvelle-Calédonie, seuls 2 territoires sont en situation de monopole sur l'ensemble des marchés du secteur des télécommunications. Il s'agit des Iles Marshall et d'Andorre. Dans les deux cas de figure, une société de droit privée à capitaux majoritairement publics (totalement pour Andorre) dispose d'un monopole institué par la puissance publique sur le marché des infrastructures, de la téléphonie fixe et mobile et de la fourniture de services internet.

25% des territoires disposent d'un monopole sur au moins un des marchés du secteur. A l'instar de la Nouvelle-Calédonie, 4 territoires sont en présence d'une situation monopolistique sur au moins un des marchés du secteur des télécommunications, en plus des Iles Marshall et d'Andorre : La Polynésie-Française avec un monopole sur le marché de l'infrastructure ; Monaco avec un monopole sur le marché de l'infrastructure et sur le marché de la fourniture d'accès à internet fixe. Il est à relever que ces 4 territoires sont les plus petits s'agissant de leur population. La taille insuffisante du marché est très souvent mise en avant pour justifier la préservation d'un monopole.

Pour 75% des territoires, la concurrence s'établit sur l'ensemble des marchés Pour 13 des 17 territoires étudiés, la concurrence s'établit sur l'ensemble des marchés du secteur des télécommunications. »⁶⁸.

70. L'Autorité observe, pour sa part, qu'au regard du classement international du site Cable précité, les quatre territoires disposant encore d'un monopole sur le marché de l'infrastructure des télécommunications ont des résultats très contrastés en termes de vitesse de débit internet : Andorre se situe à la 12^e place mondiale et Monaco à la 39^e place mondiale alors que la Nouvelle-Calédonie se situe à la 119^e place et la Polynésie française à la 177^e place mondiale⁶⁹.

⁶⁶ Il s'agit de la Polynésie française, d'Hawaï, des Iles Marshall, de Taïwan, des Maldives, de la Réunion, de l'Ile Maurice, de Malte, de la Suisse, de Monaco, d'Andorre, de la Belgique, de l'Islande, des Bahamas, de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane.

⁶⁷ Cabinets Calia Conseil, Ifingo, Stratégie Scout et De Gaulle, Fleurance et associés (cabinet d'avocats).

⁶⁸ Voir la page 53 du rapport (Annexe 193, cotes 2 531 – 2 532).

⁶⁹ Voir les résultats du classement sur le site Cable, précité.

2. L'absence de régulation indépendante du secteur des télécommunications

71. En Nouvelle-Calédonie, actuellement, seul le gouvernement assure la tutelle de l'OPT-NC.
72. Or, dans le rapport précité, intitulé « *Stratégie sectorielle des télécommunications de la Nouvelle-Calédonie* » (août 2019), il est indiqué que :
- « Cette tutelle peut être considérée comme relativement distante – ou discrète. En effet, l'OPT-NC, en sa qualité d'établissement public, dispose non seulement de la personnalité morale et de l'autonomie financière et administrative, mais encore la tutelle se trouve démunie d'outils permettant un exercice opérationnel de celle-ci. L'absence de comptabilité analytique partagée avec le GNC par exemple limite fortement les capacités de la tutelle à s'intéresser à la gestion effective de l'établissement public, ainsi qu'à évaluer l'efficacité des actions entreprises. La technicité du secteur et le poids économique de l'OPT-NC sont également des facteurs limitant les capacités d'investigation de la tutelle. Cela implique que, sous réserve des quelques prérogatives du GNC, l'OPT-NC jouit d'une marge de manœuvre importante dans le secteur des télécommunications qui n'est en outre, à ce jour, pas régulé par une autorité administrative indépendante.*
- Pour l'avenir, et au titre des recommandations, un renforcement réglementaire des pouvoirs et surtout des modalités d'exercice de la tutelle s'imposent (...) »* (Soulignement ajouté)⁷⁰.
73. L'absence de tutelle effective du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a également été confirmé par le membre du gouvernement en charge de l'économie numérique au cours de son audition par le service d'instruction à propos de la nouvelle offre tarifaire présentée par l'OPT : « *Pour les tarifs de l'OPT, le gouvernement valide systématiquement les décisions du CA de l'OPT. Nous avons été mis devant le fait accompli (...) il y a un déficit d'information sur les conditions de mise en place des conditions tarifaires de l'OPT. Historiquement, cela s'est toujours passé ainsi. Le gouvernement a toujours validé les offres tarifaires de l'OPT en considérant que c'était le CA de l'OPT qui était légitime à les valider* » (soulignement ajouté)⁷¹.
74. Il a également indiqué, à propos des choix stratégiques proposés par l'OPT-NC au gouvernement, comme le choix du deuxième câble sous-marin : « *Il s'agit de choix stratégiques pour la Nouvelle-Calédonie mais nos services ne sont pas assez compétents pour nous éclairer sur cette question* »⁷².
75. De la même manière, la participation du représentant de l'État au conseil d'administration de l'OPT-NC ne permet pas de compenser l'absence de tutelle efficace du gouvernement. En effet, au cours de leur audition, les représentants de l'État ont souligné leur difficulté à apprécier le contenu de la nouvelle offre tarifaire de l'OPT-NC : « *A la question que vous me posez de savoir si la nouvelle grille tarifaire de la nouvelle offre OPT sur les télécommunications est claire, de mon point de vue, je vous réponds non sans pouvoir vous préciser si cette difficulté résulte de mon « ignorance » du sujet ou de la manière dont cela est présenté. Pour ce qui nous concerne, deux tarifs nous préoccupent : les tarifs postaux (nous faisons beaucoup d'envois) et les tarifs bancaires car le code monétaire et financier*

⁷⁰ Voir le rapport intitulé : « *Stratégie sectorielle des télécommunications de la Nouvelle-Calédonie* » (août 2019) des sociétés Calia Conseil, Infingo, Strategic scout et De Gaulle Fleurance et associés (annexe 193, cote 2488).

⁷¹ Voir le procès-verbal d'audition du membre du gouvernement en charge de l'économie numérique (Annexe 40, cote 541).

⁷² *Ib idem* (Annexe 40, cote 539).

nous attribue la mission de veiller par négociations avec les banques des accords de modération et de baisse de tarifs pour les particuliers. Ce n'est pas toujours facile pour l'OPT dans la mesure où cette mission est structurellement déficitaire » (soulignement ajouté)⁷³.

76. Contrairement à la situation en métropole et dans les départements et territoires d'outre-mer où l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) est compétente, la Nouvelle-Calédonie ne dispose à ce jour d'aucune capacité d'expertise indépendante de la part d'une autorité de régulation dans le secteur des télécommunications⁷⁴.
77. Cette situation est peu commune dans le monde. L'Union Internationale des télécommunications – institution spécialisée des Nations Unies pour les technologies de l'information et de la communication – liste 181 pays et territoires possédant des autorités de régulation⁷⁵. En recoupant cette liste avec les 193 pays membres de l'ONU, seuls 25 pays ne sont pas répertoriés par l'UIT⁷⁶.
78. L'absence de régulation indépendante du secteur des télécommunications est dénoncée depuis longtemps en Nouvelle-Calédonie. À l'occasion des débats relatifs à l'adoption de la délibération n° 236 instaurant le CPTNC, le Conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, relayé par plusieurs membres du congrès, avait déjà sollicité la création d'une telle autorité indépendante de régulation ou la conclusion d'une convention de partenariat avec l'ARCEP⁷⁷.
79. À l'époque, le membre du gouvernement en charge du secteur avait invité le congrès à rejeter cette proposition de la manière suivante : « *M. Leroux signale que cette question est récurrente mais estime qu'elle risque de générer une multiplication des moyens et des postes budgétaires. Il informe la commission que le présent projet a été élaboré avec un cabinet d'avocats spécialisé dont le responsable a été président de l'agence de régulation des télécommunications. S'agissant du câble sous-marin, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a pris l'attache également d'un cabinet spécialisé. Par ces exemples, le membre du gouvernement démontre que le rôle d'expertise n'est pas réalisé en interne mais par la consultation d'experts extérieurs.* »⁷⁸.
80. Or, il ressort du rapport des experts sollicités par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie intitulé « *Stratégie sectorielle des télécommunications de la Nouvelle-Calédonie* » (août 2019) que l'une des recommandations serait de renforcer très largement la tutelle du gouvernement sur l'OPT-NC ou de créer une autorité indépendante de régulation des télécommunications, condition *sine qua non* en cas d'ouverture croissante des marchés des

⁷³ Voir la page 4 du procès-verbal d'audition des services du Haut-Commissariat du 4 mai 2020 (Annexe 340, cote 3 978).

⁷⁴ Sollicitée par le service d'instruction de l'Autorité par courrier du 27 février 2020 pour intervenir en tant qu'expert, l'ARCEP n'a pas répondu (Annexe 270, cote 3 201).

⁷⁵ En recoupant cette liste avec les 193 pays membres de l'ONU, seuls 25 pays ne sont pas répertoriés par l'UIT : <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/links/nta.aspx>

⁷⁶ Il s'agit d'Andorre, du Cambodge, de la république populaire démocratique de Corée, de la république démocratique du Congo, de Djibouti, de l'Erythrée, de l'Éthiopie, du Kazakhstan, du Koweït, du Laos, de la Lybie, de la Micronésie, de Monaco, de Nauru, des Palaos, de Saint-Christophe-et-Niévès, de Saint-Marin, de Sao Tomé-et-Principe, des Iles Salomon, du Tadjikistan, du Timor oriental, des Tonga, du Turkménistan, des Tuvalu et de l'Ouzbékistan.

⁷⁷ Voir l'avis du CES n°12/2006 concernant le projet de délibération relatif au code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (annexe 306 cote 3471) et le compte-rendu des débats au congrès relatif au rapport n° 57 du 3 août 2006 sur l'instauration du CPTNC (JONC du 15 mai 2008 page 492).

⁷⁸ Voir le compte-rendu des débats au congrès relatif au rapport n° 57 du 3 août 2006 sur l'instauration du CPTNC (JONC du 15 mai 2008 page 492).

télécommunications.

81. Selon ce rapport d'experts, « *Cette autorité administrative indépendante de régulation des télécommunications, dont la Nouvelle-Calédonie possède la compétence de création, pourrait avoir notamment pour mission :*

- *En partenariat avec la nouvelle autorité de la concurrence, de réaliser des études de marché ;*
- *De fixer, dans le cadre défini par le code des postes et télécommunications, les obligations générales des FAI, des installateurs en télécommunications voir à terme en cas d'ouverture à la concurrence, les opérateurs ;*
- *D'émettre un avis sur tous textes réglementaires relatifs aux télécommunications ;*
- *De prendre des sanctions à l'égard des entreprises du secteur ne respectant pas leurs obligations ;*
- *De mener des enquêtes auprès des entreprises du secteur et de l'OPT-NC ;*
- *De régler les différends entre les entreprises du secteur et l'OPT-NC, voire avec les usagers ;*
- *De définir les sujétions de service public en matière d'aménagement du territoire d'égalité d'accès des usagers qui s'impose à toutes opérateurs publics ou privés ;*
- *D'accompagner l'OPT-NC dans l'ouverture à la concurrence de certains services.*

Cette autorité de régulation du secteur des télécommunications pourrait prendre soit la forme d'une autorité administrative indépendante à proprement parler, soit la forme d'une chambre spécialisée auprès de l'autorité de la concurrence calédonienne. »⁷⁹.

3. Un territoire disposant actuellement d'un seul câble sous-marin international sécurisé par des liaisons satellitaires insuffisantes

82. L'acheminement des communications électroniques sur de longues distances s'effectue de manière générale selon deux technologies distinctes : les liaisons satellitaires et les câbles sous-marins. Cependant, le câble sous-marin présente plusieurs avantages par rapport au satellite, en termes de capacité, de durée de vie, de flexibilité et de prix, ainsi que l'a relevé l'Arcep à plusieurs reprises⁸⁰.
83. Pendant longtemps, la Nouvelle-Calédonie n'a pu bénéficier que de connexions satellitaires pour acheminer les télécommunications internationales (a). Ce n'est qu'en 2008 qu'elle a pu profiter de la mise en service de l'unique câble sous-marin installé par l'OPT-NC dénommé *Gondwana 1*, qu'il convient désormais de sécuriser pour éviter des incidents susceptibles d'avoir des répercussions très négatives pour le territoire (b).

⁷⁹ Voir le rapport intitulé : « *Stratégie sectorielle des télécommunications de la Nouvelle-Calédonie* » (août 2019) des sociétés Calia Conseil, Infingo, Strategic scout et De Gaulle Fleurance et associés (annexe 193, cote 2 490).

⁸⁰ Voir notamment la décision de l'Arcep n ° 2017-1349 en date du 14 décembre 2017, portant sur la définition des marchés pertinents de gros des accès de haute qualité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

a) *Jusqu'en 2008, le territoire n'a pu acheminer des communications électroniques sur longue distance que par satellites*

84. Avant la mise en service du câble sous-marin de l'OPT-NC en 2008, l'acheminement des télécommunications internationales en Nouvelle-Calédonie était assuré par la technologie satellitaire.
85. Le rapport d'observations définitives de la Chambre territoriale des comptes de la Nouvelle-Calédonie concernant la gestion de l'OPT-NC du 19 mars 2008 souligne que « *depuis 1976, les liaisons satellitaires avec l'extérieur étaient assurées par la société France Câble et Radio (FCR), filiale de FRANCE TELECOM spécialisée dans les liaisons internationales* »⁸¹.
86. Le représentant de la société MLS a expliqué au cours de son audition du 12 février 2020 : « *A l'époque c'était France câble radio et non l'OPT-NC qui fournissait les liaisons satellites internationales. L'OPT-NC nous vendait le transport terrestre, c'est-à-dire les liaisons spécialisées qui nous permettaient de récupérer le lien international. Avant le câble, il y avait une multitude de satellites et chacun [pouvait] vendre un accès internet. Leur principal fournisseur était Intelsat, mais il me semble qu'il y en a eu plusieurs selon le lien international que l'on voulait acheter. Il me semble qu'il y avait aussi New Sky. A une époque nous avons aussi acheté nos propres liens satellitaires mais uniquement descendants car cela nous coûtait moins cher. Ce n'était pas interdit, cela "fâchait" l'OPT mais rien ne s'y opposait. (...) A notre connaissance, l'OPT-NC n'a pas le monopole sur les liaisons internationales vu que nous avons des contrats directs avec des opérateurs satellites. Il me semble que CAN'L aussi* »⁸².
87. Le représentant de la société MLS a également précisé qu'il avait chargé la société Pacific IP de négocier pour lui les contrats avec les opérateurs satellites : « *Je ne me sentais pas de taille à négocier les contrats avec ces très gros opérateurs satellites. Pacific IP s'occupait de négocier pour nous avec les opérateurs satellites (contrats annuels, nous renégocions tous les ans)* »⁸³. L'interconnexion entre les achats de débit descendant⁸⁴ de la société MLS à l'opérateur satellitaire et le réseau local était rendue possible via l'achat « *d'une liaison spécialisée avec l'OPT-NC vers PK5 (pour pouvoir sortir) et l'opérateur satellite nous envoyait le retour sur notre propre antenne. Nous n'avons pas demandé l'antenne pour recevoir car c'était trop cher pour nous mais on aurait pu le faire. Il y a plus de capacités qui entrent que de capacités qui sortent. Si nous étions passés uniquement par l'OPT-NC pour la liaison satellitaire internationale entrante et sortante cela nous aurait coûté au moins deux fois plus cher que ce que cela nous coûtait d'acheter directement la liaison satellitaire entrante directement à l'opérateur satellite.* »⁸⁵.
88. Lors de son audition, le représentant des sociétés SCCI et Pacific IP Services a confirmé que : « *La société Pacific IP services assurait l'accès internet à deux FAI que sont Can'l et MLS de 1999 à 2007, avant l'arrivée du câble sous-marin. Cela représentait des montants de 10 à 15 millions de FCFP par mois. Avant, tout se faisait par satellite. Ainsi, même si le transport*

⁸¹ Voir le Rapport d'observations définitives (ROD) sur l'OPT-NC de la Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie, annexe 307, cotes 3474 à 3539.

⁸² Voir le procès-verbal d'audition de la société MLS du 12 février 2020, annexe 63, cotes 684 et 685.

⁸³ *Ib idem.*

⁸⁴ Le débit descendant (appelé aussi *download*) est le flux de données internet reçu sur la ligne de l'abonné. C'est le débit qui conditionne, entre autres, la rapidité à laquelle il est possible de surfer sur internet, regarder des films en streaming HD et télécharger des fichiers lourds. Le débit montant (appelé aussi *upload*) est le flux de données envoyées depuis la ligne de l'abonné, sur internet. Il sert, par exemple, pour envoyer des mails ou partager des photos ou documents sur les réseaux sociaux.

⁸⁵ Voir le procès-verbal d'audition de la société MLS du 12 février 2020, annexe 63, cotes 684 et 685.

international des télécommunications a changé avec la création du câble, je tiens à préciser que la société Pacific IP a déjà assuré cette activité de télécommunication internationale par liaison satellitaire. La demande de la SCCI n'est donc pas nouvelle. Pendant près de dix ans, il n'y a jamais eu de plainte de l'OPT ou d'intervention des autorités calédoniennes pour empêcher la société Pacific IP Services de fournir aux FAI cet accès à l'internet international. »⁸⁶.

89. Le contrat de fourniture dont il est question a en effet été établi directement entre la société Pacific IP et la société MLS⁸⁷. Dans le cadre de l'exécution de ce contrat, la société Pacific IP se positionnait comme concurrent de l'OPT-NC, qui a racheté France Câble Radio (FCR) en 2006, sur le marché de la revente de capacités de connectivité internationale issues des liaisons satellitaires. Aux termes de la facture n°06/1946 en date du 25/06/2007, il est d'ailleurs précisé qu'elle est éditée au titre du « *Contrat S.O 36/51/03 routed SPOT bytes via panAmSat* », soit d'un contrat d'acheminement de capacités de connexion internationale via PanAmSat. La désignation des produits facturés est également clairement identifiée comme étant la « *bande passante juillet 2007 selon S.O 36/51/03* » et comprend un relevé des consommations pour le mois⁸⁸. Deux autres factures, datées de juin et mars 2007, attestent du caractère mensuel de la prestation⁸⁹. Les contrats transmis par la société Pacific IP précisent les dates de début et de fin de la prestation de fourniture, à savoir, du 1^{er} octobre 2007 au 31 septembre 2008 pour le contrat 00365 « *avenant n°4* » et du 6 février 2008 au 5 février 2009 pour l'avenant n°6⁹⁰.
90. La société Can'L a également bénéficié de connexions internationales entre 2000 et 2008 en s'adressant directement auprès d'opérateurs satellitaires. L'ancien Directeur général de la société Can'L a certifié par courrier avoir « *installé des liens satellitaires descendants, dans nos locaux en Nouvelle-Calédonie, afin d'acheminer du trafic internet à destination de nos clients entre 2000 et 2008* » car « *les coûts au M/Bits étaient inférieurs à ceux de l'OPT* »⁹¹. Pour ce faire, la société Can'L a fait appel à « *plusieurs fournisseurs, notamment ZAKNET, PANAMSAT, LORAL ORION, PACIFIC IP et PACTEL INTERNATIONAL* »⁹². Ces achats de capacités de connectivité internationales se sont poursuivis « *jusqu'à l'arrivée du câble Gondwana en 2008* »⁹³. La réalité de ces prestations est attestée par plusieurs factures mensuelles de la société IP Pacific de l'année 2006 concernant la vente de bande passante à la société Can'L⁹⁴. L'ancien directeur de la société précise dans son courrier que « *l'OPT était parfaitement au courant de l'utilisation de ces liens descendants puisque nous routions ce trafic dans le réseau intra-calédonien géré par l'OPT* »⁹⁵.
91. Il ressort de l'instruction que l'intérêt économique de la fourniture de ces services par satellite a été annihilé par la concurrence du câble sous-marin dont les tarifs de vente de connectivités internationales sont plus compétitifs. Ainsi, le gérant de la société Nautila a précisé, lors de son audition, que : « *Actuellement, et en l'état, l'intérêt des liaisons satellitaires reste pour le secours en cas d'interruption du câble Gondwana. Je précise qu'il pourrait tout à fait y avoir pour l'avenir un développement au niveau de la technologie satellitaire avec de nouveaux*

⁸⁶ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la SCCI, annexe 18, cotes 228 à 241.

⁸⁷ Voir le contrat et factures Pacific IP/MLS, annexes 36 à 39, cotes 524 à 535.

⁸⁸ *Ib idem.*

⁸⁹ *Ibid*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Voir lettre du directeur de la société CAN'L entre 2000 et 2008, annexe 398 cotes 4781 à 4782.

⁹² *Ib idem.*

⁹³ Voir lettre du directeur de la société CAN'L entre 2000 et 2008, annexe 398 cotes 4781 à 4782.

⁹⁴ Voir annexes 399, 400 et 401, cotes 4783 à 4788, les montants mensuels de ces factures sont compris entre 4 et 5 millions de F CFP, il ne s'agit donc pas d'achats marginaux.

⁹⁵ Voir lettre du directeur de la société CAN'L entre 2000 et 2008, annexe 398 cotes 4781 à 4782.

usages. Dans un avenir à moyen terme, la société Nautille pourrait être intéressée par ces évolutions technologiques sur le satellite. Nous suivons cela de près. »⁹⁶.

92. Ce marché n'a toutefois pas totalement disparu. En effet, la société Speedcast continue en 2020 à fournir des capacités de connectivité internationale aux paquebots de croisière sur l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie⁹⁷ et a d'ailleurs été autorisée à utiliser des fréquences radioélectriques pour ce faire par l'OPT-NC⁹⁸, lequel assure cette mission d'assignation des fréquences pour le compte de l'État, par délégation de l'Agence nationale des fréquences⁹⁹.

b) La mise en service du câble Gondwana 1 a favorisé une explosion des usages de l'internet sur le territoire qu'il faut désormais sécuriser

93. Au niveau des territoires ultramarins, l'Autorité métropolitaine a rappelé, dans sa décision du 23 février 2011, que : « l'ARCEP souligne l'importance de disposer d'une connectivité sous-marine pour raccorder les territoires ultramarins aux grandes plaques de communication d'Amérique du Nord ou d'Europe de l'Ouest, où se situent notamment les serveurs des principaux sites Internet consultés : « Les câbles sous-marins constituent en effet le goulet d'étranglement de l'écoulement du trafic depuis ces zones. L'accès aux capacités sous-marines et les conditions obtenues par les opérateurs ont donc un impact significatif dans le jeu concurrentiel sur les marchés de détail et notamment de l'accès à l'internet » (Soulignement ajouté)¹⁰⁰.
94. En réponse au questionnaire transmis par le service d'instruction, l'un des principaux constructeurs de câble sous-marin dans le monde, la société Alcatel Submarine Network (ASN), a confirmé que : « Les câbles sous-marins sont une composante vitale de l'infrastructure mondiale de télécommunications. Ils forment l'épine dorsale du réseau Internet. On s'en rend bien compte lors de coupures accidentelles des câbles sous-marins reliant certains pays au réseau mondial, ces pays étant soumis à une très forte dégradation (voir arrêt total) du service Internet jusqu'à ce que les câbles endommagés soient réparés. »¹⁰¹.
95. La société ASN a précisé : « Le câble n'est qu'un des éléments constitutifs d'un réseau de télécommunications sous-marin, qui comprend aussi des équipements immergés (répéteurs et unités de branchement), des télé-alimentations (pour alimenter en courant électrique les équipements immergés) et des équipements terminaux (pour envoyer / recevoir les signaux de télécommunications dans le système). Etant donné que le câble est la partie la plus facilement identifiable (on peut le tracer sur une carte), par extension, le vocable « câble sous-marin » est souvent utilisé pour désigner un « système de télécommunications par câble sous-marin »¹⁰².
96. Au niveau de l'installation des câbles sous-marins dans le monde, il ressort de l'instruction qu'il existe actuellement plus de 400 câbles sous-marins¹⁰³ par lesquels transitent près de 95 %

⁹⁶ Voir le procès-verbal d'audition de la société Nautille annexe 68, cotes 730 à 742.

⁹⁷ Pour ce faire, elle utilise le satellite en sens descendant et ascendant.

⁹⁸ Voir l'article 243 du CPTNC.

⁹⁹ Tableau national de répartition des bandes de fréquences, annexe à l'arrêté du Premier ministre du 14 décembre 2017, voir chapitre 7, https://www.anfr.fr/fileadmin/mediatheque/documents/tmr/bf/TNRBF_2019-01-10.pdf

¹⁰⁰ Voir la décision de l'Autorité métropolitaine de la concurrence n°11-D-05 (point 29).

¹⁰¹ Voir la réponse de la société ASN au questionnaire du service d'instruction (Annexe 248).

¹⁰² Voir la réponse de la société ASN au questionnaire du service d'instruction (Annexe 248).

¹⁰³ <https://www2.telegeography.com/submarine-cable-faqs-frequently-asked-questions>

des communications électroniques¹⁰⁴. La zone Pacifique Sud est, pour sa part, principalement traversée par deux câbles transpacifiques, le câble *Southern Cross Cable Network*¹⁰⁵ mis en service en 2000 qui a une capacité de 12 Tb/s et le câble *Hawaïki*, mis en service en juillet 2018¹⁰⁶.

97. Dans son rapport de 2008 concernant la gestion de l'OPT-NC, la Chambre Territoriale des Comptes de Nouvelle-Calédonie (CTCNC) a d'ailleurs indiqué : « *La Nouvelle-Calédonie a manqué deux occasions successives de se doter d'un câble sous-marin à moindre coût : Un projet baptisé « Southern-Cross » en 1999 : il s'agissait d'un câble qui dessert les USA, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Fidji ; Un projet baptisé « Telstra » du consortium A.J.C.L en 2000: il s'agissait d'un câble qui dessert l'Australie, Guam et le Japon et qui passe à 250 kilomètres seulement de la Nouvelle-Calédonie* »¹⁰⁷.
98. Comme indiqué précédemment, la Nouvelle-Calédonie ne dispose à ce jour que d'un seul câble sous-marin international lui permettant d'acheminer les communications électroniques sur de longues distances.
99. Il s'agit du câble *Gondwana 1* qui appartient à l'OPT-NC et qui est en service depuis septembre 2008. À ce jour, la sécurisation du territoire intervient uniquement par voie satellitaire, laquelle ne permet pas d'acheminer un volume conséquent de données, ce qui met en péril le fonctionnement de l'économie calédonienne dans l'hypothèse d'un incident sur le câble *Gondwana 1*.
100. Lors de son audition, le représentant de la société Hawaïki a confirmé le risque économique résultant d'une éventuelle rupture du câble *Gondwana 1* en citant l'exemple des Iles Tonga ayant subi « *une rupture qui a duré 11 jours en janvier 2019 (et) a coûté (en réparation) environ 1 million de dollars. Le coût indirect pour le pays a été beaucoup plus lourd* »¹⁰⁸.
101. Il ressort de l'instruction que, dès 2013, l'OPT-NC a inscrit budgétairement un projet de « *Sécurisation du réseau de transport par boucles optiques* », partant du constat que tout incident sur le câble *Gondwana 1* aurait d'importantes répercussions.
102. En juillet 2016, l'OPT-NC indiquait dans son rapport de présentation n° 48/2016 : « *Pour secourir temporairement le câble, la solution retenue est une liaison satellitaire. Toutefois, et au fur et à mesure de la montée en charge des débits, elle apparaît de plus en plus en inadéquation technique et économique avec les capacités à secourir. Actuellement, l'OPT-NC dispose d'une capacité satellitaire garantie de 100Mb/s, extensible à 600Mb/s à la demande. Pour un montant annuel de 40M.XPF, cela ne représente qu'environ 5 % des capacités*

¹⁰⁴ Voir l'article intitulé « *Le réseau mondial de câbles sous-marins : une toile dans la Toile* » de Camille Morel, ASP chargé d'étude au Centre d'étude stratégiques de la Marine.

¹⁰⁵ Le câble *Southern Cross* comprend deux atterrissages (deux stations d'atterrissage par câble), en Australie et en Nouvelle-Zélande, d'une part, et, à Hawaï et sur la côte ouest des États-Unis, d'autre part.

¹⁰⁶ Dans son rapport portant sur le choix de la solution du second câble sous-marin international de l'OPT-NC, il est précisé : « *les opportunités de câbles internationaux transpacifique sur notre zone d'action (Pacifique Sud et proximité du Territoire) sont très peu nombreuses. Seuls 2 projets ont été identifiés en 20 ans auxquels la Nouvelle-Calédonie aurait pu se rattacher bien avant 2008* » (page 3) (Annexe 165, cote 1955).

¹⁰⁷ Voir le rapport sur l'OPTNC de 2008, de la Chambre Territoriale des Comptes de Nouvelle-Calédonie et le rapport d'observations définitives concernant la gestion de l'OPT-NC), Annexe 307, cotes 3474 à 3539.

¹⁰⁸ Voir la page 5 du procès-verbal d'audition du représentant de la société Hawaïki (Annexe 274, cote 3 272).

utilisées sur le câble »¹⁰⁹.

103. Fin décembre 2016, l'OPT-NC a donc lancé une procédure de dialogue compétitif ayant pour objectif la « *Sécurisation de la Nouvelle-Calédonie par câbles sous-marins international et domestiques* » avec la société Hawaïki, d'une part, et la société ASN, d'autre part¹¹⁰.
104. La commission d'appel d'offres du 1^{er} octobre 2018 a ensuite déclaré « *sans suite* » la procédure de dialogue compétitif « *au motif que les solutions retenues, qui prévoient la fourniture de capacités internationales sur 15 ans, sont financièrement moins intéressantes que la conclusion future d'un contrat de « fourniture de capacités » à une date où les différents système de câbles sous-marins en cours de construction seront en service et pour une durée moins longue qu'un engagement ferme de 15 ans, deux facteurs qui permettront de profiter de la concurrence et de la baisse des prix du renouvellement de ce contrat.* »¹¹¹.
105. Interrogée sur ce point, la société ASN a déclaré : « *Nous avons accepté la décision de l'OPT qui semblait se fonder sur une possible ambiguïté dans la procédure de dialogue compétitif quant au caractère indissociable ou au contraire optionnel de la partie capacité de notre offre* ». Pourtant cette entreprise a également expliqué : « *Nous n'avons pas vocation à nous occuper du prix de la capacité internationale. Dans le cadre du dialogue compétitif lancé par l'OPT-NC en 2017, nous avons été amenés à fournir une composante de capacité internationale dans notre offre, à la demande de l'OPT-NC. Mais cette capacité était proposée à l'OPT-NC dans le cadre d'une revente simple entre le fournisseur (Southern Cross ou Fintel) et nous avons indiqué dans notre réponse que si l'OPT-NC désirait acquérir la capacité directement auprès du fournisseur de capacité, ASN n'y verrait aucun inconvénient, au contraire* » (Soulignement ajouté)¹¹².
106. Le 30 mars 2019, l'OPT-NC a lancé un nouvel appel d'offres portant sur la sécurisation de la Nouvelle-Calédonie par câbles sous-marin international et domestique en spécifiant son choix d'un câble international à destination de Fidji.

Schéma du câble Gondwana 2¹¹³



Source : ASN

¹⁰⁹ Voir le rapport de l'OPT-NC portant choix de la solution du second câble sous-marin international (Annexe 165, cote 1 958).

¹¹⁰ La procédure de dialogue compétitif est régie par les articles 32-1 à 32-3 de la délibération n° 136/CP modifiée du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics.

¹¹¹ Voir délibération n° 41/2018 du 29 octobre 2018 (annexe 169)

¹¹² Voir les réponses n° 31 et 28 à son questionnaire (annexe 248 cotes 3 098 - 3 099).

¹¹³ Voir la page 2 du document « ASN Fourniture/pose Cable sous-marin » (Annexe 2501, cote 3 110).

107. Etant donné le choix de l'OPT-NC de faire passer son nouveau câble sous-marin par Fidji, les sociétés SCCI et Hawaiki ont pris l'initiative d'investir elles-mêmes « dans une liaison internationale par câble sous-marin afin de proposer aux secteurs du marché calédonien une alternative à l'offre Liaison Internationale de l'OPT-NC ». Les représentants de ces deux sociétés ont donc présenté leur projet au Président du gouvernement le 30 août 2019 afin d'obtenir les autorisations nécessaires à l'installation du câble *Tomoo*¹¹⁴.
108. Si elles obtiennent ces autorisations administratives, le câble sous-marin *Tomoo* des sociétés SCCI et Hawaiki serait alors concurrent du câble *Gondwana 1* et, le cas échéant, du câble *Gondwana 2* que l'OPT-NC a commandé à la société ASN.
109. Toutefois, les représentants de l'OPT-NC ont indiqué lors de leur audition que : « L'OPT est opposé à ce projet. » (Soulignement ajouté)¹¹⁵. Dans ses observations, l'OPT-NC considère que l'installation d'un nouveau câble sous-marin relève de son monopole « légal » de sorte que la SCCI ne pourrait réaliser ce projet à son compte et pour son compte (voir *infra*).
110. Dans sa présentation faite en décembre 2019 au gouvernement, l'OPT-NC a néanmoins présenté les deux projets de façon concurrente :

Schéma des deux projets de câbles sous-marins selon l'OPT¹¹⁶



Source : OPT-NC

111. L'OPT-NC a estimé que la création du câble *Gondwana 2* et du câble *Tomoo* ne pouvait être qu'alternative et a privilégié le choix d'un câble vers Fidji en considérant qu'il présentait les avantages suivants : « Des baisses dès mars 2020, un impact économique du second câble à partir de 2022 : en 2022, l'OPT-NC dispose d'un câble de secours Gondwana-2 pour un investissement de 3.250 M.XPF et le câble Gondwana-1 vers Sydney reste le lien nominal ; à partir de 2022, augmentation des charges d'environ +100MXFP/an ; opportunité de commercialiser des capacités entre Sydney et Suva » (soulignement ajouté)¹¹⁷.
112. Le 22 avril 2020, le conseil d'administration de l'OPT-NC s'est réuni et a attribué à la société ASN, seul candidat, le marché de la fourniture et de la pose d'un câble sous-marin pour

¹¹⁴ Voir la présentation du projet des sociétés SCCI et Hawaiki au Président du gouvernement (Annexe 24, cotes 321 à 360)

¹¹⁵ *Ib idem.*

¹¹⁶ Voir l'annexe 175 (cote 2 268).

¹¹⁷ Voir la présentation par l'OPT-NC des enjeux stratégiques et perspectives dont le projet de câble sous-marin de décembre 2019 (Annexe 175).

sécuriser le réseau de transport international, par un raccordement vers Fidji¹¹⁸.

113. Interrogé sur le calendrier de mise en œuvre du câble *Gondwana 2* et l'impact de la construction d'un troisième câble sous-marin par la SCCI si celle-ci était autorisée, le Directeur général de l'OPT-NC a précisé au cours de la séance que : « *aujourd'hui il y a un projet hypothétique d'un troisième câble, celui de la SCCI, mais ça n'enlève en rien le besoin de la Nouvelle-Calédonie de se secourir, donc il y a ce projet d'un second câble sous-marin qui est en cours vers Fidji et nous espérons qu'il soit mis en service fin 2021 début 2022* ».
114. Interrogé par le service d'instruction sur le point de savoir si le système actuel de câble sous-marin en Nouvelle-Calédonie est suffisant, le membre du GNC en charge de l'économie numérique a répondu : « *Non je ne le pense pas. Il faut un deuxième câble. Vous me demandez si un deuxième ou troisième câble serait nécessaire, je considère qu'il faut ouvrir le plus largement possible le marché et que "le plus performant gagne"* »¹¹⁹. Il a ajouté : « *Pour moi le projet SCCI me paraît utile pour que le consommateur ait une meilleure diversification de l'économie numérique calédonienne : avoir un débit meilleur et des tarifs moins chers. Nous avons saisi l'État pour nous aider à apprécier cela. Il s'agit de choix stratégiques pour la Nouvelle-Calédonie mais nos services ne sont pas assez compétents pour nous éclairer sur cette question.* »¹²⁰.
115. Il en résulte que le membre du gouvernement en charge de l'économie numérique se déclare favorable à l'hypothèse de voir le territoire de la Nouvelle-Calédonie raccordé par trois câbles sous-marins, dont deux appartiendraient à l'OPT-NC et le troisième à des opérateurs privés afin de diversifier l'offre d'acheminement des données internationales et de créer les conditions d'une concurrence sur ce marché au bénéfice des consommateurs calédoniens. Il a néanmoins précisé que le gouvernement collégial avait souhaité solliciter l'expertise de l'État sur de tels projets d'infrastructures (voir *infra*).
116. Le commissaire du gouvernement a précisé, au cours de la séance, que si certains membres du gouvernement ont fait savoir qu'ils étaient favorables à l'ouverture à la concurrence d'une partie des services de télécommunications, la réflexion est toujours en cours sur le plan politique car il n'existe pas à ce jour de consensus au sein du gouvernement collégial, lequel est prioritairement soucieux de permettre à la Nouvelle-Calédonie de préserver ses ressources stratégiques.

4. Une demande d'expertise du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie auprès de l'État relative aux câbles sous-marins internationaux

117. Il ressort de l'instruction que le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi le Haut-commissaire de République, le 24 décembre 2019¹²¹ et le Premier ministre, le 30 décembre 2019¹²², interrogeant le premier sur les « *impacts et enjeux géoéconomiques, géostratégiques, géopolitiques et en matière de cyber sécurité de ces projets de câbles sous-marins* » et le second sur « *des questions relatives aux liaisons numériques internationales*

¹¹⁸ Voir le dossier de presse de l'OPT-NC du 23 avril 2020 (Annexe 312, cotes 3 832 à 3 838).

¹¹⁹ Voir le procès-verbal d'audition du membre du gouvernement en charge de l'économie numérique (Annexe 40, cote 541).

¹²⁰ *Ib idem* (Annexe 40, cote 539).

¹²¹ Voir la lettre du Président du gouvernement au Haut-Commissaire de la République du 24 décembre 2019 (Annexe 3.43 cote 3 988 – 3 989).

¹²² Voir la lettre du Président du gouvernement au Premier ministre du 30 décembre 2019 (Annexe 341, cote 3 980 à 3 983).

ainsi que sur les politiques conduites en matière d'inclusion numérique ».

118. En réponse, le Haut-commissaire de la République a précisé, par courrier du 2 mars 2020, qu'il n'y avait pas d'objection à raccorder la Nouvelle-Calédonie à Fidji par câble sous-marin¹²³. Le Premier ministre a, pour sa part, répondu le 6 mars 2020 en invitant le Président du gouvernement à se « *rapprocher, en lien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, de Monsieur Cédric O, Secrétaire d'État chargé du numérique, et de la direction générale des entreprises (agence du numérique) afin de déterminer de manière pratique les conditions de cet appui qui pourront utilement être inscrites dans une convention* »¹²⁴.
119. Interrogé sur ce point par le service d'instruction, le membre du gouvernement en charge du numérique a répondu qu'aucune convention n'avait été signée à ce jour¹²⁵. Ce point a été confirmé en séance par le commissaire du gouvernement.
120. Les services du Haut-Commissaire ont transmis au service d'instruction une note du 20 avril 2020, émanant du ministère de l'économie et des finances, intitulée « *Fiche pour le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie* » et présentée comme la réponse de l'État à la lettre du gouvernement.
121. Cette note a présente « *une analyse comparative de l'offre soumise à l'OPT par Alcatel à un autre projet de câble afin d'apprécier les coûts du projet Gondwana 2* » et traite du coût du projet de câble Gondwana 2 en indiquant qu'il s'inscrit dans la norme de ce genre de projet. Une analyse comparative est opérée avec le câble de Polynésie française est ensuite développée, puis est abordée la diversification du financement de ce projet, qui pourrait s'appuyer sur des réductions d'impôts et des subventions de l'Agence française de développement. Toutefois, il n'est pas fait référence au projet de câble sous-marin des sociétés SCCI et Hawaïki dont l'opportunité et les modalités n'a pas été évaluée par les services de l'État¹²⁶.
122. Lors de leur audition, les représentants du Haut-Commissaire ont répondu que, pour l'expertise des projets de câble sous-marin, ils s'étaient tournés vers l'Agence Nationale des Fréquences (ANFR), qui gère l'ensemble des fréquences radioélectriques en France¹²⁷, et que celle-ci « *a rendu son expertise oralement* »¹²⁸. [Phrase supprimée]¹²⁹.

¹²³ Voir la réponse du Haut-Commissaire de la République au Président du gouvernement (Annexe 344 cotes 3 990-3 991).

¹²⁴ Voir la lettre du Premier ministre datée du 6 mars 2020 (Annexe 338, cote 3 970).

¹²⁵ Correction d'une erreur matérielle [~~Voir le courriel du 4 mai 2020 envoyé à l'ANFR par le service d'instruction (Annexe 379 cote 4 592).~~] Voir le procès-verbal du membre du gouvernement en charge du numérique (Annexe 40 – cote 538).

¹²⁶ Voir la note du 20 avril 20 remise lors de l'audition des représentants du Haut-Commissaire (Annexe 341, cotes 3 984 à 3 987).

¹²⁷ Les missions de l'ANFR concernant Nouvelle-Calédonie sont présentées sur son site internet : <https://www.anfr.fr/outre-mer/nouvelle-caledonie/nos-missions/>. Si son domaine d'expertise couvre une partie des modes de communications électroniques, il ne semble en revanche pas qu'il s'étende à l'accès internet par câble sous-marin.

¹²⁸ « *Pour l'expertise, nous ne nous sommes pas posé la question de demander l'expertise de l'ARCEP mais nous nous sommes tournés vers l'ANFR qui nous a rendu son expertise oralement il y a deux ou trois semaines* » : Voir le procès-verbal d'audition du 4 mai 2020 des représentants du Haut-Commissaire (Annexe 340, cotes 3 974 à 3 979).

¹²⁹ À la suite d'une rectification demandée par l'ANFR, la phrase suivante est supprimée [*Interrogée à ce sujet, cette agence nationale n'a pas répondu au service d'instruction*] car le courriel du 4 mai 2020 envoyé à l'ANFR par le service d'instruction (Annexe 379 cote 4 592) comprend une erreur dans l'adresse mail de son destinataire. Il n'est donc jamais parvenu à l'ANFR.

5. Un contexte social tendu au sein de l'OPT-NC

123. Auditionnés à leur demande par le service d'instruction, plusieurs syndicats de salariés réunis en intersyndicale ont exprimé des inquiétudes quant à l'avenir de l'OPT-NC dans l'hypothèse d'une concurrence entre cet établissement public et un ou plusieurs opérateurs privés pour l'acheminement de données par câbles sous-marins internationaux.
124. Compte tenu des informations qui leur ont été transmises par la direction de l'établissement, les représentants syndicaux craignent que cette situation concurrentielle conduise à remettre en cause la viabilité économique de l'OPT-NC, sa capacité à assumer ses trois missions de service public et *in fine* à des suppressions d'emplois massives ¹³⁰.
125. À titre d'exemple, le représentant de l'USOENC a précisé : « *Nous avons rencontré notre direction, le Conseil d'administration, c'est là que nous avons appris qu'il y a une plainte d'un opérateur privé. Du coup, on s'est constitué en intersyndicale, on a demandé à rencontrer les groupes politiques au Congrès : le groupe UC, Eveil océanien, M. Gyges et M. Muliava du gouvernement mais on verra tous les groupes. L'OPT actuellement n'a plus de cap, on est en attente, de partout on entend des bruits. Pour avoir les réponses on est allés voir tout le monde. La direction de l'OPT a fait au Congrès une présentation sur sa stratégie, mais la direction ne nous a pas donné d'informations sous prétexte que c'était confidentiel. Après on a su que la séance était publique. On soupçonne que la direction a un parti pris avec ces promoteurs privés. La direction a menacé de fermer les services financiers, de geler les embauches et de ne pas remplacer les départs à la retraite. Son idée était de réduire de moitié les effectifs. Nos moyens sont réduits » (soulignement ajouté)¹³¹.*
126. Ce contexte est confirmé par le représentant de la Fédération des fonctionnaires qui partage la même analyse que ses collègues s'agissant de la pertinence du maintien d'un monopole public sur l'ensemble des marchés des télécommunications (y compris la voix sur internet déjà ouverte à la concurrence) et qui précise notamment : « *L'OPT utilise la menace d'une arrivée de la concurrence privée pour arrêter des pans entiers des missions de service public* »¹³².
127. Le représentant de la CFE a quant à lui insisté sur le bien-fondé d'un monopole public, considérant que : « *En Nouvelle-Calédonie, on ne peut pas se faire une guerre des prix car les salaires sont trop élevés, on ne peut pas tirer les coûts vers le bas. Le duopole ne produit donc pas de concurrence sur les prix, cela finit par obliger le gouvernement à subventionner l'acteur public. L'OPT est une entité de service public et un acteur essentiel dans l'économie de la Nouvelle-Calédonie. Si on commence à ouvrir à la concurrence, on se coupe de la possibilité de développer la Nouvelle-Calédonie dans ce secteur (...)* ».
128. Il porte également la responsabilité de l'absence de baisse significative des prix des télécommunications sur les FAI : « *L'Autorité de la concurrence est là pour défendre la concurrence au profit du consommateur final. Nous nous interrogeons sur le modèle des FAI en Nouvelle-Calédonie, c'est une concurrence qui devrait bénéficier aux Calédoniens. Or, on s'aperçoit que les baisses opérées par l'OPT ne sont pas répercutées par les FAI (...)* »

¹³⁰ Voir les procès-verbaux d'audition de l'union des syndicats des ouvriers et des employés de Nouvelle-Calédonie, de l'union syndicale des travailleurs kanak et des exploités, de la fédération des fonctionnaires, des agents et ouvriers de la fédération des agents et ouvriers de la fonction publique et parapublique de la Nouvelle-Calédonie et de la confédération française des encadrants (Annexes 78, 79, 205 et 348).

¹³¹ Voir le procès-verbal d'audition de l'union des syndicats des ouvriers et des employés de Nouvelle-Calédonie (Annexe 78 cote 816).

¹³² Voir le procès-verbal d'audition de la fédération des fonctionnaires (Annexe 348, cote 3 994).

(soulignement ajouté)¹³³.

D. Les pratiques de l'OPT-NC à l'origine de la plainte de la SCCI

129. Au soutien de sa plainte, la SCCI reproche essentiellement à l'OPT-NC d'avoir modifié ses tarifs des services de capacités de connectivité depuis le 1^{er} mars 2020 en fusionnant le « tarif international » et le « tarif local et proximisé » (1) et de lui avoir opposé plusieurs refus d'accès à son réseau domestique pour assurer l'interconnexion entre son projet de câble sous-marin à la boucle locale.

1. La modification des tarifs des services de capacités de connectivité par l'OPT-NC depuis le 1^{er} mars 2020

a) Les principes régissant la réglementation des tarifs des services de télécommunications

130. Le 3^o de l'article 127 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 prévoit que le gouvernement « *Approuve les tarifs et redevances en matière de postes et de télécommunications* »¹³⁴.
131. L'article 9 de la délibération n° 51/CP du 23 octobre 2000, précise que le conseil d'administration de l'OPT-NC « *propose les tarifs et redevances de l'établissement qui sont approuvés par le gouvernement, conformément à l'article 127 3^o de la loi organique modifiée susvisée* ».
132. Enfin, l'article 221-3 du CPTNC intitulé : « *Conditions de fourniture du service public* » confirme que : « *Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, sur proposition de l'OPT, fixe les conditions de fourniture et approuve la tarification des services offerts* ».
133. Il en résulte que l'OPT-NC propose les tarifs de l'ensemble des services de télécommunications qu'il assure et que le gouvernement a la compétence pour les approuver.
134. En pratique, l'OPT-NC propose un catalogue de tarifs et redevances en matière de télécommunications qu'il modifie régulièrement et qui est systématiquement approuvé par arrêté du gouvernement. Ce catalogue est articulé autour de huit titres (regroupant différents chapitres) que sont : les services de la téléphonie fixe, les service internet haut débit, les services de transmission de données, les services à valeur ajoutée, les liaisons louées, les radiocommunications, les dispositions tarifaires communes et offres spécifiques, les communications téléphoniques, radiophoniques et radiomaritimes¹³⁵.
135. Les tarifs et redevances en matière de télécommunications étaient fixés, avant le 1^{er} mars 2020, dans la version du catalogue annexée à l'arrêté n°2019-433/GNC du 26 février 2019 portant approbation des tarifs et redevances en matière de télécommunications¹³⁶.

¹³³ Voir le procès-verbal d'audition de la confédération française des encadrants (Annexe 205, cotes 2 802-2 803).

¹³⁴ L'article 127 prévoit que le gouvernement (3^o) « *Approuve les tarifs et redevances en matière de postes et de télécommunications* » ce qui n'est cependant pas toujours le cas.

¹³⁵ Voir l'annexe 309.

¹³⁶ Voir [l'arrêté n° 2019-2781/GNC du 31 décembre 2019](#) portant modification de [l'arrêté modifié n° 2019-433/GNC du 26 février 2019](#) portant approbation des tarifs et redevances en matière de télécommunications qui comprend un catalogue articulé autour de huit titres regroupant différents chapitres.

136. Ils ont évolué, notamment s’agissant de la tarification des services de capacités de connectivité (transmission de communications électroniques sur un réseau) en raison de l’adoption de l’arrêté n° 2020-127 du 4 février 2020 qui a approuvé la proposition de modification du catalogue des tarifs de l’OPT-NC consistant notamment à fusionner les offres de capacités de « *trafic local et proximisé* » et de « *trafic international* » en « *trafic réseau fédérateur*¹³⁷ »¹³⁸. Cet arrêté a été publié au JONC le 13 février 2020. Les nouveaux tarifs sont applicables depuis le 1^{er} mars 2020.

b) La tarification des services de capacités de connectivité par l’OPT-NC avant le 1^{er} mars 2020

137. Les pratiques dénoncées par la SCCI concerneraient le marché « *des capacités de connectivité internationale haut débit par câble sous-marin* »¹³⁹ qui recouvre des prestations présentes dans le catalogue des tarifs de l’OPT-NC aux Titres III et V qui concernent :

– les services de transmission de données qui correspondent au raccordement au réseau fédérateur d’accès à Internet ;

– les liaisons louées¹⁴⁰ qui incluent les liaisons spécialisées, les liaisons Celeris Eternet, les liaisons louées fibre channel et les liaisons louées internationales.

138. Plus précisément s’agissant des services de capacités de connectivité, les offres proposées par l’OPT-NC, dans le Titre III, sont différenciées selon la nature et la destination du trafic et comprennent notamment le trafic visé par la plainte de la SCCI dit « *trafic international* ».

139. Ainsi, l’offre de services de l’OPT-NC portant sur ce trafic est définie comme étant un service d’acheminement par l’OPT-NC des capacités de trafic souscrites par le client et « *destinées à l’écoulement forfaitaire du seul trafic Ethernet international du client* »¹⁴¹.

140. Ces offres s’adressent à deux types de clients que sont :

– les fournisseurs d’accès Internet (FAI) ;

– et les fournisseurs de services Internet (FSI).

141. En premier lieu, les offres de l’OPT-NC sont souscrites sur le marché de gros, par les fournisseurs d’accès internet (FAI) pour leur permettre de proposer des offres sur le marché de détail, aux consommateurs finals et aux entreprises (voir *infra*).

142. En Nouvelle-Calédonie, cinq FAI sont présents. Il s’agit de la société Offratel, filiale de l’OPT-NC, connue sous le nom commercial « Lagoon » (avec 40% du parc d’abonnés OPTimo), les sociétés MLS et Can’L (avec chacune 22%), la société Nautile (13%) et la

¹³⁷ Le réseau fédérateur est le nom donné par l’OPT-NC à son réseau qui permet d’acheminer les communications électroniques en Nouvelle-Calédonie.

¹³⁸ Voir l’[arrêté n°2020-127 du 4 février 2020](#) modifiant l’arrêté modifié n°2019-433/GNC du 26 février 2019, portant approbation des tarifs et redevances en matière de télécommunications, publié au JONC le 13 février 2020.

¹³⁹ Voir la page 4 de la saisine SCCI.

¹⁴⁰ Une liaison louée internationale est « *une ligne de télécommunication louée à un client et destinée à relier deux installations distantes dont une située à l’extérieur de la Nouvelle-Calédonie* » comme vu *supra*. Cette liaison peut se faire par satellite ou via le câble sous-marin (Cote 3728).

¹⁴¹ Annexe 309, cote 3 686.

société InternetNC, connue sous le nom commercial de « Télénét » (3%)¹⁴².

Répartition géographique du nbre d'abonnés ADLS

	MLS	Nautile	CAN'L	Offratel	InternetNC	
TOTAL	10 816	6 057	11 853	19 632	1 313	49671
Prov Sud	10 100	5 753	10 155	17 150	1 271	44429
Prov Nord	596	221	1 425	2 190	33	4465
Prov Îles	120	83	273	292	9	777

Source : Nautile (nov.2019)

143. Dans le cadre de son catalogue, l'OPT-NC fournit ces services à destination des FAI à travers 4 offres de gros afin que ces derniers puissent proposer un accès internet à leurs clients :

– une offre « *raccordement Ethernet au RF* (Réseau fédérateur) » permettant d'interconnecter le réseau du FAI au réseau fédérateur, comprenant le raccordement principal gratuit ;

– une offre de capacité « *Collecte Haut débit* », destinée « à la collecte forfaitaire des seuls flux internet Haut débit »¹⁴³ du FAI. Ces capacités servent à acheminer les données des clients du FAI entre le central et le réseau fédérateur ;

– une offre de capacité « *Trafic Local et Proximité* », destinée « à l'écoulement forfaitaire du trafic Ethernet d'interconnexion locale et proximisée »¹⁴⁴, étant précisé que le trafic local correspond au trafic vers les sites internet localisés en Nouvelle-Calédonie ;

– une offre de capacité « *Trafic international* », destinée « à l'écoulement forfaitaire du seul trafic Ethernet international », qui sert à acheminer du trafic entre la Nouvelle-Calédonie et le reste du monde.

144. Les offres souscrites par les FAI auprès de l'OPT-NC leur permettent de proposer, en aval, la fourniture d'accès à internet, d'une part, à une clientèle résidentielle et, d'autre part, à une clientèle professionnelle (composée des entreprises et des administrations avec des besoins particuliers pour ce qui concerne les services de télécommunications).

145. Interrogé sur ses tarifs d'interconnexion à l'internet mondial à la sortie du câble *Gondwana 1* l'OPT-NC a précisé que les fournisseurs d'accès à internet (FAI) « ne sont pas directement acheteurs d'interconnexion en sortie du câble *Gondwana-1* en Australie. L'offre de connexion à l'internet mondial recouvre deux tarifs : les tarifs du RF [réseau fédérateur] international ; les tarifs du RF [réseau fédérateur] local et proximité »¹⁴⁵.

146. L'OPT-NC a expliqué que, sur le réseau fédérateur international de l'interconnexion à valeur ajoutée, « L'OPT-NC vend aux FAI de l'interconnexion complète de bout en bout (interconnexion à valeur ajoutée). Celle-ci est constituée de 3 composantes : interconnexion internet mondial en Australie (transit IP sécurisé vers un Tier-1, peering public privé, dispositif de protection) ; transport international (câble sous-marin, secours satellite, maintenance maritime, équipements d'extrémités) ; transport domestique en NC (liaisons

¹⁴² Voir les pièces annexées au procès-verbal de la société Nautile du 13 février 2020 (Annexe 68).

¹⁴³ Voir le titre III du catalogue des tarifs de l'OPT-NC (Annexe 309, cotes 3 686 à 3 694).

¹⁴⁴ *Ibid*

¹⁴⁵ Voir la réponse de l'OPT-NC Fiche II Interconnexion (Annexe 347, cotes 3 820 à 3 828).

louées locales - sécurisées - jusqu'au FAI) »¹⁴⁶.

147. Selon l'OPT-NC, « *La distinction entre le trafic local et international se fait en fonction de l'adresse IP de l'émetteur ou du destinataire. Pour faciliter la compréhension, cela fonctionne comme le courrier postal international avec une adresse NC et une adresse internationale. Cette distinction se fait par les équipements du client ou par les équipements de l'OPT en fonction du sens du trafic (sortant/entrant) qui achemine le trafic vers le port. À titre d'information, l'APNIC (<https://www.apnic.net/>) est l'organisation officielle qui gère l'attribution des adresses IP dans l'Asie et le Pacifique et donc à la Nouvelle Calédonie. Les FAI/FSI/OPT y sont adhérents et reçoivent donc des blocs d'adresses IP qui sont déclarés à l'OPT-NC pour pouvoir les identifier comme « calédoniennes »*¹⁴⁷.
148. Concernant le trafic proximisé, les représentants de l'OPT-NC ont précisé : « *Il ne faut pas assimiler le "trafic local" au trafic "local et proximisé", ce dernier provenant du "cache" représente 97% du "trafic local et proximisé". Plus précisément il s'agit des capacités de trafic provenant de serveurs tiers (dit "caches") hébergés par l'OPT-NC en Nouvelle-Calédonie comme Netflix, YouTube, Akamai ou Google. Le « cache » permet d'avoir une qualité supérieure de visionnage.* »¹⁴⁸.
149. Le service de capacités « *Trafic Local et Proximisé* » permet ainsi aux FAI d'écouler des capacités de trafic qui restent en Nouvelle-Calédonie et qui ne transitent pas par le câble sous-marin international de l'OPT-NC.
150. Les tarifs mensuels entre le 1^{er} mars 2019 et le 1^{er} mars 2020, étaient les suivants :
- une offre de forfait de 50 Mb/s à 92.000 F.CFP (soit un prix moyen du Mb/s par mois de 1.840 F.CFP) ;
 - une offre de forfait de 100 Mb/s à 170.000 F.CFP jusqu'à une capacité de 500 Mb/s (soit un prix moyen du Mb/s par mois de 1.700 F.CFP) ;
 - pour les capacités souscrites au-delà de 500 Mb/s, un forfait, par pas de 100 Mb/s à 136 000 CFP (soit un prix moyen du Mb/s par mois de 1 360 F.CFP) ;
 - étant précisé qu'une remise complémentaire individuelle, pouvant aller jusqu'à 12 %, était accordée aux FAI en fonction du volume souscrit¹⁴⁹.
151. Le service de capacités « *Trafic International* » qui sert à acheminer du trafic entre la Nouvelle-Calédonie et le reste du monde, passe nécessairement par le câble sous-marin international de l'OPT-NC (Gondwana 1). Le tarif mensuel pour le « *trafic international* » dépend du volume acheté en Mb/s par les clients à l'OPT-NC ¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Ibid* (Annexe 347, cote 3 825)

¹⁴⁷ Voir la réponse du 20 mars 2020 de l'OPT-NC à la demande d'informations du 18 mars 2020 du service d'instruction (Annexe 257).

¹⁴⁸ Voir la page 4 du procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 83, cote 841).

¹⁴⁹ Voir le catalogue des tarifs de l'OPT-NC (Annexe 309).

¹⁵⁰ Voir l'annexe 7 (cotes 125 à 127) : « Grille tarifaire », et notamment les tarifs relatifs à la « Capacité de trafic International Débit Ethernet global souscrit Prix de référence du Mb/s HT par palier global à 7 Gb/s fixé à 11.916 F.CFP HT (puis 8 Gb/s, 9 Gb/s, 10 Gb/s, 11 Gb/s, 12 Gb/s) jusqu'au palier à 20 Gb/s fixé à 6.003 F.CFP HT ».

152. Ainsi, au 1^{er} octobre 2019, le trafic international s'élevait à 18 Gb/s¹⁵¹ pour un prix mensuel de base du Mb/s à 6 309 F.CFP, étant précisé qu'une remise complémentaire était accordée aux FAI (pouvant aller jusqu'à 12 % sur le trafic souscrit)¹⁵².

153. Fin 2019, les capacités souscrites par les FAI étaient les suivantes¹⁵³ :

Tableau des trois services de capacités souscrits par les FAI à l'OPT-NC fin 2019

Total trafics international + local et proximisé	Facture mensuelle projetée en mars 2020 selon le catalogue en vigueur avant le 1er mars en F CFP	Facture mensuelle projetée en mars 2020 selon le catalogue en vigueur après le 1er mars en F CFP	Impact
CAN'L	25 300 000	15 300 000	-40%
MLS¹⁵⁴	29 900 000	15 100 000	-49%
Nautile	18 800 000	10 600 000	-44%
Offratel	45 100 000	26 700 000	-41%
Telenet	2 700 000	1 550 000	-43%
Total	121 800 000	69 250 000	-43%

Source : OPT-NC

154. En second lieu, il convient de souligner que l'OPT-NC fournit des services de capacités de connectivité à des fournisseurs de services Internet (FSI) et se trouve donc en concurrence directe avec les FAI pour ce qui concerne l'offre de services proposée aux FSI.

155. Les FSI sont des clients professionnels, dits « grands comptes » (Gouvernement, Haut-Commissariat, Provinces, Chambres consulaires, grandes entreprises...). Ils se distinguent des FAI en ce qu'ils ne souscrivent pas à l'offre de capacités « *Collecte Haut débit* » de l'OPT-NC, vu *supra*, puisqu'ils ne commercialisent pas d'accès au réseau Internet à d'autres clients sur le marché de détail¹⁵⁵.

156. Au 5 février 2020, l'OPT-NC comptait 52 clients FSI¹⁵⁶.

157. Les FAI s'adressent également à la clientèle professionnelle que constitue les FSI. Ainsi, la filiale de l'OPT-NC, la société Offratel, exerce une activité de fournisseur d'accès internet auprès d'une clientèle composée à 30 % d'entreprises¹⁵⁷. De même, pour la société MLS, sa clientèle comprend à la fois des particuliers, des entreprises et des administrations¹⁵⁸.

¹⁵¹ Voir la page 9 de la note portant sur les évolutions du Réseau Fédérateur annexée au procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 120, cote 1283).

¹⁵² Voir le catalogue des tarifs de l'OPT-NC (Annexe 309).

¹⁵³ Voir la pièce 117 annexée au procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (Annexe 198).

¹⁵⁴ Correction d'une erreur matérielle : le sigle « MSL » est remplacé par « MLS »

¹⁵⁵ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC (annexe 83 cote 842) : Selon l'OPT-NC, les FSI « *sont les grands comptes, entreprises ou institutions comme les Provinces, les banques, les miniers etc. c'est-à-dire, tous les clients qui ne sont pas des FAI. La différence avec le FAI c'est qu'ils ne souscrivent pas au produit « collecte* ».

¹⁵⁶ Voir la pièce 38 - Liste des clients International et Local et Proximisé au 05.02.2020 (Annexe 119, cote 1 270 à 1 273).

¹⁵⁷ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Offratel (Annexe 52, cote 633).

¹⁵⁸ Toutefois, lors de son audition, le représentant de MLS a indiqué que la société n'avait pas de statistiques concernant la caractérisation de sa clientèle (voir son procès-verbal d'audition, annexe 63, cotes 682-692).

S'agissant des autres FAI, il apparaît que leur clientèle FSI est peu nombreuse : la société Can'L en déclare 16 (qui représentent moins de 1 % de son chiffre d'affaires¹⁵⁹), la société Nautile un seul¹⁶⁰ et la société Telenet dit n'avoir aucun client professionnel¹⁶¹.

158. L'évolution du chiffre d'affaires réalisé par l'OPT-NC sur les prestations de services de capacités de connectivité, au cours des six dernières années, sont présentées dans le tableau ci-dessous, étant précisé que la baisse du chiffre d'affaires du réseau fédérateur international (RFI) provient probablement du développement des caches qui contribue parallèlement à l'augmentation du chiffre d'affaires du « trafic proximisé » sur le réseau fédérateur domestique (RF local).

		REALISE A fin Décembre 2014	REALISE A fin Décembre 2015	REALISE A fin Décembre 2016	REALISE A fin Décembre 2017	Evolution 2017/2016	REALISE A fin Décembre 2018	Evolution 2018/2017	REALISE A fin Décembre 2019	Evolution 2019/2018
Abts principaux	100143	1 799 600 481	1 696 415 442	383 923 504	59 469 793	-84,5%	26 697 604	-55,1%	39 303 349	+47,2%
RF international	100307		0	855 545 076	1 098 648 323	+28,4%	1 028 335 615	-6,4%	1 022 674 468	-0,6%
RF local et	100308		0	215 565 440	312 151 723	+44,8%	400 668 819	+28,4%	463 556 720	+15,7%
Collecte	100309		0	171 058 920	232 852 026	+36,1%	259 363 615	+11,4%	286 319 640	+10,4%

Source : OPT-NC

159. L'Autorité en déduit que le chiffre d'affaires de l'OPT-NC lié à des prestations de services de capacités de connectivité sur le réseau fédérateur international (RFI) représente 4,8 % du chiffre d'affaires réalisé par l'OPT-NC dans le secteur des télécommunications et 3,9 % du chiffre d'affaires total de l'OPT-NC en 2019¹⁶².
160. À titre de comparaison, il ressort de ce tableau et de l'audition des représentants de l'OPT-NC¹⁶³ que le chiffre d'affaires lié aux capacités de connectivité « local et proximisé » (sur le réseau fédérateur local) est passé de 130 millions de francs CFP en 2015 à 463 millions de francs CFP en 2019, soit près de 2 % du chiffre d'affaires total de l'OPT-NC.

c) La tarification des services de capacités de connectivité par l'OPT-NC depuis le 1er mars 2020

161. L'arrêté n° 2020-127/GNC du 4 février 2020 a modifié l'arrêté modifié n° 2019-433/GNC du 26 février 2019 portant approbation des tarifs et redevances en matière de télécommunications, qui est venu modifier les offres de services présentes dans le Titre III du catalogue de l'OPT-NC. Il a été publié au JONC le 13 février 2020 pour une entrée en vigueur des nouveaux tarifs à compter du 1^{er} mars 2020¹⁶⁴.
162. Le « catalogue de services dans le domaine des télécommunications » de l'OPT-NC introduit donc une nouvelle offre de services de capacités appelée : « Trafic réseau fédérateur » présentée comme une modification du modèle existant et consistant en la « fusion des

¹⁵⁹ Voir la page 4 du document « réponses ACNC) annexée procès-verbal d'audition du représentant de CAN'L (Annexe 303, cote 3 459).

¹⁶⁰ Voir la page 4 du procès-verbal d'audition du représentant de Nautile (Annexe 68, cote 734).

¹⁶¹ Voir la page 3 du procès-verbal d'audition du représentant de Telenet (Annexe 46, cote 588).

¹⁶² Voir la répartition du chiffre d'affaires de l'OPT-NC en 2019 au paragraphe 38 de la présente décision.

¹⁶³ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC, Annexe 83 cote 841.

¹⁶⁴ Voir l'annexe à l'[arrêté n°2020-127 du 4 février 2020](#) portant modification de l'arrêté n° 2019-433/GNC du 26 février 2019 approuvant les tarifs et redevances de télécommunication de Nouvelle-Calédonie.

capacités de trafic "international" et "local et proximisé" en une seule offre ». Cette offre permet d'acheminer du trafic entre le réseau du FAI et n'importe quel point dans le monde, indépendamment de sa localisation, ou non, en Nouvelle-Calédonie.

163. Il faut relever que cette offre tarifaire a été préparée par l'OPT-NC puis adoptée par son conseil d'administration le 19 décembre 2019¹⁶⁵. L'OPT-NC a publié un communiqué de presse le lendemain pour présenter cette évolution tarifaire¹⁶⁶, soit avant l'approbation de ces nouveaux tarifs par le gouvernement.

(i) La chronologie de la nouvelle offre de services fournis par l'OPT-NC

164. Pour mémoire, dans sa plainte, la SCCI fait valoir que : « *Le 20 décembre 2019, soit exactement 5 mois après l'annonce dans la presse du projet de câble sous-marin porté par la SCCI, et son engagement à faire baisser les prix des communications internationales d'au moins 50%, l'OPT-NC a tenu une conférence de presse pour annoncer la mesure suivante qui constitue une atteinte grave à la concurrence : projet de fusion de certains trafics permettant ainsi une baisse de plus de 40 % sur les tarifs des capacités de trafic international et local proposées aux FAI.* »¹⁶⁷.
165. L'OPT-NC souligne dans ses observations que, contrairement à ce que laisse entendre la SCCI, la proposition d'une nouvelle offre fusionnée n'a pas été mise en place à la hâte pour contrer l'arrivée sur le marché de la SCCI annoncée dans la presse en juillet 2019, mais résulte d'une réflexion murie et structurée bien antérieure à la présentation du projet de la SCCI¹⁶⁸.
166. Selon l'OPT-NC, il a engagé une réflexion interne sur l'évolution des tarifs de l'internet fixe depuis octobre 2018 dans laquelle l'option d'une offre fusionnée entre les tarifs du trafic local et international a été évoquée¹⁶⁹. Lors du conseil d'administration du 11 janvier 2019, il a été acté qu'une réflexion sur la refonte de la tarification de l'internet était en cours¹⁷⁰ et la possibilité de fusionner l'offre locale et internationale aurait été présentée aux FAI lors d'une rencontre du 9 juillet 2019¹⁷¹ puis du 5 décembre 2019 avant son approbation par le conseil d'administration du 19 décembre 2019¹⁷² et son communiqué de presse le lendemain.
167. L'Autorité constate que le document de présentation de la réunion du 9 juillet 2019 ne permet pas d'identifier les FAI présents à cette réunion¹⁷³. En revanche, il ressort de l'audition de

¹⁶⁵ Voir l'annexe 41, cotes 543 à 563 « *Les mesures concernées, adoptées par le conseil d'administration de l'OPT-NC en sa séance du 19 décembre 2019, avant soumission pour approbation au GNC, étaient les suivantes : mesure n° 1 : évolution des offres de capacités « trafic local et proximisé » et de « trafic international » en « trafic réseau fédérateur* » ;

• *mesure n° 2 : évolution de l'offre de capacités de « trafic collecte haut débit* » ;

• *mesure n° 3 : suppression des remises individuelles* ;

• *mesure n° 4 : évolution des profils OPTimo THD* ».

¹⁶⁶ Voir la page 6 de l'annexe 7 à la saisine (Annexe 09, cote 143).

¹⁶⁷ Voir la saisine de la SCCI, annexe 1, cote 4.

¹⁶⁸ Voir la présentation des observations orales de l'OPT-NC transmise au cours de la séance (annexe 407).

¹⁶⁹ Voir l'annexe 393.

¹⁷⁰ Voir l'annexe 99 cote 976 : « *M. Philippe MAILLET explique que le modèle économique du fixe/Internet date de plus de 4 ans, et qu'il doit être repensé. L'objectif est de transférer la valeur de la bande passante (chiffre d'affaires et marge du réseau fédérateur) vers les accès (accès ADSL et Fibre OPTimo)* ».

¹⁷¹ Voir l'annexe 394 cote 3 736 « *Baisser fortement l'international et le local pour assurer la montée en débits.*

A. Possibilité de fusionner les 2 BP RF. Revoir le principe de la remise individuelle »

¹⁷² Voir l'annexe 382.

¹⁷³ Voir l'annexe 394 cote 3 736 « *Baisser fortement l'international et le local pour assurer la montée en débits.*

A. Possibilité de fusionner les 2 BP RF. Revoir le principe de la remise individuelle »

chaque FAI qu'ils n'ont eu connaissance de l'offre fusionnée qu'à compter de la réunion du 5 décembre 2019 ou postérieurement, à l'exception du représentant de la société Nautile.

168. Celui-ci a en effet indiqué que l'OPT-NC l'avait informé de la modification de ses offres de services consistant à « unifier » l'offre de trafic local et proximisé avec celle de trafic international en août/septembre 2019¹⁷⁴. Il a également confirmé que l'OPT-NC a ensuite organisé une réunion avec les FAI, le 5 décembre 2019, au cours de laquelle il a présenté les détails de sa nouvelle offre de services¹⁷⁵.
169. Les représentants des sociétés Offratel¹⁷⁶ et MLS¹⁷⁷ déclarent pour leur part avoir été informés lors de la réunion du 5 décembre 2019 alors que le représentant de la société Internet NC¹⁷⁸ n'y a pas participé.
170. Enfin, le représentant de la société Can'l¹⁷⁹ qui a participé à la réunion du 5 décembre 2019 a simplement précisé : « *Nous avons eu des réunions de présentation pour discuter d'un nouveau modèle d'internet. Nous avons parlé prix, collecte, FSI.* ». L'option d'une offre fusionnée n'a donc pas été évoquée à l'occasion de ces réunions antérieures.
171. L'élaboration d'une nouvelle offre tarifaire fusionnée en fin d'année 2019 par l'OPT-NC semble confirmer par un compte-rendu interne de l'établissement relatif à une réunion du 9 octobre 2019 avec la SCCI, aux termes duquel l'OPT-NC envisage « *la saine concurrence entre l'OPT et la SCCI* » qui passerait par « *une refonte technique du RF qui deviendrait un réseau d'accès aux services internationaux proposés par la SCCI et l'OPT (ou autres)* », comprenant « *une distinction totale de la partie domestique (LCE) des services internationaux (LCEI, capacités locales et internationales)* » .
172. Par ailleurs, l'instruction montre que les FSI, clients de l'OPT-NC, pourtant également concernés, n'ont pas été conviés à la réunion de présentation du 5 décembre 2019. A la question « *Comment en avez-vous eu connaissance ?* » posée aux clients FSI par le service d'instruction, les réponses suivantes ont été obtenues : « *des prestataires nous ont informé, lecture dans la presse* »¹⁸⁰, « *Par communication commerciale à ce jour pour des tarifs* »¹⁸¹, « *Par voie de presse* »¹⁸². D'autres, au contraire, ont été informés par leurs conseillers dédiés¹⁸³.
173. Il ressort également de l'instruction que l'OPT-NC a légèrement anticipé la mise en œuvre de la nouvelle offre tarifaire avant son approbation par arrêté par le gouvernement en proposant un « *raccordement test* » à la société Nautile dès le 3 février 2020, « *sous la forme d'un regroupement physique des capacités de trafic local et international.* »¹⁸⁴.
174. Interrogé sur la communication faite par l'OPT-NC quant à l'annonce de la nouvelle offre

¹⁷⁴ Voir la page 10 du procès-verbal d'audition du représentant de Nautile (Annexe 68, cote 740).

¹⁷⁵ Voir l'annexe 7 de la saisine de la SCCI (Annexe 09, cotes 128 à 136).

¹⁷⁶ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Offratel (Annexe 52, cote 636).

¹⁷⁷ Voir procès-verbal d'audition du représentant de la société MLS (Annexe 63, cote 682 à 690).

¹⁷⁸ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Internet NC (Annexe 46, cote 593).

¹⁷⁹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Can'l (Annexe 43, cote 576).

¹⁸⁰ Voir la réponse de la Mutuelle des fonctionnaires au questionnaire du service d'instruction (Annexe 216).

¹⁸¹ Voir la réponse du Haut-Commissariat de la République au questionnaire du service d'instruction (Annexe 213).

¹⁸² Voir la réponse d'Air Calédonie au questionnaire du service d'instruction (Annexe 207).

¹⁸³ Voir les réponses de la BCI et de la CCI-NC au questionnaire du service d'instruction (Annexes 208 et 209).

¹⁸⁴ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Nautile (page 6) (Annexe 68, cote 736).

tarifaire avant l'approbation des tarifs par le gouvernement par arrêté du 4 février 2020, le membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en charge de l'économie numérique a indiqué : « L'OPT aurait dû attendre la validation du gouvernement. Pour les tarifs de l'OPT, le gouvernement valide systématiquement les décisions du CA de l'OPT. Nous avons été mis devant le fait accompli, la direction de l'OPT sait que le gouvernement ne peut pas s'opposer à une baisse des tarifs internet alors que dans le même temps nous validons une hausse des tarifs postaux. » (Soulignement ajouté)¹⁸⁵.

(ii) *La nouvelle offre tarifaire fusionne les capacités de trafic « international » et « local et proximisé » en une seule offre pour aboutir à une baisse globale du prix des services de transmission de données de 40 % au bénéfice des seuls FAI*

- **Le contenu de la nouvelle offre tarifaire**

175. La modification du « *catalogue de services dans le domaine des télécommunications* », instaurée par l'OPT-NC et approuvée par l'arrêté n° 2020-127/GNC du 4 février 2020, concerne principalement les fournisseurs d'accès à internet sur le marché de gros et plus accessoirement les tarifs de l'OPT auprès des consommateurs bénéficiant d'une offre OPTimo sur le marché de détail.
176. Pour les professionnels, la nouvelle offre tarifaire introduit trois changements.
177. D'une part, il propose une nouvelle offre de services de capacités appelée : « *Trafic réseau fédérateur* » présentée comme une modification du modèle existant et consistant en la « *fusion des capacités de trafic « international » et « local et proximisé » en une seule offre* »¹⁸⁶. Le prix au Mb/s est dégressif par paliers, en fonction du débit total souscrit. Cette tarification avantage les clients FAI qui procèdent aux achats de capacités les plus importants.

Tableau des différentes offres de capacités de « trafic RF » depuis le 1^{er} mars 2020

Trafic réseau fédérateur Par pas de 10 Mb/s	Prix de référence du Mégabit/seconde Ethernet
<i>De 0 à 4,99 Gbits/s</i>	1.700 F HT soit 1.802 F TTC
<i>5 Gbits/s à 9,99 Gbits/s</i>	1.600 F HT soit 1.696 F TTC
<i>10 Gbits/s à 19,99 Gbits/s</i>	1.450 F HT soit 1.537 F TTC
<i>20 Gbits/s à 29,99 Gbits/s</i>	1.300 F HT soit 1.378 F TTC
<i>A partir de 30 Gbits/s</i>	1.100 F HT soit 1.166 F TTC

178. L'annexe à cet arrêté précise qu'« *à compter du 1^{er} mars 2020, les capacités de « trafic local et proximisé » et de « trafic international » ne sont plus commercialisées. Aucun changement de titulaire ne sera autorisé passée cette date. Les clients existants de ces offres pourront continuer à souscrire à des augmentations ou des baisses de capacités pour ces trafics sur la*

¹⁸⁵ Voir le procès-verbal d'audition du membre du GNC en charge de l'économie numérique Monsieur Gygès (page 5) (Annexe 40, cote 541).

¹⁸⁶ Voir l'[arrêté n°2020-127 du 4 février 2020](#) portant modification de l'arrêté n° 2019-433/GNC du 26 février 2019 approuvant les tarifs et redevances de télécommunication de Nouvelle-Calédonie et son annexe.

base des offres telles que présentées dans le présent catalogue. »¹⁸⁷.

179. D'autre part, il propose une évolution de l'offre de capacités de « trafic collecte haut débit ». Les tarifs baissent de 36 %, passant ainsi pour le forfait initial de 1 Gb/s à une redevance mensuelle de 440.000 F.CFP HT (contre 690.000 F.CFP HT précédemment) et, au-delà de 1 Gb/s, à 44.000 F.CFP HT par palier de 100 Mb/s (contre 69.000 F.CFP HT précédemment).
180. Enfin, il supprime le dispositif de remises individuelles antérieur accordées aux FAI sur les trafics internationaux et internes. Il faut néanmoins constater que la tarification dégressive au volume revient à accorder une remise tarifaire en faveur des plus gros utilisateurs.
181. Pour les consommateurs, l'arrêté n° 2020-127/GNC du 4 février 2020, modifie la tarification applicable aux clients bénéficiant des offres OPTimo.
182. Ainsi, tous les clients qui bénéficiaient de l'offre OPTimo « classique » ont vu leurs débits montants et descendants théoriques augmenter pour un prix inchangé. Toutefois, cette augmentation des débits ne profite en réalité qu'aux clients OPTimo raccordés en fibre optique (soit 20 % des clients seulement), les débits théoriques maximum permis par l'ADSL étant de respectivement de 16 Mb/s et 0,8 Mb/s pour les débits descendant et montants¹⁸⁸. Pour les clients OPTimo THD¹⁸⁹, le prix mensuel a augmenté de 10 % en contrepartie de débits théoriques multipliés par dix¹⁹⁰.

- **Les conséquences de la nouvelle offre tarifaire fusionnée sur les clients professionnels de l'OPT-NC**

183. En premier lieu, l'Autorité souligne que cette nouvelle offre tarifaire conduit effectivement à fusionner deux offres tarifaires antérieurement indépendante, à savoir l'offre tarifaire relative au « trafic international » (réseau fédérateur international) d'une part et au « trafic local et proximisé » (réseau fédérateur interne) d'autre part.
184. Désormais, tous les opérateurs (FAI et FSI) devront acquérir auprès de l'OPT-NC le droit d'utiliser l'ensemble du réseau fédérateur (international, local et proximisé) à un tarif unique sans pouvoir distinguer le coût des deux prestations.
185. En deuxième lieu, l'Autorité constate que le nouveau tarif unitaire du service de capacités de « Collecte Haut débit », présenté par l'OPT-NC sous la forme d'une baisse de 36 %, aura en réalité un impact beaucoup moins important sur les FAI pour deux raisons :
 - il inclut désormais la facturation du service de collecte sur les clients des FAI en accès fibre (FFTH)¹⁹¹, ce qui représente 40 % de la collecte, alors qu'avant le 1^{er} mars 2020 l'OPT-NC ne leur facturait pas ce service¹⁹² pour ce type de clientèle ;
 - il est fonction du volume de débit consommé : dès lors, toute augmentation des volumes

¹⁸⁷ *Ib idem.*

¹⁸⁸ Voir l'onglet « Informations complémentaires » de la page <https://www.opt.nc/particuliers/telephonie-fixe/avoir-internet-chez-moi>.

¹⁸⁹ Obligatoirement équipés de la fibre.

¹⁹⁰ Jusqu'à respectivement 1 Gb/s et 300 Mb/s pour les débits descendants et ascendants.

¹⁹¹ Ce sont les clients qui disposent d'un raccordement en fibre optique, par opposition à ceux qui disposent d'un raccordement par ADSL. Ces derniers représentent 40 % de la collecte ADSL (Page 6 de l'annexe 7 à la saisine. (Annexe 09, cote 143).

¹⁹² Voir la page 6 de l'annexe 7 à la saisine (Annexe 09, cote 143).

viendra compenser la baisse tarifaire unitaire proposée par l'OPT-NC.

186. Cette situation a été notamment dénoncée par le représentant de la société Can'l dans les termes suivants : « Les FAI payent la collecte au volume. Ce qui ne se fait nulle part dans le monde (...) Dans la nouvelle grille tarifaire de l'OPT pour mars 2020, la collecte FFTH (fibre optique) va être intégrée et fusionnée à la collecte ADSL, le prix global est ramené à 44 F le Méga. C'est toujours trop cher car c'est au volume. En plus, un client ADSL qui passe en fibre consomme a minima 30 % en plus (...) Si le prix de la collecte ne baisse pas, en réalité les baisses de prix sur le RFL et RFI sont compensées par l'élévation des volumes de la collecte et l'augmentation de bande passante RF. Le coût global d'achat pour les FAI ne baissera pas avec la nouvelle offre sauf à ne pas acheter plus de bande passante mais ce ne sera pas commercialement possible, sauf à perdre énormément de clients. Selon moi, cette nouvelle offre de l'OPT est décevante et ne correspond pas à une logique d'exploitation d'entreprise. C'est juste un coup de publicité pour lui mais qui ne permet pas aux FAI de baisser réellement leurs coûts. C'est un tour de « passe-passe. Il faudrait une collecte au forfait (au port) pour que cette baisse puisse être considérée comme une vraie baisse » (soulignement ajouté)¹⁹³.
187. L'Autorité constate que cette analyse est vérifiée puisque selon les propres projections de l'OPT-NC, la facture globale de la prestation de « collecte haut débit » pour les FAI ne baissera en réalité que dans une fourchette de -1% à -11% en fonction de la structure de la clientèle de chaque FAI, toutes choses égales par ailleurs¹⁹⁴, et non de -36 % comme annoncé.

Tableau de projection des factures mensuelles du service de collecte en mars 2020

« Collecte haut Débit »	Ancien catalogue en vigueur avant le 1er mars en F CFP	Nouveau catalogue en vigueur après le 1er mars en F CFP	Impact
CAN'L	7 300 000	7 200 000	-1%
MLS	5 100 000	4 850 000	-5%
Nautile	3 800 000	3 550 000	-7%
Offratel¹⁹⁵	8 800 000	8 700 000	-1%
Telenet	850 000	760 000	-11%
Total	25850000	25060000	-3%

Source : OPT-NC

188. En troisième lieu, selon les projections de l'OPT-NC¹⁹⁶, cette nouvelle offre tarifaire reste très intéressante pour les FAI qui devraient voir baisser leur facture mensuelle relative au « trafic réseau fédérateur » de 40 à 50 %, toutes choses égales par ailleurs¹⁹⁷, comme le montre le tableau ci-après.

¹⁹³ Voir l'Annexe 43 cotes 574-575.

¹⁹⁴ Voir l'Annexe 121, cote 1287 à 1288).

¹⁹⁵ Rectification d'une erreur matérielle : le mot « Offretel » est remplacé par le mot « Offratel »

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Par rapport à ce qu'elle était précédemment pour le trafic international et le trafic local et proximisé.

Tableau de projection des factures mensuelles des services de capacités trafic international et trafic local et proximisé (« trafic réseau fédérateur »)

Total trafics international + local et proximisé	Facture mensuelle projetée en mars 2020 selon le catalogue en vigueur avant le 1er mars en F CFP	Facture mensuelle projetée en mars 2020 selon le catalogue en vigueur après le 1er mars en F CFP	Impact
CAN'L	25 300 000	15 300 000	-40%
MLS	29 900 000	15 100 000	-49%
Nautile	18 800 000	10 600 000	-44%
Offratel¹⁹⁸	45 100 000	26 700 000	-41%
Telenet	2 700 000	1 550 000	-43%
Total	121 800 000	69 250 000	-43%

Source : OPT-NC

189. L’Autorité confirme cette baisse moyenne mais constate toutefois que la baisse moyenne de la facture mensuelle des FAI recouvre une évolution très différente des prix moyens au Mb/s selon la destination du trafic (selon qu’il s’agit d’un trafic local et proximisé ou d’un trafic international), comme le montre le tableau ci-après.

Tableau sur l’évolution du prix moyen du Mb/s au 1er mars 2020

Par mois en F CFP HT	Tarif moyen du Mb/s avant le 1^{er} mars 2020	Tarif moyen du Mb/s du « trafic réseau fédérateur »	Evolution
Trafic local et proximisé	1 200	1 420	+18 %
Trafic international	6 309	1 420	-77 %
Trafic local + international	2 730	1 420	-48 %

Source : OPT-NC¹⁹⁹

190. En conclusion, la baisse globale du prix du trafic correspond à une baisse significative du service de capacités sur le trafic international (-77 %) mais est assortie d’une forte hausse sur le trafic local et proximisé (+18%), comme l’a dénoncé la SCCI dans sa plainte.
191. Dans ses observations transmises du 30 avril 2020, l’OPT-NC indique que : « *Contrairement aux affirmations de la SCCI, la baisse des prix proposée dans cette offre fusionnée est parfaitement en ligne avec les baisses de prix que l’OPT-NC propose régulièrement au*

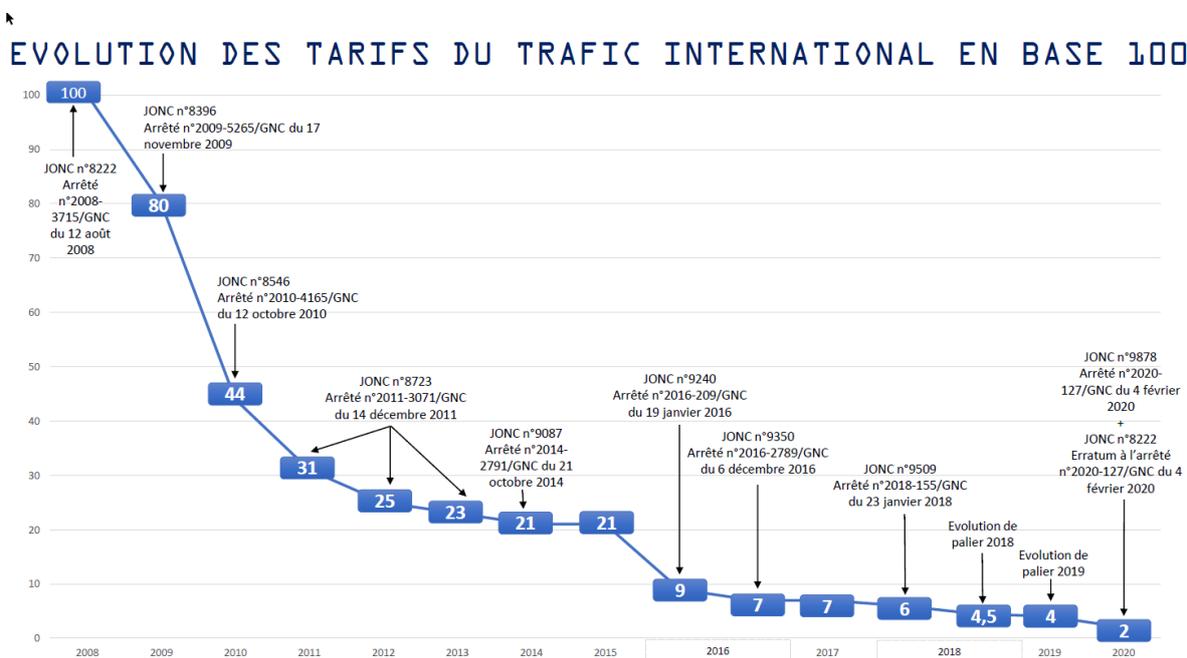
¹⁹⁸ Rectification d’une erreur matérielle : le mot « Offretel » est remplacé par le mot « Offratel »

¹⁹⁹ Voir l’annexe 7 de la saisine de la SCCI (Annexe 9) et le rapport du GNC accompagnant l’arrêté (Annexe 41, cotes 543 à 563).

bénéfice des internautes calédoniens depuis de nombreuses années. »²⁰⁰.

192. Pour appuyer son propos, l'OPT-NC produit le graphique *infra* illustrant l'évolution du tarif des capacités internationale depuis 2008.

Évolution des tarifs du trafic international en base 100 depuis 2008²⁰¹



Source : OPT-NC

193. Ce graphique, dont la base 100 correspond à un tarif de 137 000 F.CFP HT le Mb/s en 2008, appelle plusieurs remarques.

194. D'abord, les deux derniers points présentés sur ce graphique sont imprécis. Comme rappelé *supra*, au 1^{er} mars 2020, le tarif du Mb/s s'établit à 1 420 F.CFH HT, soit 1,036 dans la base 100 utilisée par l'OPT-NC et non 2 comme présenté sur le graphique. De même, au 1^{er} octobre 2019, le tarif du Mb/s s'établissait à 6 309 F.CFP HT soit 4,6 dans cette même base 100 et non 4 comme présenté²⁰².

195. Ensuite, le choix de l'OPT-NC de présenter un graphique remontant jusqu'à l'année 2008 a pour effet « d'écraser » les variations intervenant sur les dernières années, notamment entre 2016 et 2020 pour montrer que la baisse du 1^{er} mars 2020 s'inscrit dans une logique de continuité de baisses massives et régulières. Pourtant, les baisses constatées entre 2016 et 2019 (passant de 9 à 4,6) sont, en valeur réelle, très inférieures à celles qui sont présentées dans le graphique pour les années précédentes, en particulier celles intervenues entre 2012 et 2016 (passant de 25 à 9) et plus encore entre 2008 et 2012 (passant de 100 à 25).

196. Enfin, en valeur relative, la baisse de 77 % du tarif du Mb/s international intervenue au 1^{er} mars 2020, est la plus importante jamais observée sur la période 2008-2020. À titre de comparaison, la deuxième baisse la plus importante sur cette même période n'est que de

²⁰⁰ Voir la page 17 des observations de l'OPT-NC en date du 30 avril 2020 (Annexe 317, cote 3 877).

²⁰¹ Voir l'annexe 11 des observations de l'OPT-NC en date du 30 avril 2020 (Annexe 328, cote 3 950).

²⁰² $(1\,420/137\,000) \times 100 = 1,036$ et $(6\,309/137\,000) \times 100 = 4,6$.

57 %²⁰³ et, sur la période 2008-2019, la baisse moyenne annuelle n'était que de 24 %.

197. En conclusion, l'Autorité constate que la baisse des tarifs du réseau fédérateur intervenue au 1^{er} mars 2020 est trois fois supérieure à la baisse moyenne observée sur la période 2008-2019 et constitue une rupture dans la politique tarifaire de l'OPT-NC.
198. En quatrième lieu, l'Autorité souligne que cette nouvelle offre tarifaire ne s'adresse qu'aux FAI mais ne profite pas aux FSI (clients grands comptes) car ils ne souscrivent pas à l'offre de collecte²⁰⁴.
199. Il est ainsi mentionné dans le rapport au gouvernement qui accompagne le projet d'arrêté qu'« *il est proposé de figer le palier de l'offre de « trafic international » sur le niveau de consommation constaté au 29 février 2020* », pour ce qui concerne « *les clients non éligibles à souscrire aux capacités de trafic réseau fédérateur* » (que sont les FSI qui ne souscrivent pas au produit « Collecte »), tout en leur permettant « *de continuer à souscrire à des augmentations de capacités pour ces trafics [trafic local et proximisé et trafic international] sur la base des offres telles que présentées au catalogue des tarifs des services de télécommunications de l'OPT-NC* »²⁰⁵.
200. La mise en œuvre de la nouvelle offre fusionnée s'accompagne, en effet, de l'arrêt de la commercialisation des précédentes offres de l'OPT-NC « trafic local et proximisé » et « trafic international ». Les FSI qui possèdent déjà une offre de connexion directe avec l'OPT-NC (sans passer par les FAI) pourront la conserver, mais au tarif en vigueur au 29 février 2020, c'est-à-dire qu'ils ne pourront pas bénéficier de la baisse tarifaire du 1^{er} mars 2020.
201. La concurrence entre l'OPT-NC et les FAI ayant la capacité de pouvoir prendre en charge des clients professionnels a d'ailleurs été critiquée par certains FAI, considérant être nécessairement lésés par rapport à l'OPT-NC qui ne facture pas l'offre « collecte » aux FSI. Ainsi, le représentant de la société Can'L déclare : « *Le nombre de clients grands comptes s'est réduit aujourd'hui chez CAN'L car l'OPT, en ouvrant aux FSI l'accès direct à son RF et aux liaisons spécialisées (à des tarifs égaux ou inférieurs aux nôtres) nous a rendu non-compétitifs vis-à-vis de ces clients. Les FSI bénéficient des paliers faits pour les FAI, alors qu'ils n'ont pas les coûts de fonctionnement d'un FAI. (...) S'agissant des liaisons spécialisées, en tant que FAI nous devons acheter à l'OPT-NC l'accès au réseau. (...) Nous payons la collecte mais quand l'OPT-NC connecte directement les FSI, eux ne paient pas la collecte. (...). Nous avons eu des échanges à ce sujet avec l'OPT-NC pour manifester notre mécontentement.* »²⁰⁶.
202. Interrogé à ce sujet, le représentant de la société Télénet a indiqué : « *Je ne connais pas trop ce domaine mais je sais que mes confrères s'en plaignent, ils ne sont pas contents que l'OPT vende directement aux entreprises. Ce serait intéressant pour eux de récupérer ce marché qui représente quelques centaines de millions de F. CFP* »²⁰⁷.

²⁰³ Modification tarifaire introduite par l'arrêté n°2016-209/GNC du 19 janvier 2019.

²⁰⁴ Les FSI n'utilisent pas l'offre de collecte car, à la différence des FAI, ils ne possèdent pas de clients dont le trafic doit être acheminé.

²⁰⁵ Voir le rapport au GNC accompagnant l'arrêté (page 5) (Annexe 41, cote 548).

²⁰⁶ Voir le procès-verbal d'audition du directeur d'exploitation de la société CAN'L, en date du 14 février 2020, p.4 (annexe 43, cotes 567 à 578).

²⁰⁷ Voir procès-verbal d'audition du représentant de la société MLS (Annexe 63, cote 682 à 692).

203. Interrogés par le service d’instruction, certains FSI envisagent de prendre du recul afin de vérifier l’intérêt de se tourner vers des FAI²⁰⁸ tandis que d’autres ont confirmé être dans une situation de clients captifs à l’égard de l’OPT-NC pour des raisons tenant à la qualité de service ou à leurs infrastructures qui les conduisent à maintenir une connexion directe au réseau fédérateur de l’OPT.
204. Ainsi, le directeur de la direction technique des services d’information (DTSI) de la Nouvelle-Calédonie a déclaré à propos de la nouvelle offre tarifaire du 1^{er} mars 2020 : « *La DTSI est un des plus gros FSI de l’OPT (...) Les FSI vont payer plus cher que les FAI la bande passante dont ils auront nécessairement besoin (la tendance est à l’augmentation des besoins en bande passante). Cela pourrait conduire certains FSI à se tourner vers les FAI. (...)* ». S’agissant de l’impact financier pour la DTSI, il a répondu : « *Pas d’impact direct. Mais si à l’avenir la DTSI veut acheter de la bande passante, elle la payera beaucoup plus cher que les FAI* ». Il a néanmoins ajouté : « *La QoS [qualité de service] proposée par un FAI ne pourra pas être équivalente à celle proposée par l’OPT étant donné qu’ils constituent un maillon supplémentaire (il s’agit d’un intermédiaire supplémentaire). Tout maillon est un risque et tout maillon supplémentaire est un risque supplémentaire. La DTSI a déjà été démarchée par un FAI, sans succès. En l’état actuel de nos installations [...] les FAI ne peuvent donc pas être compétitifs sur nos débits* »²⁰⁹.
205. De la même manière, le responsable informatique de la CCI-NC a indiqué : « *Nous n’avons pas souscrit à cette offre. Cela aura un impact sur nos investissements car nous ne pourrions pas bénéficier de cette réduction théorique de 40 % sauf à passer par un FAI, cela aurait un impact sur la qualité de liaison (un intermédiaire supplémentaire) et nécessiterait des investissements supplémentaires pour adapter notre infrastructure de liaison (...) Je trouve regrettable de ne pas pouvoir bénéficier de la nouvelle grille tarifaire alors que nous sommes une institution avec des missions publiques (...) La CCI préférerait au titre de ses missions rester directement connecter au RF OPT en bénéficiant de la même future grille tarifaire que les FAI.* »²¹⁰.
206. Au cours de la séance, les représentants de l’OPT-NC ont confirmé avoir eu des réunions avec les FAI et s’être mis d’accord pour que l’OPT-NC quitte le marché de la vente au détail des FSI au bénéfice des FAI à la suite de la nouvelle offre tarifaire.
207. L’Autorité considère que cette déclaration est susceptible, en elle-même, de présumer l’existence d’une entente anticoncurrentielle visant à une répartition de clientèle entre l’OPT-NC et les FAI qu’il conviendra de vérifier dans le cadre d’une enquête complémentaire du service d’instruction.
208. Un document émanant de l’OPT-NC intitulé : « *OPT PRO ça vous concerne !* » confirme en tout état de cause que l’OPT-NC a invité ses clients FSI à s’orienter vers les nouvelles offres des FAI à compter du 1^{er} mars 2020 : « *Chère cliente, cher client, L’OPT vous informe que votre offre d’Accès au Réseau Fédérateur (offre RF) va évoluer au 1^{er} mars 2020 (...) L’évolution de l’offre RF permettra aux FAI de mieux répondre à vos besoins et attentes en matière de connexions THD Fixe (...) Vos raccordements existants en THD Fixe passeront automatiquement à un débit maximum de 100 Mb/s à compter du 1^{er} mars 2020. Passée cette date, vous pourrez continuer à ajuster vos capacités sur les trafics International et Local sur*

²⁰⁸ Voir les réponses au questionnaire du service d’instruction (Annexes 207 à 221).

²⁰⁹ Voir le procès-verbal d’audition du directeur de la DTSI (Annexe 80 cotes 822-824).

²¹⁰ Voir la réponse au questionnaire du service d’instruction du responsable informatique de la CCI-NC (Annexe 209, cote 2 817 à 2 819).

la base des offres telles que présentées au catalogue des tarifs des services de télécommunications de l'OPT-AC*** » avec au bas de la page la mention : « À compter du 1^{er} mars 2020 : - le changement de titulaire et la souscription à des nouveaux raccordements ne seront plus possibles ; - les tarifs du trafic International et du trafic Local ne feront plus l'objet d'évolution » (Soulignement ajouté)²¹¹.

- **Les conséquences de la nouvelle offre tarifaire fusionnée sur les consommateurs**

209. À ce stade, il ressort de l'instruction et notamment des auditions des FAI, qu'aucun des FAI n'a souhaité répercuter cette baisse sur les prix de ses offres aux consommateurs privilégiant en revanche l'augmentation des débits offerts pour le même tarif, améliorant ainsi le rapport qualité / prix.
210. Selon le représentant de la société Nautile : « La société Nautile propose une offre « à volonté » à 5.000 F CFP par mois et ne modifiera pas cette offre suite à la nouvelle offre de l'OPT qui sortira le 1er mars 2020. »²¹².
211. Le représentant de la société MLS a quant à lui indiqué : « pour le même montant, nous pourrions leur acheter plus de bande passante. Nous allons répercuter intégralement ces baisses dans l'achat de bande passante. »²¹³.
212. Le représentant de la société Offratel a précisé : « nous allons devoir faire une refonte de nos offres [...]. Les capacités vont augmenter pour les consommateurs. [...]. Pour le consommateur, c'est un meilleur rapport qualité prix. »²¹⁴.
213. Enfin, le représentant de la société Telenet a lui aussi confirmé que : « Avec la nouvelle offre, InternetNC va pouvoir augmenter ses débits »²¹⁵.
214. Le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes* a également consacré un article à l'évolution des offres des FAI, daté du 12 mars 2020 et intitulé : « Les fournisseurs d'accès internet locaux adaptent leurs offres », dans lequel il indique que les FAI calédoniens ont tous choisi d'augmenter les débits fournis sans modifier (ou à la marge) leurs tarifs²¹⁶.
215. Les services du Haut-Commissaire ont indiqué pour leur part que : « Dans l'absolu toute baisse de tarif est bienvenue, plusieurs administrateurs ont toutefois souligné [dans le cadre du conseil d'administration de l'OPT-NC du 29 décembre 2020] que la baisse était destinée aux FAI et qu'il serait nécessaire qu'il y ait une répercussion sur les internautes. La position du Haut-Commissariat est surtout d'équilibre avec les tarifs postaux dont la tendance est à l'augmentation ».
216. Interrogé sur l'annonce par l'OPT-NC d'une « baisse moyenne estimée à moins 40% » de ses tarifs, le membre du gouvernement en charge de l'économie numérique a indiqué : « Pour ce qui nous concerne, on nous a présenté un projet de baisse tarifaire sur l'internet et une hausse des tarifs postaux, nous avons validé cette orientation. Vous me dites que ce n'est pas ce qui ressort de l'instruction, c'est gênant car le gouvernement veut faire baisser les prix à

²¹¹ Voir la retranscription de ce document dans le procès-verbal d'audition du directeur de la DTSI (Annexe 80 cote 824)

²¹² Voir la page 4 du procès-verbal d'audition du représentant de la société Nautile (Annexe 68, cote 734).

²¹³ Voir la page 8 du procès-verbal d'audition du représentant de la société MLS (Annexe 63, cote 690).

²¹⁴ Voir la page 7 du procès-verbal d'audition du représentant de la société Offratel (Annexe 52, cote 637).

²¹⁵ Voir la page 6 du procès-verbal d'audition du représentant de la société Telenet (Annexe 46, cote 591).

²¹⁶ Voir l'annexe 310, cotes 3 804 à 3 806.

destination du consommateur. Ça nous a été vendu comme cela, nous n'avons pas été à ce niveau de détail et personne ne nous a alerté »²¹⁷.

217. Interrogés plus largement sur l'évolution de leur offre et de leurs tarifs depuis dix ans, les représentants des FAI ont tous indiqué au cours de leur audition qu'ils privilégiaient l'augmentation des capacités au bénéfice des consommateurs à chaque baisse de prix de l'OPT-NC même si leurs offres tarifaires ont pu évoluer à la baisse. Certains ont apporté les précisions suivantes :

– pour la société Can'l « *en dehors de l'offre de télévision mise en place en 2012, les offres ont évolué dans leur contenu pas en termes de prix. L'évolution s'est faite par l'augmentation des débits. Le débit a été multiplié par 60 pour un prix similaire. Notre charge OPT ne baisse pas car le besoin exponentiel de bande passante nous contraint, à chaque baisse de l'OPT, à augmenter les achats de bande passante à l'OPT pour satisfaire nos clients »²¹⁸ ;*

– pour la société Telenet : « *mes offres ont toujours été de ce type, c'est-à-dire une seule offre en illimité. Son prix a varié d'environ 6 000 F CFP/mois à environ 5 000 F CFP/mois »²¹⁹ ;*

– pour la société MLS : « *Sur les dix dernières années, nos offres ont toujours été à la baisse. Nous baissions parfois les prix, mais ce que les clients attendent surtout c'est plus de bande passante »²²⁰.*

2. Le refus opposé par l'OPT-NC aux demandes d'interconnexion au réseau formulées par la SCCI

218. La mise en œuvre du projet de la SCCI visant à créer un câble sous-marin international relié à celui de la société Hawaïki à partir du territoire de la Nouvelle-Calédonie jusqu'à Sydney pour offrir des services de capacités de connectivité internationale implique que l'OPT-NC accorde à la SCCI un accès à son réseau fédérateur intérieur (ou domestique). La SCCI doit donc construire une ou plusieurs stations d'atterrage (une à Nouville à Nouméa et l'autre à l'île des Pins dans son projet) et conclure une convention d'interconnexion avec l'OPT-NC.

219. Sur ce sujet, le représentant de la société Hawaïki a déclaré : « *Le câble est constitué de la partie marine et de la partie terrestre avec une station de câble, une à Nouville et une à l'île des Pins. Nous pouvons louer de l'espace auprès du data center de Nouville si l'OPT acceptait de nous accueillir. Une fois dans la station, il faut que nos clients puissent accéder à nos services. Cette partie relève du monopole de l'OPT, il faudra qu'il accepte que les clients qui veulent acheter de la capacité auprès de la SCCI puissent accéder au réseau de la SCCI. Il faut un accord d'interconnexion entre la SCCI et l'OPT. Mais nous n'avons pas de réponse de l'OPT »²²¹.*

220. Le représentant de la SCCI a indiqué que le nouveau câble pourrait être connecté « *via un point d'interconnexion au réseau fédérateur. La SCCI a demandé à l'OPT les prix qu'il serait*

²¹⁷ Voir le procès-verbal d'audition du membre du GNC en charge de l'économie numérique (Annexe 40, cote 541).

²¹⁸ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Can'l (Annexe 43, cote 572).

²¹⁹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Telenet (Annexe 46, cote 589).

²²⁰ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société MLS (Annexe 63, cote 686).

²²¹ Voir le procès-verbal d'audition du Directeur général de la société Hawaïki, annexe 274, cote 3278.

susceptible de lui proposer pour aller du point d'interconnexion jusqu'à ses clients »²²².

221. Le représentant de la société Offratel a confirmé que : « C'est l'OPT qui y accède et nous revend la capacité internationale que nous avons commandée. Si la SCCI mettait son câble, nous pourrions acheter l'international en direct ». Il a ajouté que : « de toute façon, la SCCI devra forcément être connectée au réseau de l'OPT pour que nous ayons accès à ses offres. Si l'OPT refuse, la SCCI n'aura pas d'activité. »²²³. La question du raccordement de la SCCI au réseau de l'OPT est, d'après le représentant de la filiale de l'OPT-NC, « une question entre le nouvel opérateur et l'OPT. La question sera aussi de savoir à quel prix l'OPT proposerait le raccordement à la SCCI. Si le coût est trop cher, la SCCI n'aura pas d'intérêt à exploiter son câble »²²⁴.
222. La demande d'accès au réseau domestique de l'OPT-NC par la SCCI est attestée par plusieurs courriels échangés avec l'OPT-NC. Le premier, adressé par le gérant de la SCCI au président du conseil d'administration de l'OPT-NC, le 13 août 2019, établit l'existence d'une demande de rendez-vous pour une réunion axée autour de deux thèmes : i) la liaison des Iles Loyauté, ii) la question de l'atterrissage SCCI à Nouville, soit dans une station construite par la SCCI, soit en utilisant le data center de Citius²²⁵.
223. Lors de son audition, le représentant de la SCCI a précisé que deux réunions ont été organisées avec l'OPT-NC. La première s'est tenue le 9 octobre 2019 et a permis aux parties de discuter des différentes possibilités d'atterrissage à Nouville²²⁶. La seconde a eu lieu le 2 décembre 2019 et la question de l'atterrissage a également été évoquée dans les termes suivants : « Options proposées par la SCCI à l'OPT : une connectivité aux centraux OPT ; une optimisation de la redondance globales du réseau domestique en prenant en compte le réseau fibres existant ; un coût raisonnable »²²⁷.
224. Les représentants de l'OPT-NC ont confirmé la tenue de ces réunions, lors de leur audition, dans les termes suivants : « L'OPT a eu connaissance de ce projet le 9 octobre 2019. Lors de cette réunion avec la SCCI étaient présents de l'OPT : M. Fafin, le Directeur général et Mme Nadine Augros-Alberta, directrice déléguée en charge du pilotage de la stratégie. (...) Je précise qu'il y a eu une deuxième réunion le 2 décembre 2019 (...) La SCCI a souhaité rencontrer l'OPT pour savoir si l'OPT ne serait pas opposé à ce que le câble de cette société (câble Tomoo) arrive à Nouville dans le bâtiment qui appartenait à sa filiale Citius où il y a notamment un datacenter. (...) Le 2 décembre 2019, lors de la seconde réunion la SCCI a indiqué à l'OPT ne pas avoir eu de retour du gouvernement sur son autorisation. (...) »²²⁸.
225. Concernant l'issue de ces discussions avec la SCCI, ils ont déclaré : « En clair, la SCCI a demandé à l'OPT le raccordement de leur câble sous-marin au câble de l'OPT. L'OPT a répondu qu'il transmettrait un devis mais aucun document n'a été transmis. » (Soulignement ajoutés)²²⁹.

²²² Voir le procès-verbal d'audition du gérant de la SCCI, en date du 3 février 2020, annexe 18, cote 233.

²²³ Voir le procès-verbal d'audition du Directeur général de la société Offratel, annexe 52, cote 636.

²²⁴ *Ib idem* cote 638.

²²⁵ Voir le courriel du 13-08-2019 de M. Holz à M. Lecourieux, annexe 243, cote 3052.

²²⁶ Voir le compte-rendu de la réunion SCCI-OPT-NC du 9 octobre 2019, annexe 184, cotes 2366 à 2399.

²²⁷ Voir le fichier Workshop SCCI-OPT-NC 2 décembre 2019, annexe 185, cotes 2400 à 2428.

²²⁸ Voir le procès-verbal d'audition du secrétaire général de l'OPT-NC, annexe 83, cote 848-849.

²²⁹ *Ib idem*.

II. Discussion

226. Pour mémoire, la SCCI reproche à l'OPT-NC d'avoir mis en œuvre des pratiques d'abus de position dominante au sens de l'article Lp. 421-2 du code de commerce sur le marché de gros des capacités de connectivité internationale haut débit, marché qui n'entrerait pas dans le champ du monopole réglementaire de l'OPT-NC mais sur lequel ce dernier serait en situation de monopole de fait. Elle demande, à titre accessoire, le prononcé de plusieurs mesures conservatoires (voir *supra*, paragraphes 1 à 16).
227. L'article Lp. 464-1 du code de commerce dispose que : « *L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut, à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article Lp. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, 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 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 ».*
228. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, des mesures conservatoires peuvent être décidées « *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* »²³⁰.
229. L'Autorité ne peut donc examiner le bien-fondé de la demande de mesures conservatoires de la SCCI (B) que si la saisine au fond est recevable (A).

A. Sur la recevabilité de la saisine

230. L'article Lp. 462-8 du code de commerce prévoit que : « *L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article Lp. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence* ».
231. L'article Lp. 410-1 du code de commerce soumet aux règles définies au titre II du livre IV du code de commerce, consacré aux pratiques anticoncurrentielles, « *toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».
232. L'Autorité a déjà rappelé que les dispositions de cet article consacrent la vocation généraliste du droit de la concurrence, qui est applicable à toute entité exerçant une activité de production, de distribution ou de service, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique. En effet, la seule

²³⁰ Voir Cour de cassation, arrêt du 8 novembre 2005, Neuf Télécom, n° 04-16857.

condition posée est que cette entité qui exerce une activité économique dispose d'une autonomie commerciale et de gestion pleine et entière, c'est-à-dire qu'elle soit capable de se comporter comme un opérateur indépendant²³¹. Le statut public ou privé de l'entité exerçant une activité économique est indifférent pour l'application du droit de la concurrence et il peut s'agir d'un établissement public à caractère industriel et commercial²³².

233. L'article Lp. 410-2 du code de commerce précise que : « *Sauf dispositions spécifiques, les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Cette règle s'applique à tous les stades, de la production à la distribution* ».
234. Comme vu *supra*, le secteur des télécommunications en Nouvelle-Calédonie est réglementé. Les activités qui relèvent du « service public des télécommunications » défini par l'article 221-2 du code des postes et télécommunications (CPTC), ayant valeur réglementaire, sont confiées à l'OPT-NC qui propose les tarifs de ses activités à son Conseil d'administration et qui sont approuvés par arrêté du gouvernement.
235. En l'espèce, pour apprécier la recevabilité de la saisine au fond de la SCCI, il convient donc, dans un premier temps, de vérifier si les pratiques dénoncées sont mises en œuvre par l'OPT-NC sur un marché n'entrant pas dans le champ des activités relevant du « service public des télécommunications », c'est-à-dire sur un marché ouvert à la concurrence (1).
236. Dans un deuxième temps, il conviendra d'apprécier si l'Autorité de la concurrence est compétente pour apprécier les pratiques de l'OPT-NC en vérifiant si elle les a mises en œuvre dans le cadre de prérogatives de puissance publique (auquel cas seul le juge administratif serait compétent pour examiner ces pratiques) ou si ces pratiques sont détachables des prérogatives de puissance publique de l'OPT-NC et entrent dans le champ de compétence de l'Autorité (2).
237. Dans un troisième et dernier temps, compte tenu des arguments soulevés par l'OPT-NC dans ses observations, l'Autorité vérifiera si la SCCI bénéficie d'un intérêt à agir devant elle (3).

1. Sur l'existence d'un marché de gros des capacités de connectivité internationale haut débit ouvert à la concurrence en Nouvelle-Calédonie

a) Sur la définition des marchés pertinents dans le secteur des télécommunications

(i) La pratique décisionnelle en métropole et dans les départements d'outre-mer

238. Selon la SCCI, au regard de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, l'OPT-NC se trouverait en situation de monopole de fait sur « *le marché des offres de gros de services de capacité du segment interurbain, et plus précisément encore, [sur] le marché des capacités de connectivité interterritoriale à haut débit (permettant d'assurer au territoire de la Nouvelle-Calédonie une connectivité internationale avec le reste du monde)* »²³³.
239. L'OPT-NC n'a pas contesté ce point. Plus généralement, il n'a formulé aucune observation concernant la définition des marchés pertinents considérant qu'en tout état de cause il dispose

²³¹ Cette application a d'ailleurs été rappelée dans la décision n° 2020-PAC-01 de l'ACNC et dans son Avis n° 2019-A-02 sur la distribution de l'électricité (point 126).

²³² Voir la décision de l'ACNC n°2020-PAC-01 précitée et celle du Conseil de la concurrence métropolitain, n° 04-D-02 du 10 février 2004.

²³³ Voir la saisine complémentaire de la SCCI, Annexe 237 cote 2 946.

d'un « *monopole légal pour les télécommunications intérieures et extérieures en Nouvelle-Calédonie* »²³⁴.

240. La pratique décisionnelle sur la délimitation des marchés au sein du secteur des communications électroniques est fournie. L'Autorité de la concurrence métropolitaine a ainsi eu l'occasion de se prononcer à de nombreuses reprises sur le secteur des communications électroniques en métropole et dans les départements d'outre-mer (DOM). Toutefois, elle n'a pas encore eu l'occasion d'identifier « un marché de gros des capacités de connectivité internationale haut débit ».
241. Ainsi, la pratique décisionnelle distingue traditionnellement les marchés « de détail » et les marchés « de gros » dans le secteur des télécommunications, y compris dans les DOM²³⁵.
242. Les marchés de détail sont ceux sur lesquels la demande est constituée par les utilisateurs finals, c'est-à-dire les consommateurs. D'après la pratique décisionnelle, ces marchés de détail sont les suivants :
- les marchés de détail de l'accès à l'internet, en distinguant le marché de la fourniture d'accès à internet et le marché de la distribution d'accès à internet ;
 - les marchés de détail de la téléphonie mobile ;
 - et le marché de détail des services de capacités.
243. Selon l'Arcep : « *On entend par "service de capacité" tout service de transmission fourni par un opérateur de réseau ouvert au public entre deux points du réseau, caractérisée par une qualité de service élevée, une transparence suffisante aux applications transportées (i.e. l'utilisateur peut en faire usage pour transporter quasiment n'importe quel service de communications électroniques : données, voix, vidéo...) et n'incluant pas de fonction de commutation contrôlée par l'utilisateur* »²³⁶.
244. Sur le marché de détail des services de capacités, l'Autorité métropolitaine précise que la demande en services de capacités provient des entreprises et des administrations qui ont au moins deux sites et qui échangent entre leurs sites des quantités importantes de services de communications électroniques (principalement de voix et de données).
245. Les *marchés de gros* sont ceux sur lesquels interviennent les opérateurs exploitant des réseaux de télécommunications en tant qu'offreurs et les acteurs du marché de détail qui, sur ces marchés interviennent comme demandeurs et non plus en tant qu'offreurs (par exemple, les fournisseurs d'accès à internet).

²³⁴ Voir les observations de l'OPT-NC, et notamment la présentation transmise en séance (Annexe 407 page 22)

²³⁵ Voir la décision n° 19-DCC-199 du 28 octobre 2019 portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-160 et des injonctions de la décision n° 17-D-04, la décision n° 14-DCC-15 du 10 février 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de Mediaserv, Martinique numérique, Guyane numérique, et La Réunion numérique par Canal plus Overseas et la décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice.

²³⁶ Voir Décision de l'ARCEP n° 2014-0735 du 26 juin 2014 page 10.

246. S'agissant des marchés de gros des télécommunications fixes, la pratique décisionnelle identifie notamment :
- les offres d'accès à la boucle locale ;
 - et les offres de gros de services de capacités qui s'adressent soit aux opérateurs qui souhaitent proposer des offres de détail de services de capacités là où ils ne disposent pas de leur propre infrastructure, soit aux opérateurs souhaitant compléter leur propre réseau.
247. Sur ce dernier marché de gros de services de capacités, la pratique décisionnelle a sous-segmenté le marché de la manière suivante :
- les services de capacités sur le segment terminal²³⁷ ;
 - et les services de capacités sur le segment interurbain, qui lui-même est subdivisé entre :
 - le marché intraterritorial qui regroupe les routes internes à la France métropolitaine ;
 - le marché interterritorial qui couvre à la fois (i) les liaisons entre la métropole et les collectivités d'outre-mer, (ii) les liaisons entre les différentes collectivités d'outre-mer et (iii) les liaisons entre les collectivités d'outre-mer et le reste du monde²³⁸.
248. S'agissant de la délimitation géographique des marchés de détail et de gros des services de capacités, l'ARCEP considère que :
- le marché de détail est de dimension nationale²³⁹ ;
 - le marché de gros des services de capacités interurbain intraterritorial est de dimension métropolitaine ;
 - le marché de gros des services de capacités interurbain et interterritorial dépend des routes utilisées : elle distingue un marché spécifique entre la métropole et chaque DOM (ex : Métropole-Martinique) et un marché spécifique entre les différentes DOM (ex : Martinique-Guyane). Elle se réfère aux lignes directrices de la Commission européenne pour déterminer la dimension géographique du marché en tenant compte de deux critères : le territoire couvert par les réseaux et l'existence d'instruments juridiques conduisant à distinguer différentes zones.

²³⁷ Le marché de services est identifié comme étant : « *Les offres de gros de capacités sur le segment terminal [qui] permettent à un opérateur de raccorder les points de présence (« POP ») de son réseau à deux types de sites: (i) des sites de clients finals professionnels, entreprises ou administrations pour leur fournir des services de détail (notamment services de capacité de détail) là où l'opérateur ne dispose pas de sa propre infrastructure ; (ii) des éléments de réseau distants en vue de compléter son propre réseau ou le réseau d'un opérateur client. Ces raccordements dédiés peuvent être proposés sur la boucle locale cuivre ou fibre optique. La prestation comprend notamment la transmission des données sur le raccordement dédié. Elles peuvent être construites sur différentes interfaces (interfaces traditionnelles ou alternatives type Ethernet)* » Voir la décision n°14-DCC-160 points 43-44.

²³⁸ Voir la décision de l'Autorité métropolitaine n° 14-DCC-15 précitée (paragraphe 66 et suivants) et, également, la décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 qui sanctionne un abus de position dominante de France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM.

²³⁹ Voir la décision de l'ARCEP n° 2010-0402 du 8 avril 2010 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateur exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

(ii) L'appréciation au cas d'espèce

249. En l'espèce, il ressort de l'instruction que la délimitation des marchés retenues en métropole s'agissant de la segmentation des marchés de détail et des marchés de gros des services de capacités de connectivité est transposable au territoire de la Nouvelle-Calédonie.
250. A l'instar de la pratique décisionnelle métropolitaine, il convient de distinguer au sein du marché de gros des services de capacités interurbain :
- le marché de gros des services de capacités intraterritorial qui comprend la transmission de communications électroniques sur le marché intérieur de la Nouvelle-Calédonie, ci-après dénommé « marchés de gros des services de capacités de connectivité intérieure » qui inclut la transmission de communications électroniques sur la Grande-Terre, l'île des Pins et les îles Loyauté. L'OPT-NC est actuellement le seul opérateur intervenant en tant qu'offreur sur ce marché en tant que propriétaire de toutes les infrastructures de télécommunications intérieures (boucle locale et câble *Picot*). Ses clients sont les FAI.
 - le marché de gros des services de capacités interterritorial, ci-après dénommé « marché de gros des services de capacités de connectivité internationale » qui comprend les services de transmission de communications électroniques extérieures à la Nouvelle-Calédonie, qu'elles soient ascendantes ou descendantes vers le reste du monde, principalement par câble sous-marin et de façon plus résiduelle par satellites. L'OPT-NC est actuellement le principal opérateur intervenant en tant qu'offreur sur ce marché en tant que propriétaire de toutes les infrastructures de télécommunications internationales (câble *Gondwana 1*) à l'exception de liaisons satellitaires de secours qu'il loue. Ses clients sont les FAI.
251. Sur le marché de détail des services de capacités de connectivité internationale, l'OPT-NC et les FAI interviennent en tant qu'offreurs sur l'ensemble du territoire calédonien auprès des professionnels (FSI) et/ou des particuliers consommateurs.
252. En l'espèce, les pratiques dénoncées seraient mises en œuvre sur le marché des services de capacités de connectivité internationale « à haut débit » par l'intermédiaire d'un câble sous-marin qu'il conviendrait de distinguer des services capacités de connectivité internationale par support satellitaire en particulier (à bas débit).
253. L'Autorité constate en effet que tous les acteurs interrogés s'accordent à considérer que les services de capacités de connectivité internationale par satellite et par câble sous-marin ne sont pas substituables ni en termes de prix ni en termes de qualité de service, raison pour laquelle il apparaît absolument nécessaire de sécuriser le câble *Gondwana 1*. En outre, les opérateurs intervenants sur ces deux segments de marché sont différents : seul l'OPT-NC propose actuellement des services de capacités de connectivité internationale à haut débit par l'intermédiaire du câble *Gondwana 1* alors que plusieurs opérateurs peuvent proposer des capacités de connectivité internationale par satellite, sous réserve de disposer d'une autorisation d'émettre des fréquences (voir les paragraphes 84-100).
254. Dans ces conditions, l'Autorité considère que le marché pertinent en l'espèce est le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit, lequel connaît la même segmentation qu'en métropole entre le marché de gros et le marché de détail.

b) Sur l'étendue du monopole réglementaire de l'OPT-NC au regard de la définition des marchés pertinents

255. La SCCI considère que le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit est un marché concurrentiel, c'est-à-dire qu'ils n'entreraient pas dans le champ du monopole réglementaire de l'OPT-NC tel que défini par les délibérations du congrès n° 51/CP du 23 octobre 2000 (statuts de l'OPT-NC) et n° 236 du 15 décembre 2006 instaurant le code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (CPTNC).
256. Si l'OPT-NC ne conteste pas la définition du marché pertinent, il s'oppose fermement à la SCCI considérant que l'ensemble des textes passés ou en vigueur actuellement lui confère un monopole « légal » sur l'ensemble des infrastructures et services de télécommunications (ou communications électroniques) intérieures et internationales. Il ajoute que *« la demande de mesures conservatoires de la SCCI vise à voir créer par l'Autorité une situation concurrentielle contra-legem, ce qui ne relève pas de la compétence de l'Autorité mais de celle du congrès »*²⁴⁰.
257. Au soutien de son argumentation, l'OPT-NC considère que le décret n° 56-1229 du 3 décembre 1956 qui confère aux offices locaux de l'outre-mer le statut d'EPIC (article 1^{er}) et qui *« exercent à cet effet les monopoles postal, télégraphique et téléphonique tels qu'ils résultent des textes en vigueur »* (article 7), ayant une valeur légale en vertu de la décision du Tribunal des conflits du 17 juin 1991, serait toujours en vigueur et justifierait l'existence d'un monopole « légal » de l'OPT-NC²⁴¹ sur l'ensemble des télécommunications intérieures et extérieures, étant donné le transfert des compétences de l'État (en matière de télécommunications extérieures) opéré par le 7° de l'article 22 de la loi organique de 1999 précitée.
258. La SCCI soutient pour sa part que l'abrogation du décret de 1956 résulterait implicitement du transfert de compétences intervenu, aux termes de la loi-organique n° 99-209 du 19 mars 1999, entre l'État et la Nouvelle-Calédonie et de l'adoption de la délibération du congrès n° 236 du 15 décembre 2006 qui ne vise pas, dans le champ des activités de service public dont la mise en œuvre est confiée à l'OPT-NC, les services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin. S'appuyant sur un arrêt du Conseil d'État du 16 décembre 2005, il souligne que *« un texte (loi comme règlement), qui devient inconciliable avec un autre texte, adopté postérieurement, doit être considéré comme implicitement abrogé par ce dernier »*. Il ajoute que, même à considérer que ce décret soit toujours en vigueur, son article 7 n'institue pas un monopole téléphonique absolu aux offices locaux de l'outre-mer puisqu'il précise bien qu'ils *« exercent à cet effet les monopoles postal, télégraphique et téléphonique tels qu'ils résultent des textes en vigueur »*. Or, selon la Société SCCI, les textes réglementaires actuellement en vigueur ne confère pas à l'OPT-NC un monopole sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit.
259. Se fondant sur le guide légistique établi par les services du Premier Ministre, l'OPT-NC conteste l'argument selon lequel la loi organique de 1999 n'aurait pas abrogé implicitement le décret du 3 décembre 1956 en soulignant que : *« Lorsque 'une compétence de l'État a été transférée à l'une de ces collectivités, les autorités de cette collectivité sont seules compétentes pour abroger ou modifier les règles nationales qui étaient applicables sur le territoire de cette collectivité à la date du transfert de compétence. En l'absence d'abrogation*

²⁴⁰ Voir le support de présentation des observations orales de l'OPT-NC transmis au cours de la séance, page 22.

²⁴¹ Voir les observations de l'OPT du 22 mai 2020 (Annexe 384 cotes 4 630 et suivantes).

ou de modification, ces règles nationales demeurent applicables et peuvent faire l'objet de mesures réglementaires d'application prises par les autorités locales compétentes à cet effet (CE, 24 septembre 2014, Président de la Polynésie française c/Société Maxima, no 363252). ». De plus, il estime que l'arrêt du Conseil d'État du 16 décembre 2005, qui constatait une contradiction entre un texte législatif antérieur et une disposition constitutionnelle postérieure, n'est pas pertinent en l'espèce car le CPTNC adopté en 2006 par délibération du congrès, réaffirmerait le monopole légal de l'OPT-NC tant sur les communications intérieures qu'extérieures.

260. En premier lieu, l'Autorité considère que si l'État a transféré à la Nouvelle-Calédonie l'ensemble de ses compétences en matière de télécommunications (y compris les télécommunications extérieures depuis le transfert de l'OPT-NC en vertu de la loi organique de 1999 précitée), le principe de permanence du droit invoqué par l'OPT-NC pour justifier le maintien d'un monopole « légal » de l'OPT-NC au titre du décret du 3 décembre 1956 doit être écarté.
261. En effet, il ressort de l'instruction que la Nouvelle-Calédonie a pleinement exercé sa compétence en matière de télécommunications en modifiant les textes antérieurs adoptés par l'État pour définir non seulement le statut de l'OPT-NC par la délibération n° 51/CP du 23 octobre 2000 mais également le cadre réglementaire de l'ensemble des activités de télécommunications par la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 introduisant le CPTNC (voir *supra* les paragraphes 64 à 69).
262. À cet égard, l'Autorité constate que le CPTNC régit les missions confiées à l'OPT-NC dans le secteur des télécommunications et dans celui des activités postales. Il est structuré, pour chacune de ces missions, de la façon suivante : dispositions générales (titre 1^{er}), dispositions relatives au service public (titre 2) et autres dispositions (titres 3 et suivants).
263. S'agissant des télécommunications, le titre 1^{er} précise à l'article 211-1 le « *Champ d'application* » du code en disposant que : « Le présent code régit les activités de télécommunications en Nouvelle-Calédonie sous réserve des compétences de l'État en matière de liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité en matière de postes et télécommunications » (Soulignement ajouté).
264. L'article 211-2 définit les télécommunications comme étant « toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques. » (Soulignement ajouté)²⁴².
265. L'article 211-3 du CPTNC intitulé : « *Principes généraux* » dispose que : « 1° Le service public des télécommunications défini à l'article 221-2 relève de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie. » (Soulignement ajouté).
266. Ainsi, la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunications est clairement affirmée et définie par le CPTNC. La Nouvelle-Calédonie est seule compétente pour définir les activités qui relèvent du service public des télécommunications et pour définir le mode de gestion de son choix.

²⁴² Voir l'article 211-2 du CTPNC, étant précisé qu'en Métropole, la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle est venue remplacer le mot « *télécommunication* » par les mots « *communications électroniques* ».

267. Il s'ensuit que les délibérations du congrès de la Nouvelle-Calédonie n° 51/CP et 236/CP précitées se sont substituées au décret du 3 décembre 1956 adopté par l'État français qui n'a donc plus vocation à s'appliquer au regard du guide légistique précité.
268. En deuxième lieu, l'Autorité constate que les délibérations du congrès revêtent une valeur réglementaire et donc infra-législative au regard de la hiérarchie des normes alors que le congrès aurait pu choisir de consacrer, sur le plan législatif, le monopole de l'OPT-NC par l'adoption d'une loi du pays à l'instar de celle qu'il a adopté pour consacrer le monopole de l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) par exemple²⁴³.
269. Il en résulte que le monopole de l'OPT-NC, dont l'étendue reste en discussion, n'a qu'une valeur réglementaire.
270. En troisième lieu, s'il est exact, comme le relève l'OPT-NC, que l'Autorité n'est pas compétente pour apprécier la légalité des délibérations du congrès relatives au secteur des télécommunications qui sont de nature réglementaire, le juge administratif peut en revanche le faire.
271. Le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie a, par exemple, annulé, par jugement du 20 mars 2008, les articles 231-3 et 261-1 du CPTNC conférant à l'OPT-NC le monopole réglementaire sur la fourniture d'un service de « voix sur internet » en considérant que ces dispositions constituaient « *une atteinte excessive portée à la liberté fondamentale d'entreprendre qui découle du préambule de la Constitution, et à sa composante, qu'est la liberté du commerce et de l'industrie* ».
272. Dans cette affaire, le tribunal administratif a rappelé le caractère strictement limité des droits exclusifs qui peuvent être accordés à un opérateur économique pour accomplir une mission d'intérêt général, comme l'OPT-NC.
273. Il a ainsi jugé que : « *La compétence générale de la Nouvelle Calédonie inclut la capacité de fixer, sous réserve du respect des principes généraux du droit, et des normes constitutionnelles, les règles de concurrence régissant la matière dont il s'agit et d'instaurer des dérogations à ces règles de concurrence* » et, s'agissant de l'OPT-NC, que : « *Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* » (Soulignements ajoutés)²⁴⁴.
274. Le juge administratif a rappelé que : « *Si une collectivité publique en vue d'accomplir une mission d'intérêt général peut conférer à un acteur économique des droits exclusifs en vue d'accomplir un mission d'intérêt général, c'est à la condition qu'il établisse que l'exclusion de toute concurrence est nécessaire pour que ce service puisse être accompli dans des conditions acceptables ou que, à défaut d'un tel maintien de ces droits il serait fait échec à l'accomplissement de celui-ci ; qu'en particulier, l'exclusion de la concurrence n'est pas*

²⁴³ Voir la décision de l'ACNC n° [2020-PAC-01](#) du 25 mai 2020, relative à des pratiques dans le secteur de l'importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie.

²⁴⁴ Voir le Jugement du tribunal administratif de Nouméa n°071,07112 du 20 mars 2008, Annexe 12.

légale, dès lors que sont en cause des services spécifiques dissociables du service d'intérêt général qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et dans la mesure où ces services de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif».

275. En conséquence, le juge administratif a considéré qu'en l'absence d' « éléments de nature à démontrer que la « libéralisation » du « service de voix sur Internet » serait de nature à remettre en cause l'équilibre économique du service public de télécommunications²⁴⁵ [...] la prohibition de fourniture « des services ou logiciels de voix sur Internet » par toute autre personne que l'OPT constitue une atteinte excessive portée à la liberté fondamentale d'entreprendre qui découle du préambule de la Constitution, et à sa composante qu'est la liberté du commerce et de l'industrie, le rôle social allégué, joué par l'OPT ne constituant pas un motif d'intérêt général suffisant pouvant justifier une telle atteinte » (soulignement ajouté)²⁴⁶.
276. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il convient d'interpréter strictement les dispositions réglementaires en vigueur qui confèreraient à l'OPT-NC des droits exclusifs sur les infrastructures et services de télécommunications en Nouvelle-Calédonie dans le cadre de la présente affaire.
277. En l'occurrence et en quatrième lieu, l'Autorité note que l'article 211-3 du CPTNC prévoit que : « Le service public des télécommunications est assuré par l'office des postes et télécommunications » (1°) et que : « L'office des postes et télécommunications et, le cas échéant, ses filiales assurent l'accès aux réseaux et services de télécommunications ouvert au public dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires » (1°).
278. L'Autorité en déduit que le « service public des télécommunications » est assuré par l'OPT-NC. Elle relève néanmoins que l'article 211-3 du CPTNC ne prévoit pas expressément que l'OPT-NC détiendrait un monopole pour ce faire alors que l'article 111-3 du même code le prévoit s'agissant du service public postal : « 1° Le service public postal est assuré exclusivement par l'office des postes et télécommunications » (Soulignement et gras ajoutés)²⁴⁷.
279. L'Autorité souligne également qu'en vertu du même article : « l'Office des postes et télécommunications et, le cas échéant, ses filiales assurent l'accès aux réseaux et services de télécommunications ouverts au public » sans qu'il soit précisé qu'ils disposeraient de droits exclusifs leur accordant un monopole.
280. Or, depuis le jugement du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 20 mars 2008 précité, la fourniture d'un service de voix sur internet, qui intervient sur un réseau de télécommunications ouvert au public, est réalisé par plusieurs fournisseurs d'accès à internet en Nouvelle-Calédonie et non par l'OPT-NC et ses filiales exclusivement, un tel droit exclusif ayant été considéré comme constituant « une atteinte excessive portée à la liberté

²⁴⁵ Tel est bien le cas s'agissant du chiffre d'affaires généré par la fourniture de capacités de trafic international par rapport à celui lié à l'activité mobile de l'OPT-NC (comme vu *supra*).

²⁴⁶ Voir le Jugement du tribunal administratif de Nouméa du 20 mars 2008 précité, Annexe 12 cotes 191 à 193.

²⁴⁷ De même, le titre I du chapitre III traite des "Dérogations à l'exclusivité de l'office des postes et télécommunications" et le chapitre I du titre III des "Atteintes à l'exclusivité du service public postal" alors qu'il n'est nulle part question d'exclusivité de l'OPT en matière de télécommunications mais seulement de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie en la matière.

fondamentale d'entreprendre qui découle du préambule de la Constitution, et à sa composante qu'est la liberté du commerce et de l'industrie »²⁴⁸ (voir infra).

281. Il faut donc en conclure que l'article 211-3 du CPTNC ne confère pas expressément de droits exclusifs à l'OPT-NC et ses filiales pour assurer le service public des télécommunications.
282. Par ailleurs, l'Autorité constate que l'article 211-3 du CPTNC confie le service public des télécommunications à l'OPT-NC, dans les limites définies à l'article 221-2 du même code.
283. Or, comme indiqué précédemment, l'article 221-2 du CPTNC intitulé : « *Définition du service public des télécommunications* », dresse une liste exhaustive des activités qui relèvent du service public des télécommunications à savoir :
- « L'accès aux réseaux de télécommunications à bas débit, et au réseau large bande²⁴⁹ par fourniture d'une capacité de transmission sur support matériel, radioélectrique, terrestre ou satellitaire ;
 - *la fourniture d'un service de voix, y compris d'un service de voix sur Internet ;*
 - *la commercialisation de liaisons louées et de transmission de données ;*
 - *l'acheminement des télécommunications en provenance ou à destination des points de terminaisons des réseaux cités ci-dessus ;*
 - *l'acheminement gratuit des appels vers les services d'urgence ;*
 - *la fourniture d'annuaires d'abonnés et d'un service de renseignements ;*
 - *et enfin de la desserte en cabines téléphonique est assuré par l'Office des postes et télécommunications* » (Soulignement ajouté).
284. L'OPT-NC soutient que la combinaison des articles 211-3 et 221-2 du CPTNC lui confère le monopole pour assurer l'ensemble des activités de service public mentionnées ci-dessus et que seules les activités visées expressément à l'article 231-2 du même code sont autorisées à des opérateurs tiers et ouvertes à la concurrence. Il ajoute qu'il n'a jamais admis quelques entorses que ce soit à son monopole légal, y compris en ce qui concerne les capacités satellitaires et fait valoir que seul l'OPT-NC achetait aux opérateurs satellitaires pour les revendre en gros aux FAI.
285. L'instruction a néanmoins démontré le contraire à travers plusieurs factures émises directement par les opérateurs satellitaires auprès des FAI comme à travers les auditions des représentants des FAI (voir *supra* paragraphes 83 à 92), celui de la société MLS ayant même précisé à ce sujet : « Si nous étions passés uniquement par l'OPT-NC pour la liaison satellitaire internationale entrante et sortante cela nous aurait coûté au moins deux fois plus cher que ce que cela nous coûtait d'acheter directement la liaison satellitaire entrante directement à l'opérateur satellite. » (Soulignement ajouté)²⁵⁰. De la même manière, la

²⁴⁸ Voir le Jugement du tribunal administratif de Nouméa °071,07112 du 20 mars 2008, Annexe 12.

²⁴⁹ Dans ses premières observations, l'OPT-NC a indiqué : « *Selon la définition classique retenue par l'UIT (Union Internationale des Télécommunications), un réseau large bande est défini comme capable de transmettre des signaux à un débit élevé. Un réseau large bande utilise plusieurs canaux de transmission à plus de 128 Kbps.* » (page 10), annexe 318, cotes 3892 à 3903.

²⁵⁰ Ibid.

fourniture d'un service de voix par internet, pourtant visé par l'article 221-2, est devenu marché concurrentiel.

286. L'OPT-NC soutient également qu'au-delà de la lettre du texte du CPTNC, il convient de se référer à l'esprit des textes en vigueur qui montre la volonté des élus calédoniens de conférer à l'OPT-NC un véritable monopole sur l'ensemble du secteur des télécommunications.
287. S'appuyant sur de nombreuses références des débats du congrès lors de l'adoption du CPTNC en 2006, il soutient l'existence d'un consensus politique pour « réaffirmer le monopole de l'office », certains élus ayant insisté sur le fait que « l'OPT doit disposer de la totalité du marché des télécommunications ». Il n'existerait donc aucun doute sur le fait que le droit en vigueur confère à l'OPT-NC des droits exclusifs, c'est-à-dire un monopole, et que celui-ci couvrirait « la pose d'un câble sous-marin pour relier la Nouvelle-Calédonie au reste du monde »²⁵¹.
288. Même à considérer que l'article 211-3 qui prévoit que « Le service public des télécommunications est assuré par l'office des postes et télécommunications » puisse être interprété à la lumière des débats au congrès comme conférant implicitement des droits exclusifs à l'OPT-NC au même titre qu'en matière de service public postal, l'Autorité estime que, conformément à la jurisprudence du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie précitée, il convient d'interpréter strictement les dérogations aux règles de concurrence posées par le CPTNC qui constituent une atteinte à la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution.
289. Elle observe à cet égard que le service public des télécommunications tel que défini à l'article 221-2 du CPTNC n'inclut pas dans son champ la fourniture de capacités de connectivité sur support sous-marin et ne vise pas davantage les télécommunications extérieures (ou internationales), à l'inverse de la réglementation applicable en Polynésie française²⁵². Parallèlement, l'article 231-2 du CPTNC qui liste les services de télécommunications qui peuvent être établis librement n'inclut pas non plus la fourniture de capacités de transmission sur support sous-marin ni les télécommunications extérieures (ou internationales).
290. L'Autorité constate en revanche que le congrès a pris le soin de préciser le type de support matériel permettant l'acheminement de données à bas débit et haut débit entrant dans le champ des missions de service public confiées à l'OPT-NC en visant uniquement les supports « radioélectrique, terrestre ou satellitaire ».
291. Elle note également qu'à la lecture des débats relatifs à l'adoption du CPTNC, le congrès de la Nouvelle-Calédonie aurait pu choisir d'inclure le câble sous-marin dans le champ des supports matériels visés à l'article 221-2 puisqu'il a adopté, la veille, une délibération modifiant la délibération n° 51/CP du 23 octobre 2000 afin d'exclure du champ de l'application de la délibération n° 236/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics les catégories de dépenses portant sur :
- la « *location ou achat de capacités ou de prestations de télécommunications extérieures ou d'interconnexion, en transport ou en acheminement, ou d'équipements associés aux*

²⁵¹ Voir les extraits des débats parlementaires au congrès de la Nouvelle-Calédonie retranscrit dans la présentation orale de l'OPT-NC et diffusée lors de la séance de l'Autorité (annexe 407).

²⁵² A titre de comparaison, l'article D. 213-2 du code des postes et télécommunications en Polynésie française prévoit que : « *Le service public des télécommunications extérieures de la Polynésie française comprend l'acheminement et le transport de tous signaux de télécommunications à destination ou en provenance de la Polynésie française* ».

extrémités, auprès d'opérateurs de télécommunications, de fournisseurs satellitaires ou de câble sous-marin » ;

– les « *travaux, fourniture ou prestations de services relatifs à la réalisation, à la mise en service ou à la maintenance du système optique sous-marin et infrastructures associées* » (soulignements ajoutés)²⁵³.

292. L'instruction de la présente saisine a par ailleurs montré que l'OPT-NC et le gouvernement ont été alertés depuis septembre 2018 sur les « points de fragilité » du CPTNC concernant l'étendue du champ du monopole réglementaire de l'OPT-NC par des experts qu'ils ont missionnés spécifiquement pour évaluer « *Le cadre juridique, réglementaire et fiscal* » du secteur des télécommunications dans le cadre de la « *Stratégie Télécom de la Nouvelle-Calédonie* ».
293. Dans leur rapport dédié à cette problématique, ces experts soulignent que : « *s'agissant de l'établissement d'un câble sous-marin et donc de l'accès à un tel réseau, il ressort de la définition des activités de service public appartenant au monopole de l'OPT une absence de mention expresse en cas de transmission par support sous-marin. Le transfert de capacité par câble sous-marin en ce qu'il est réalisé techniquement par fibres optiques pourrait être entendu comme une transmission sur support matériel. Il existe donc, à notre sens, un point de fragilité juridique quant à la définition des supports visés dans l'hypothèse d'un accès à un câble sous-marin* » (soulignement ajouté)²⁵⁴.
294. Ils en concluent qu'« *un opérateur souhaitant établir un câble sous-marin en Nouvelle-Calédonie pourrait estimer que son activité n'est pas couverte par le monopole de l'OPT à raison d'une part, de l'absence de mention expresse à un support sous-marin à l'article 221-2 du CPT susvisé et d'autre part, du fait que ce monopole n'est pas justifié par des raisons d'intérêt général. Il construirait alors un câble sous-marin et pourrait contester, devant le juge, toute mesure éventuelle prise par l'OPT ou toute autorité administrative compétente pour s'y opposer (refus du permis de construire de la station d'atterrissage, sanctions pénales, etc.)* ». Ils conseillent donc au gouvernement de compléter l'article 221-2 du CPTNC pour viser expressément la transmission de capacités sur support matériel « *sous-marin* »²⁵⁵.
295. L'Autorité constate que, malgré cette alerte, le gouvernement n'a pas donné suite à cette proposition de modification du CPTNC depuis septembre 2018.
296. L'Autorité souligne enfin que, contrairement aux observations de l'OPT-NC, le compte-rendu des débats relatifs à l'adoption du CPTNC montre l'absence de consensus sur l'étendue du champ du monopole confié à l'OPT-NC, plusieurs membres du congrès ayant plaidé en faveur d'une ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications, notamment en matière de fourniture d'un service de transmissions de voix sur internet²⁵⁶.

²⁵³ Voir le rapport n° 3 du 5 janvier 2006 examiné en séance du congrès le 8 décembre 2006 et publié au JONC du 15 mai 2008, page 485.

²⁵⁴ Voir « *Stratégie Télécom de la Nouvelle-Calédonie – Etude du cadre juridique, réglementaire et fiscal* », septembre 2028, Annexe 402 cote 4 815.

²⁵⁵ Ibid, cote 4 815.

²⁵⁶ Le groupe RUMP s'est abstenu en précisant que : « *Nous sommes favorables au monopole de l'OPT mais il doit s'agir d'un monopole intelligent, adaptable et régulé par la puissance publique (...) le gouvernement doit se*

297. De plus, à la lecture de ces débats, l'Autorité constate que l'octroi de droits exclusifs à l'OPT-NC pour assurer le service public des télécommunications était motivé par la nécessité pour cet établissement public de procéder « à des investissements lourds sur des durées d'amortissement longue (...) Cette exclusivité octroie une stabilité de ressources indispensables pour la pérennisation des investissements. A défaut, de tels investissements et leur exploitation se heurteraient à une carence de l'initiative privée dans la plus grande partie de la Nouvelle-Calédonie (...) la justification de ce besoin de monopole se trouve bien là : pour pouvoir payer ses énormes investissements, l'OPT doit disposer de la totalité du marché des télécommunications »²⁵⁷.
298. A l'époque, suivant l'avis du rapporteur, le congrès a majoritairement voté en faveur du projet de délibération consacrant le monopole de l'OPT-NC sur la fourniture d'un service de voix sur internet. Le rapport de commission n° 116 précise en effet que : « une libéralisation des postes et télécommunications aurait pour effet de réduire les recettes de l'exploitant public (...) [Son] équilibre financier pourrait être rompu en cas d'ouverture à la concurrence ou de migration massive vers des services sauvages de téléphonie par internet non commercialisés par le seul exploitant public »²⁵⁸. Le CPTNC a donc inclus dans le champ des droits exclusifs de l'OPT-NC la fourniture de voix sur internet, expressément visé par les articles 221-2, 231-3 et 261-1 du CPTNC. Cet argument a toutefois été écarté, postérieurement à l'adoption du CPTNC, par le tribunal administratif qui a constaté l'absence d'éléments de nature à démontrer que la « libéralisation » du « service de voix sur Internet » serait de nature à remettre en cause l'équilibre économique du service public de télécommunications et qui a annulé les dispositions particulières du CPTNC visant ce service (articles 231-3 et 261-1 du CPTNC), sans toutefois procéder à la coordination nécessaire à l'article 221-2²⁵⁹.
299. Près de quinze ans plus tard, l'Autorité ne peut que constater que l'ouverture à la concurrence du marché de fourniture d'un service de voix sur internet n'a pas remis en cause l'équilibre financier de l'OPT-NC dont le chiffre d'affaires est passé de 17,4 milliards de francs CFP en 2006 à 25,5 milliards de francs CFP en 2019 et dont le résultat net comptable est passé de 1,5 milliard de francs CFP en moyenne annuelle entre 2002 et 2006 à 2,2 milliards de francs CFP en moyenne annuelle sur la période 2008-2014²⁶⁰.
300. En l'espèce, la présente plainte montre que la justification d'une interprétation extensive du champ des droits exclusifs conférés à l'OPT au titre d'une carence de l'initiative privée en s'inspirant des débats au congrès fait défaut. En effet, la SCCI propose d'investir directement, sans aucune subvention publique, dans la construction et l'exploitation d'un câble sous-marin disposant de deux points d'atterrissage sur le territoire (à Nouville et à l'île des Pins) pour acheminer des capacités de connectivité internationale sur l'ensemble du territoire calédonien.

garder la possibilité de réguler ce monopole (...) il n'est ni réaliste ni raisonnable de consacrer un monopole de l'OPT sur la voix sur IP (...) » (intervention de Mme Ligeard) et le groupe Union Calédonienne a voté contre le projet de délibération en soulignant que « La notion de « service public exclusif » qui nous est proposé, paraît attrayant pour rentabiliser les investissements tout en diminuant le coût des services mais tout le monde sait que le droit et les jurisprudences ne le permettent plus (...) Notre groupe n'est pas un défenseur du libéralisme et nous avons pourtant bien entendu les arguments qui plaidaient tout à l'heure en faveur du monopole de l'OPT mais nous pensons que le monopole a vécu (...) » (intervention de Mme Machoro).

²⁵⁷ Voir le rapport n° 57 du 3 août 2006 examiné en séance du congrès le 9 décembre 2006 publié au JONC du 15 mai 2008, pages 489 et 500.

²⁵⁸ Ibid, page 489.

²⁵⁹ Voir le jugement du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie du 20 mars 2008, précité (Annexe 12).

²⁶⁰ Voir les rapports d'observations définitives de la chambre territoriale des comptes sur la gestion de l'OPT-NC sur la période 2000-2006 (Annexe 307 cote 3 483) et 2008-2016 (Annexe 308 cote 3 644).

301. Il s'ensuit qu'il n'est pas démontré une carence de l'initiative privée pour la pose d'un câble sous-marin ni une couverture insuffisante des communications électroniques acheminées par le câble proposé par la SCCI sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie.
302. En outre, l'instruction a démontré que le chiffre d'affaires de l'OPT-NC lié à des prestations de services de capacités de connectivité internationale à travers le réseau fédérateur international (RFI) représente seulement 3,9 % du chiffre d'affaires global de l'OPT-NC en 2019²⁶¹ de sorte que l'arrivée d'un opérateur privé concurrent sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit par l'intermédiaire d'un câble sous-marin n'est pas de nature à remettre en cause l'équilibre financier de l'OPT-NC ni sa capacité à assumer ses différentes missions de service public, contrairement à la communication faite par la direction générale de l'office auprès des syndicats de salariés (voir *supra* paragraphes 123 à 128).
303. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que même si « l'esprit » des textes en vigueur conduit à considérer que l'OPT-NC disposerait d'un « monopole » réglementaire pour mettre en œuvre les « *activités de service public des télécommunications* » mentionnées à l'article 221-2 du CPTNC, il convient de retenir une interprétation stricte de la définition des « *activités de service public des télécommunications* », ce qui conduit l'Autorité à conclure que le monopole réglementaire de l'OPT-NC ne couvre pas la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par l'intermédiaire d'un câble sous-marin.
304. Le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit est donc un marché ouvert à la concurrence.

2. Sur la compétence de l'Autorité pour examiner les pratiques de l'OPT-NC sur le marché pertinent

305. L'OPT-NC considère qu'en tout état de cause l'Autorité ne serait pas compétente pour se prononcer sur ses pratiques qui relèveraient de l'exercice de ses missions de service public, et donc de l'appréciation du seul juge administratif, en application de la jurisprudence du Tribunal des conflits du 18 octobre 1991²⁶² et du 4 mai 2009²⁶³.
306. Dans son avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019²⁶⁴ et dans sa récente décision n° 2020-PAC-01 du 25 mai 2020 relative à des pratiques reprochées à l'OCEF²⁶⁵, l'Autorité a en effet rappelé que conformément à une jurisprudence constante du Tribunal des conflits :

« Le droit de la concurrence est applicable, et à tout le moins opposable, aux personnes publiques et la grille de partage des compétences juridictionnelles est la suivante :

– lorsque les pratiques ou la décision en cause traduisent l'exercice de prérogatives de puissance publique ou portent sur l'organisation même du service public, le juge administratif est exclusivement compétent pour apprécier la légalité de ces actes unilatéraux au regard du droit de la concurrence qui leur est opposable (...)

²⁶¹ Voir la répartition du chiffre d'affaires de l'OPT-NC en 2019 au paragraphe 38 de la présente décision.

²⁶² Voir la décision du Tribunal des Conflits, *Aéroport de Paris*, 18 octobre 1991

²⁶³ Voir la décision du Tribunal des Conflits, *Editions Jean-Paul Gisserot*, 4 mai 2009.

²⁶⁴ Voir l'avis n°2019-A-02 du 18 juillet 2019 de l'ACNC *relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa* (paragraphe 131).

²⁶⁵ Voir la décision n° 2020-PAC-01 du 25 mai 2020 relative à des pratiques dans le secteur de l'importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie (paragraphe 121).

– lorsque ces pratiques ou décisions unilatérales sont détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'elles présentent un caractère économique, l'Autorité de la concurrence est seule compétente pour contrôler le respect des règles de la concurrence. Tel est particulièrement le cas des pratiques anticoncurrentielles qui seraient mises en œuvre par une personne publique exerçant une activité économique ».

307. Selon l'OPT-NC, le refus d'accéder à la demande de la SCCI de raccorder le câble sous-marin qu'elle projette de construire au réseau fédérateur de l'OPT-NC relèverait de l'organisation du service public confié à l'OPT-NC pour lequel il dispose de droits exclusifs. Quant à l'offre tarifaire aux FAI contestée par la SCCI, celle-ci se rattacherait directement à l'exploitation par l'OPT-NC du réseau fédérateur et ne serait pas détachable de cette activité. Les tarifs de l'OPT-NC étant approuvés par le gouvernement, il s'agirait d'un acte administratif. Conformément à de nombreuses décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine²⁶⁶ et à la décision de l'Autorité n° 2020-PAC-01 relative à des pratiques reprochées à l'OCEF, il conviendrait que l'Autorité se déclare incompétente en l'espèce.
308. En premier lieu, l'Autorité considère que, contrairement aux observations de l'OPT-NC, les pratiques reprochées à l'OPT-NC par la SCCI interviennent sur un marché ne relevant de son monopole réglementaire et ouvert à la concurrence, à savoir le marché des services de connectivité internationale à haut débit.
309. En deuxième lieu, en matière de fixation de tarifs, selon la jurisprudence, les prérogatives de puissance publique sont « caractérisées par la fixation unilatérale de ces tarifs sans négociation possible de celui auxquels ils s'appliquent et par la possibilité, pour l'administration, de les modifier à tout moment. »²⁶⁷ (Soulignement ajouté). La contestation de ces tarifs relève de la compétence du juge administratif.²⁶⁸
310. Néanmoins, la jurisprudence est plus nuancée lorsque les tarifs d'un établissement public (ou d'un délégataire) ne sont pas directement « fixés » par l'administration mais proposés par l'établissement public puis « homologués » ou « approuvés » par l'administration.
311. Le Conseil d'État a ainsi consacré le principe selon lequel, si un acte d'homologation adopté par l'administration a bien le caractère d'un acte administratif (par exemple un arrêté d'homologation tarifaire), tel n'est pas le cas de la décision homologuée (par exemple, la décision du conseil d'administration de l'établissement public proposant ces tarifs)²⁶⁹.
312. En conséquence, le Conseil de la concurrence a considéré à plusieurs reprises que les pratiques tarifaires d'un établissement public sont détachables de toutes prérogatives de puissance publique si l'administration se borne à reprendre à son compte les tarifs décidés par cet établissement public sans pouvoir les modifier elle-même. Dans un tel cas, l'autorité de la concurrence métropolitaine se déclare compétente pour examiner les pratiques tarifaires d'un établissement public qui sont homologués par l'administration lorsque le marché pertinent est

²⁶⁶ Voir les décisions citées dans la présentation des observations orales de l'OPT-NC transmise au cours de la séance (annexe 407).

²⁶⁷ Conseil de la concurrence n° 07-D-27 du 31 juillet 2007. Point n° 58

²⁶⁸ Voir notamment Conseil de la concurrence, décision n° 01-D-78 du 6 déc. 2001 relative aux tarifs de l'INSEE, décision n° 01-D-05, 5 avril 2001 relative à la fixation de tarifs de prestations médicales, et Cour de cassation du 6 févr. 2007, n° 05-21.948 sur les tarifs d'hébergement des personnes âgées dans les CCAS.

²⁶⁹ CE, 18 juin 1954, Sieur Basgeix. TC, 12 juin 1961. Sieur Rolland.

ouvert à la concurrence²⁷⁰.

313. Ainsi, le Conseil de la concurrence s'est notamment considéré comme compétent :

– pour examiner, sous l'angle de l'abus de position dominante, les tarifs de France Telecom SA homologués par le ministre de l'économie et des télécommunications en considérant que : « *si l'homologation ministérielle constitue une décision de nature administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative, elle n'a pas pour effet de conférer aux décisions prises par une personne de droit privé, dans ses relations avec ses clients dans un secteur concurrentiel, le caractère d'acte administratif* »²⁷¹ ;

– pour examiner, sous l'angle de l'abus de position dominante, les tarifs d'une société délégataire du service public de la restauration pénitentiaire en considérant que : « *la société Eurest, qui gère la cantine de la maison d'arrêt d'Osny, établit les prix de la cantine ; si lesdits prix sont soumis à l'administration pénitentiaire, celle-ci n'en n'effectue qu'un suivi, ce qui ne peut être regardé comme l'exercice du pouvoir de fixation des prix tel qu'il est prévu par le Code de procédure pénale* »²⁷² ;

– s'agissant des tarifs du CNED approuvés par les ministres de l'éducation nationale et du budget : « *La fixation des tarifs subventionnés A1 et A2 s'effectue en réalité sous la forme d'une simple décision du ministre. (...) On peut constater que le ministre de l'éducation donne son accord à tous les éléments de la pratique tarifaire du CNED.* »²⁷³. Sans que ce point ne soit discuté dans la décision, le Conseil de la concurrence s'est estimé compétent²⁷⁴.

314. Il convient de souligner qu'au regard de la jurisprudence, les notions « d'homologation » et « d'approbation » se confondent. Dans les affaires précitées relatives aux tarifs de France Telecom et du CNED, les textes en vigueur évoquaient selon les cas une « homologation » ou une « approbation » par décision ministérielle. Dans l'affaire relative à la restauration pénitentiaire, le Conseil de la concurrence a même effectué une analyse sans s'appuyer sur une disposition normative, mais après avoir constaté que l'administration n'effectuait qu'un « suivi » des prix, alors que ces derniers étaient en réalité établis par la société gestionnaire de la cantine.

315. L'Autorité observe que la pratique décisionnelle métropolitaine est confirmée par la pratique décisionnelle européenne comme le démontre l'affaire Deutsche Telekom, qui a donné lieu à la décision de la Commission européenne du 21 mai 2003 et qui concernait des tarifs « approuvés » par l'autorité allemande de régulation²⁷⁵.

²⁷⁰ La solution est différente lorsque les tarifs sont « fixés » par l'autorité publique. Tel était notamment le cas dans l'affaire CEGEDIM (Décision n° 01-D-78 du 6 décembre 2001), relative aux tarifs de l'INSEE, pour lesquels le Conseil de la concurrence s'était déclaré incompétent et avait rappelé que « *les tarifs des redevances dues à ce titre sont fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie.* »

²⁷¹ Conseil de la concurrence n° 98-MC-03 du 19 mai 1998

²⁷² Conseil de la concurrence n° 00-D-27 du 13 juin 2000.

²⁷³ Conseil de la concurrence n° 05-D-68 du 12 décembre 2005.

²⁷⁴ Le Conseil de la concurrence ayant rejeté sur le fond la saisine dans l'affaire 05-D-68, la requérante a saisi la cour d'appel de Paris. Dans sa décision n° 2006/00570 du 7 novembre 2006, cette dernière n'a pas examiné expressément la question de la compétence du Conseil, mais a confirmé le rejet sur le fond.

²⁷⁵ Dans sa décision 2003/707/CE du 21 mai 2003, confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne, la Commission européenne a sanctionné Deutsche Telekom, sur le fondement de l'article 82 (aujourd'hui 102) du

316. En l'espèce, les tarifs des services de capacités par l'intermédiaire du réseau fédérateur international et interne sont proposés par l'OPT-NC dans son catalogue de services et approuvés par arrêté du gouvernement.
317. Or, il ressort des paragraphes 164 à 174 de la présente décision que l'OPT-NC a annoncé sa nouvelle offre tarifaire fusionnant l'accès au réseau fédérateur international et interne à l'ensemble de ses clients FAI lors d'une réunion du 5 décembre 2019 ; qu'il a adopté de façon autonome cette nouvelle offre tarifaire lors de son conseil d'administration du 19 décembre 2019 ; qu'il a pris l'initiative de communiquer dans les médias sur le contenu de cette offre dès le 20 décembre 2019 ; qu'il a même anticipé la commercialisation de cette offre auprès de la société Nautile à partir du 3 février 2020, c'est-à-dire avant l'approbation de ces tarifs par arrêté du gouvernement du 4 février 2020 ; et qu'enfin le membre du gouvernement chargé du numérique a reconnu que le gouvernement avait été « *mis devant le fait accompli* », ce dernier se bornant systématiquement à valider les offres tarifaires proposées par l'OPT-NC.
318. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les pratiques tarifaires de l'OPT-NC sur le marché des services de connectivité internationale à haut débit (non couvert par le monopole réglementaire de l'OPT-NC), bien qu'elles soient soumises à l'approbation du gouvernement, sont détachables de l'exercice des missions de service public de l'OPT-NC et entrent dans le champ de compétence de l'Autorité.
319. En dernier lieu, il n'est pas contesté que l'OPT-NC a pris seul la décision de refuser à la SCCI l'accès à son réseau fédérateur et la signature d'une convention d'interconnexion. Dès lors que cette pratique est mise en œuvre sur le marché des services de connectivité internationale à haut débit, non couvert par le monopole réglementaire de l'OPT-NC, elle ne peut relever de l'organisation du service public des télécommunications et s'avère détachable de l'exercice de prérogatives de puissance publique par l'OPT-NC.
320. L'Autorité est donc compétente pour examiner l'ensemble des pratiques de l'OPT-NC sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit dénoncées, en l'espèce, par la SCCI.

3. Sur l'intérêt à agir de la SCCI

321. L'OPT-NC estime, dans ses observations, que la SCCI n'a pas d'intérêt à agir et que la saisine doit être déclarée irrecevable. Ce défaut d'intérêt à agir résulterait d'une part du fait que la SCCI n'aurait aucune activité commerciale en Nouvelle-Calédonie et d'autre part qu'elle ne constituerait pas un concurrent potentiel étant donné le caractère incertain de son projet.
322. L'Autorité rappelle à titre liminaire qu'il ressort d'une jurisprudence constante en métropole que : « *doit être considérée comme une entreprise (...) et par conséquent, comme en droit de saisir le Conseil, non seulement les personnes qui interviennent effectivement sur un marché pertinent, mais celles qui, souhaitant exercer une activité sont empêchées d'intervenir sur un marché pertinent, en raison de l'entente ou de l'abus de puissance économique qu'elles dénoncent.* » (Soulignement ajouté)²⁷⁶. Au surplus, le Conseil de la concurrence a précisé que

traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour des pratiques tarifaires « approuvées » (et non homologuées) par le *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (autorité allemande de régulation des télécommunications et des postes). Voir CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG contre Commission européenne*, aff. C-280/08 P.

²⁷⁶Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 juin 1998 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007385151>.

l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration d'un préjudice ²⁷⁷.

a) Sur l'absence d'activité commerciale de la SCCI en Nouvelle-Calédonie

323. Comme vu *supra*, la SCCI a été créée le 19 juillet 2019 et son activité, à titre principal, est la construction et l'exploitation de systèmes de transmission internationale par câble sous-marin.
324. Au cours de son audition du 17 mars 2020, le représentant de la société Hawaïki et actionnaire unique de la SCCI a précisé que : « *Nous sommes en cours de réponse à des appels d'offres passés par des entreprises souhaitant acheter des capacités de connectivité internationale entre Nouméa et Paris* » et : « *Nous avons aussi d'autres demandes de sociétés calédoniennes qui souhaitent acheter de la capacité internationale entre Nouméa et Paris : comme celles de la DIRISI et celles de Météo France qui souhaite acheter de la capacité entre Nouméa et Toulouse. Il y a aussi la société TDF qui voudrait acheter de la capacité entre Nouméa et Paris pour les besoins de NC La Première. Il y a beaucoup de prospects en Nouvelle-Calédonie pour nous car l'OPT a décidé de cesser de fournir des liaisons louées internationales entre Nouméa et Paris* »²⁷⁸.
325. Au cours de la séance, le représentant de la SCCI a confirmé avoir déjà répondu à deux appels d'offres pour fournir des services de capacités de connectivité internationale entre Nouméa et Paris, étant précisé que sur la partie Nouméa-Sydney, la SCCI doit à ce stade louer des capacités à l'OPT-NC sur le câble *Gondwana I*, tant que son propre câble n'est pas installé. Il a également précisé avoir remporté un appel d'offre à la fin du mois de mai lancé par la société Renater.
326. Les représentants de l'OPT-NC, informés de cette situation au cours de la séance, n'ont plus contesté la réalité de l'activité commerciale de la SCCI en Nouvelle-Calédonie.

b) Sur le caractère incertain du projet de la SCCI

327. Selon l'OPT-NC, le projet de construction d'un câble sous-marin pour fournir des services de capacités de connectivité internationale est incertain pour les raisons suivantes : la SCCI n'aurait pas formulé une demande officielle d'installation de son câble dans les eaux territoriales de la Nouvelle-Calédonie auprès du Président du gouvernement ; elle tenterait de donner une matérialité à son projet en faisant valoir qu'elle aurait engagé des investissements et qu'elle aurait déjà obtenu certaines autorisations, se fondant sur l'acte coutumier du 18 novembre 2019 précité et sur un contrat, qualifié de « complaisance » avec la société Hawaïki. Il fait enfin valoir que la SCCI n'est pas un concurrent potentiel car il ne pourrait mettre en œuvre son projet étant donné le monopole « légal » de l'OPT-NC.
328. L'Autorité constate tout d'abord que le dernier argument présenté par l'OPT-NC doit être écarté dès lors qu'il a été démontré que le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit n'entre pas dans le champ du monopole de l'OPT-NC, lequel n'a qu'une valeur réglementaire.

²⁷⁷ Le conseil de la concurrence a considéré qu'« *aucun texte législatif ou réglementaire ne permet de déclarer une saisine irrecevable au motif que la partie saisissante n'établirait pas que les pratiques qu'elle dénonce lui ont causé un préjudice* » Voir la décision du Cons. conc., déc. no 94-D-37, 21 juin 1994, confirmée par CA Paris, 14 févr. 1995.

²⁷⁸ Voir le procès-verbal d'audition de M. Galasso en date du 17 mars 2020, p.2, annexe 274, cotes 3267 à 3280.

329. L’Autorité observe ensuite que l’installation d’un câble sous-marin est un processus complexe qui comprend plusieurs étapes – dont l’obtention des autorisations administratives – et qui forment un tout, comme l’a précisé la société ASN au cours de l’instruction : « *« La conception d’un câble sous-marin international comprend plusieurs étapes : - Planification (étude « papier », puis reconnaissance de la route marine et conception technique du système de transmission) ; - Fabrication en usine des différents éléments (câble, répéteurs, unités de branchement, télé-alimentation, équipements terminaux) ; - Construction des stations d’atterrissages et obtention de tous les permis nécessaires à l’occupation du sol et des fonds marins (en eaux territoriales et zone économique exclusive). A noter que la licence d’exploitation du système (auprès des autorités de réglementation des télécommunications) est du ressort exclusif des clients utilisateurs du système ; - Installation du câble et de ses équipements immergés par un navire câblé spécialisé ; - Installation des sections d’atterrissage et raccordement aux équipements en station d’atterrissage ; - Test du système complet (« commissioning ») et livraison au client ».*
330. Au cours de la séance, la SCCI a par ailleurs montré qu’elle avait formulé une demande officielle au Président du gouvernement le 30 août 2019 pour installer le câble *Tomoo* comme en atteste le dossier d’une trentaine de pages figurant à l’annexe 24. Elle a également démontré qu’elle était déjà active sur le plan commercial sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit. Elle a enfin souligné que l’OPT-NC ne disposait pas non plus des autorisations administratives qui doivent être délivrées par la Province pour installer le câble *Gondwana 2*, ce qui n’a pas été contesté.
331. Les représentants de l’OPT-NC ont en revanche considéré qu’en l’absence de réponse de la part du Président du gouvernement pour installer le câble sous-marin de la SCCI, il fallait considérer que cette demande avait fait l’objet d’un rejet implicite de la part de l’administration calédonienne.
332. L’Autorité constate toutefois que le membre du gouvernement en charge de l’économie numérique a indiqué, au cours de son audition, qu’aucune décision n’avait encore été prise en précisant : « *le problème sur ce dossier est qu’il y a un grand flou juridique, j’ai demandé au service de la DAJ comment je dois faire pour autoriser un opérateur privé à raccorder un câble sous-marin à la Nouvelle-Calédonie. J’envisage de saisir le tribunal administratif sur ce sujet, je voudrais proposer cette démarche au président du gouvernement ».* Concernant l’absence de réponse du gouvernement à la demande de la SCCI, il a ajouté : « *je leur ai dit qu’on leur donnerait une réponse au 15 novembre 2019 mais l’importance du dossier fait que nous avons décidé de prendre un peu plus de temps, notamment avec la saisine de l’État français. Ce n’est ni l’OPT ni l’opérateur privé qui nous imposera un quelconque calendrier sur cette affaire. Je souligne que l’OPT nous met une grosse pression »* (soulignement ajouté)²⁷⁹.
333. L’Autorité en déduit que la demande formulée par la SCCI auprès du président du gouvernement pour installer un câble sous-marin et l’exploiter en Nouvelle-Calédonie est une demande officielle ; qu’il existe un certain flou juridique, du point de vue du gouvernement, sur le processus d’autorisation d’installation d’un câble sous-marin porté par un opérateur privé ; et que la décision d’autoriser ou non la pose de ce câble dans les eaux territoriales n’a pas encore été prise.

²⁷⁹ Voir le procès-verbal du membre du gouvernement en charge de l’économie numérique (Annexe 40 cotes 538-539).

334. En tout état de cause, l’Autorité constate que la SCCI est déjà concurrente de l’OPT-NC lorsqu’elle répond à un appel d’offres sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit au départ de Nouméa même si elle doit, actuellement, acquérir auprès de l’OPT-NC les capacités de connectivité internationale entre Nouméa et Sydney. Elle est également un concurrent potentiel de l’OPT-NC sur ce même marché, sur la route « Nouméa – Sydney », dans le cadre de son projet de construction du câble *Tomoo*.
335. Il en résulte que la SCCI a intérêt à agir et que la saisine au fond enregistrée sous le numéro 20/0006F est recevable.
336. Il convient désormais d’examiner le caractère potentiellement anticoncurrentiel des pratiques dénoncées (B) et la demande de mesures conservatoires (C).

B. Sur le caractère potentiellement anticoncurrentiel des pratiques dénoncées

337. Dans sa plainte initiale fondée sur l’article Lp. 421-2 du code de commerce, la SCCI reproche à l’OPT-NC d’abuser de sa situation de monopole de fait sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit, à travers la mise en place d’une vente liée visant à l’évincer du marché.
338. Dans sa saisine complémentaire, elle précise que les pratiques mises en œuvre consistent également en un refus opposé par l’OPT-NC à des demandes d’interconnexion au réseau fédérateur domestique (1).
339. La SCCI fait, en outre, valoir le caractère anticoncurrentiel de l’offre tarifaire fusionnée annoncée par l’OPT-NC le 19 décembre 2019 (2).
340. Enfin, elle soutient l’existence de prix prédateurs et/ou d’éviction, dans un contexte de subventionnement croisé (3).
341. L’OPT-NC conteste le caractère anticoncurrentiel desdites pratiques considérant qu’il dispose d’un monopole « légal » sur l’ensemble des marchés des télécommunications et qu’il n’intervient que dans le cadre de l’exercice de ses prérogatives de puissance publique comme vu *supra*.

1. Sur la pratique de refus d’accès à une infrastructure essentielle

342. La société requérante reproche à l’OPT-NC de lui refuser, depuis 2019, l’accès à son réseau fédérateur domestique qu’elle qualifie d’infrastructure essentielle, ce qui se traduirait par le refus de lui « adresser une proposition concrète en vue de la signature d’une convention d’interconnexion » et viserait à l’empêcher ainsi de sécuriser son projet de câble sous-marin,²⁸⁰.
343. Pour mémoire, la Commission européenne a défini la notion d’interconnexion comme « *La liaison physique et logique des réseaux de communications publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d’une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d’une autre, ou bien d’accéder aux services fournis par une autre entreprise. Les services peuvent être fournis par les parties*

²⁸⁰ Voir la saisine complémentaire page 35, annexe 237, cote 2952.

concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics » (Soulignement ajouté)²⁸¹.

344. Les réseaux de communications électroniques sont eux-mêmes définis comme « *Les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise* » (Soulignement ajouté)²⁸².
345. La jurisprudence et la doctrine qui se sont attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure essentielle, ont défini la limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle de la manière suivante :
- 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 ;
 - et l'accès à l'infrastructure est possible.
346. Le Conseil de la concurrence métropolitain, dans son avis du 8 janvier 2004, a considéré que : « La boucle locale de télécommunications apparaît comme une facilité essentielle, telle que le conseil en donne la définition dans son avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002²⁸³. La reconnaissance de l'existence d'une facilité essentielle conduit à une limitation de la liberté

²⁸¹ Voir la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (paragraphe 2 b) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0019&from=EN>.

²⁸² Voir directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:32002L0021>.

²⁸³ Dans son avis 02-A-08 du 22 mai 2002, le Conseil de la concurrence considère que : « *La notion d'infrastructure essentielle a également inspiré, dans le secteur des télécommunications, les principes de base devant garantir l'accès au réseau de l'opérateur national par les nouveaux entrants. Les résolutions ou projets de directives pris au niveau européen pour la libéralisation de ce secteur prévoient que les exploitants des structures essentielles doivent faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces structures présentées par leurs concurrents sur les marchés de services avals et que les conditions financières offertes pour l'accès à la structure essentielle par son exploitant devront être non discriminatoires par rapport aux conditions qu'il s'applique, pour sa propre production de services concurrencés, et devront être proportionnées au service fourni, orientées vers les coûts, transparentes et relever de critères objectifs* » (page 8) .

contractuelle du détenteur de cette facilité essentielle. Celui-ci est soumis à deux contraintes : d'une part, il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont et à l'aval de l'infrastructure qu'il détient ou qu'il contrôle ; d'autre part, cet accès doit être offert dans des conditions équitables et non discriminatoires »²⁸⁴ (Soulignement ajouté).

347. Dans ce cadre, il a notamment sanctionné France Télécom en 2000 et 2005, pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché amont de l'accès haut débit à internet en refusant l'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet demandé par Neuf Télécom, société concurrente, puis en ne lui ouvrant l'accès à son réseau que dans des conditions restrictives injustifiées²⁸⁵.
348. En l'espèce, il n'est pas contesté que le réseau fédérateur domestique de l'OPT-NC constitue une infrastructure essentielle. Il est indispensable de s'y raccorder pour pouvoir fournir des services de capacités de connexion internationale aux entreprises et consommateurs utilisant la boucle locale. Il n'est pas duplicable. Le raccordement au réseau fédérateur est techniquement possible.
349. De plus, il ressort de l'instruction que malgré plusieurs demandes de la part de la SCCI pour signer une convention d'interconnexion avec l'OPT-NC et des négociations entre les deux opérateurs au cours de plusieurs réunions du 9 octobre et du 2 décembre 2019, l'OPT-NC n'y a finalement jamais répondu.
350. Dans ses observations, l'OPT-NC justifie son refus par le fait qu'il dispose d'un monopole légal sur l'ensemble des infrastructures de télécommunications intérieures et extérieures du territoire qui rend le projet de la SCCI impossible.
351. Toutefois, il ressort de l'instruction que l'OPT-NC a lui-même considéré être en situation de concurrence avec la SCCI lors de la présentation de son projet de câble *Gondwana 2* devant le congrès en décembre 2019 (voir *supra* paragraphes 110-111). Par ailleurs, il n'a jamais soulevé d'obstacle juridique tenant à l'existence d'un monopole légal pour rejeter l'examen de la demande de la SCCI²⁸⁶. Plus encore, il a participé à deux réunions avec la SCCI, portant précisément sur cette demande d'interconnexion, et avait indiqué qu'il enverrait un devis. La SCCI pouvait donc raisonnablement s'attendre à la transmission d'une proposition commerciale pour procéder à l'interconnexion²⁸⁷ (voir *supra* paragraphes 222 à 225).
352. En effet, le compte rendu interne de l'OPT-NC, élaboré suite à cette réunion indique que : « La présentation fournie par la SCCI a répondu à de nombreuses interrogations que nous avons avant cette rencontre » (Soulignement ajouté) et également que « La SCCI veut s'assurer qu'elle aura bien accès aux marchés et dans les mêmes conditions que l'OPT-NC sans discrimination et abus de position dominante. Les marchés visés sont les produits du RF et les LCEI ». Il est d'ailleurs précisé, pour ce qui concerne l'atterrage, que : « Nous (l'OPT-NC) élaborerons des propositions pour les deux dernières options [3 options pour l'atterrage

²⁸⁴ Voir l'avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORST).

²⁸⁵ Voir la décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{er} chambre section H) du 30 mars 2000 (rejet) et la décision au fond n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 relatives à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'internet haut débit.

²⁸⁶ Voir l'annexe 186, cotes 2 429 à 2 437.

²⁸⁷ *Ibid.* le compte-rendu du rapport interne précise en conclusion « *chiffrage d'un hébergement OPT de la CLS SCCI* » (Voir l'annexe 186, cotes 2 429 à 2 437).

à Nouville : (1) terrain nu de RG, (2) dans l'ancien local Energie de CITIUS ou (3) dans le data center] ».

353. Enfin, les représentants de l'OPT-NC ont confirmé lors de l'audition : « *En clair, la SCCI a demandé à l'OPT le raccordement de leur câble sous-marin au câble de l'OPT. L'OPT a répondu qu'il transmettrait un devis mais aucun document n'a été transmis* » (Soulignement ajouté)²⁸⁸.
354. Il n'est donc pas exclu qu'au-delà du refus de l'OPT-NC de donner accès à son réseau fédérateur à la SCCI, l'établissement ait adopté une attitude dilatoire consistant à accepter d'entrer en négociation, sans jamais répondre sur le fond aux demandes de raccordement sollicitées, le temps de conclure le marché de la construction du câble *Gondwana 2* avec la société ASN pour sécuriser l'internet à haut débit sur le territoire. En effet, le compte-rendu du conseil d'administration de l'OPT-NC du 19 décembre 2019 précise également que « *la proposition d'un marché d'appels d'offres concernant le câble sous-marin est repoussée au 27 février 2020. Le sujet se soumet au congrès de la Nouvelle-Calédonie à la prochaine séance du gouvernement* »²⁸⁹.
355. Or, il ressort de la jurisprudence que le refus ou la mise en œuvre de manœuvres dilatoires de la part d'un opérateur en position dominante pour donner accès à une infrastructure essentielle à un tiers sur un marché ouvert à la concurrence, comme en l'espèce, est susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante.
356. Ainsi, dans son arrêt du 8 novembre 2019 qui concernait la demande de la société Broadband Pacific à l'encontre de l'administration supérieure du territoire de Wallis et Futuna, la Cour administrative d'appel de Paris a relevé que : « Malgré des relances réitérées [d'interconnexion] notamment en 2011, les demandes de la société Broadband sont demeurées sans réponse » et elle a rappelé que : « *Si la conclusion d'une convention d'interconnexion avec l'opérateur historique n'est pas de droit, celle-ci ne saurait être refusée que pour un motif légitime, tenant par exemple au caractère déraisonnable des demandes, à une insuffisance des capacités, ou à des obstacles techniques.* »²⁹⁰ (Soulignement ajouté).
357. Par ailleurs, l'Autorité rappelle que la question du niveau de tarification offert par l'opérateur détenteur d'une infrastructure essentielle est centrale pour apprécier le fonctionnement du jeu de la concurrence sur le marché. En effet, le tarif d'interconnexion impacte directement la capacité d'un nouvel entrant à se positionner sur le marché.
358. Dans son Manuel sur la réglementation des télécommunications, la Banque mondiale fait état de ce que : « *De véritables problèmes peuvent apparaître si une entreprise dominante facture à ses concurrents des prix d'interconnexion sensiblement supérieurs aux coûts. Premièrement, cela dissuade les autres opérateurs d'entrer sur le marché et freine l'ouverture à la concurrence. Deuxièmement, ce sont les clients des concurrents qui paieront finalement ces prix excessifs. Troisièmement, ces prix excessifs peuvent fournir une source de recettes que l'entreprise dominante peut utiliser pour financer des pertes dues, par exemple, à des mesures*

²⁸⁸ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de l'OPT-NC, Annexe 83 cote 848.

²⁸⁹ Voir le compte-rendu de la réunion du conseil d'administration de l'OPT-NC du 19 décembre 2019, Annexe 92 cote 928.

²⁹⁰ Voir l'arrêt CAA Paris, 3^{ème} chambre, arrêt n°17PA03803, 18PA033893 du 8 novembre 2019, p. 7.

*de fixation des prix agressives dans le but de faire sortir les concurrents d'un marché. »*²⁹¹.

359. En ce qui concerne plus spécifiquement les principes d'interconnexion communément admis, la Banque mondiale les résume de la manière suivante : « - *Les modalités d'interconnexion ne doivent pas établir de discrimination abusive entre les opérateurs ou entre la propre exploitation d'une entreprise dominante et celle de concurrents qui assurent l'interconnexion ; - Les taxes d'interconnexion devront d'une manière générale être fondées sur les coûts ; - Le fait qu'un opérateur historique ne maîtrise pas ses coûts ne devrait pas avoir de répercussions sur le montant de la redevance demandée aux opérateurs qui assurent l'interconnexion ; - Les modalités et les procédures types devraient être publiées pour l'interconnexion avec les opérateurs dominants ; - Les redevances liées aux obligations de service universel devraient être identifiées séparément et être dissociées des taxes d'interconnexion ; - Un régulateur indépendant (ou un tiers) devrait résoudre rapidement et équitablement les différends relatifs à l'interconnexion »*²⁹².
360. En l'espèce, faute d'offre commerciale de l'OPT-NC pour permettre à la SCCI d'accéder au réseau fédérateur, celle-ci se trouve dans une situation extrêmement compliquée pour établir son business plan et pour boucler une offre de prêt avec son partenaire bancaire.
361. Dès lors, l'examen des pièces du dossier permettent de considérer que le refus de l'OPT-NC de répondre à une demande d'interconnexion sur son réseau domestique formulée par la SCCI, opérateur concurrent sur le marché aval de la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit, est susceptible de présumer, à ce stade de l'instruction, l'existence d'une pratique d'abus de position dominante de l'OPT-NC destinée à évincer la SCCI de ce marché.

2. Sur la pratique de ventes liées

362. La jurisprudence européenne considère qu'une vente liée peut constituer un abus de position dominante sous quatre conditions cumulatives : « *premièrement, le produit liant et le produit lié sont deux produits distincts ; deuxièmement, l'entreprise concernée détient une position dominante sur le marché du produit liant ; troisièmement, ladite entreprise ne donne pas aux consommateurs le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié ; quatrièmement, la pratique en cause restreint la concurrence »*²⁹³.
363. De même, l'Autorité métropolitaine de la concurrence a rappelé, dans sa décision du 27 novembre 2015, que :
- l'entreprise concernée doit être en monopole sur le marché du produit liant ;
 - le produit liant et le produit lié doivent être deux produits distincts ;
 - l'entreprise concernée ne permet pas au client d'obtenir le produit liant sans le produit lié ;

²⁹¹ Voir le Manuel sur la réglementation des télécommunications, *Vue d'ensemble de la réglementation des télécommunications*, novembre 2010, p.3.

http://www.infodev.org/sites/default/files/resource/InfodevDocuments_133.pdf.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Voir la décision TUE, 17 septembre 2007, Microsoft Corp. c/ Commission, affaire T -201/04, § 842, 843 et 859.

– et la vente liée doit être susceptible de restreindre la concurrence²⁹⁴.

364. S’agissant de la première condition, il ressort de l’instruction que l’OPT-NC est en situation de monopole réglementaire sur la plupart des marchés des télécommunications intérieures (à l’exception des marchés de la fourniture d’accès à internet et de la fourniture d’un service de voix sur IP) et est propriétaire de l’ensemble des infrastructures des télécommunications, dont le réseau fédérateur.
365. S’agissant de la deuxième condition, comme démontré aux paragraphes 137 à 153, jusqu’au 1^{er} mars 2020 le catalogue des tarifs des services de télécommunications a toujours distingué l’accès au réseau fédérateur international (produit lié) et l’accès au réseau fédérateur interne (produit liant à compter du 1^{er} mars 2020).
366. Interrogés par le service d’instruction, tous les FAI ont confirmé que les capacités d’achats en connectivité locale et internationale ont toujours été clairement identifiées comme des services distincts l’un de l’autre (le terme de « *produits* » étant généralement utilisé).
367. Le représentant de la société Can’L a ainsi déclaré que : « *La bande passante est constituée des trois produits (le RFL, le RFI et la collecte). Le RFI est le réseau qui transite obligatoirement par l’international. Il arrive par le câble, c’est le trafic « hors cache », il représente 3,4 Giga pour CAN’L (...). Le RFL représente le trafic entre entreprises, entre particuliers, ou celui des sites internet hébergés en Nouvelle-Calédonie...ce n’est pas grand-chose. Le trafic proximisé représente environ 80% du trafic local, il s’agit des serveurs caches de l’OPT* »²⁹⁵.
368. Le représentant de la société Télénet a décrit ses achats de capacités de connectivité auprès de l’OPT-NC de la façon suivante : « *J’achète en fonction de mes courbes de trafic. L’OPT-NC a trois produits (trois canaux), le trafic local (inter FAI), l’international (qui vient de l’extérieur) et la collecte. Tous ces trafics convergent vers l’OPT-NC qui est un « concentrateur ». Il y a le tarif local, international et le cumul des deux c’est la collecte* »²⁹⁶.
369. Le représentant de la société Offratel a également indiqué : « *Nous achetons un produit bande “passante locale et proximisé” et le produit bande passante internationale. La collecte c’est le péage sur l’infrastructure. Son montant dépend de la quantité qui passe sur les produits. C’est un pourcentage, nous aimerions mieux que ce soit un forfait* »²⁹⁷.
370. Il y a lieu de relever que les conditions spécifiques d’abonnement au service d’accès au réseau fédérateur de l’OPT-NC, en vigueur avant le 1^{er} mars 2020, précisaient même à l’article 5 que : « *La souscription au service comprend principalement le raccordement ethernet au RF, d’une part, et l’acheminement des capacités de trafics suivants, d’autre part : le trafic « international », le trafic « local et proximisé » et le « trafic collecte haut débit ». La souscription des trois capacités peut s’envisager de façon dissociée* » (Soulignement ajouté)²⁹⁸. De même, il ressort des factures de l’OPT-NC transmises au service d’instruction que celles-ci distinguent clairement les rubriques « *abonnement* », « *interconnexion locale* »

²⁹⁴ Voir la décision n° 15-D-16 du 27 novembre 2015 de l’Autorité métropolitaine de la concurrence (p.6).

²⁹⁵ Voir le procès-verbal d’audition du directeur d’exploitation de la société CAN’L, du 14 février 2020, annexe 43, cotes 567-578.

²⁹⁶ Voir le procès-verbal d’audition du gérant de la société Internet-NC, du 21 février 2020 annexe 46, cotes 585-594.

²⁹⁷ Voir le procès-verbal d’audition du Directeur général de la société Offratel du 7 février 2020, annexe 52, cotes 630-638.

²⁹⁸ Voir le document intitulé « OPT conditions », annexe 76, cotes 778-782.

« interconnexion internationale » et « collecte »²⁹⁹.

371. S'agissant de la troisième condition, il a été démontré aux paragraphes 175 à 184 que la nouvelle offre tarifaire en vigueur depuis le 1^{er} mars 2020 fusionne l'offre de « trafic international » et l'offre de « trafic local et proximisé » au sein d'une seule offre appelée « trafic réseau fédérateur ». Il n'est désormais plus possible de souscrire à l'offre de trafic international indépendamment de l'offre de trafic local et proximisé.
372. Interrogé sur l'intérêt pour un FAI d'acheter des capacités de connexion auprès de la SCCI après la mise en place de la nouvelle offre fusionnée, le représentant de la société Can'L a indiqué : « Je ne sais pas comment cela pourrait fonctionner. Tout dépend des conditions dans lesquelles la SCCI fait arriver son câble. Mais nous serions liés par les offres de l'OPT, si nous achetons à la SCCI, comment distinguer entre local et international dans ce que nous achetons à l'OPT-NC ? » (Soulignement ajouté)³⁰⁰.
373. Concernant la nouvelle offre de l'OPT-NC fusionnée, le représentant de la société Offratel a précisé que : « Je suis obligé de passer par l'OPT car je dois avoir des capacités de local et d'international » (soulignement ajouté)³⁰¹.
374. De même, le représentant de la société Télénet a déclaré, lors de son audition, qu'« avec l'arrivée d'un nouvel opérateur, le souci est l'offre fusionnée. En effet, si le FAI doit continuer à acheter du trafic local incluant l'international, il ne peut pas acheter en plus du trafic international chez un autre opérateur. Si l'OPT conservait deux produits, le local et l'international, et appliquait sa baisse tarifaire sur les deux, cela permettrait aux FAI d'avoir le choix, dans le futur, d'aller éventuellement chez un opérateur tiers pour la partie international. Je pense que cette nouvelle grille tarifaire a été faite pour bloquer le nouvel opérateur » (Soulignements ajoutés)³⁰².
375. S'agissant de la quatrième et dernière condition, la société plaignante soutient que la nouvelle offre de l'OPT-NC consistant à unifier les produits et tarifs « capacités internationales et capacités locales » mise en place le 1^{er} mars 2020, est une stratégie pour l'empêcher d'entrer sur le marché de gros des services de capacités de connectivité internationale haut débit.
376. À cet égard, il y a lieu de noter que le représentant de la société MLS a indiqué lors de son audition : « (...) avant d'avoir eu connaissance du projet SCCI, l'OPT nous avait présenté son projet de second câble mais il voulait baisser le prix de l'international et augmenter le prix du RF local et de la collecte. (...) après le projet de la SCCI, l'OPT a totalement changé et proposé une baisse complètement différente. C'est une réaction directe à l'annonce du second câble. L'OPT a proposé de réunir les tarifs locaux et internationaux et ce trafic unifié à la baisse. » (Soulignement ajouté)³⁰³.
377. En outre, il résulte de l'analyse menée par l'Autorité aux paragraphes 191 à 197 *supra* que la baisse des tarifs sur le réseau fédérateur international intervenue au 1^{er} mars 2020 est trois fois supérieure à la baisse moyenne observée sur la période 2008-2019 et constitue une rupture

²⁹⁹ Voir la facture OPT/Nautile n°6/19/25339 du 15-01-2020 annexe 72, cotes 763-767.

³⁰⁰ Voir le procès-verbal d'audition du directeur d'exploitation de la société CAN'L, en date du 14 février 2020, annexe 43, cote 577.

³⁰¹ Voir le procès-verbal d'audition du Directeur général de la société Offratel du 7 février 2020, annexe 52, cotes 630-638.

³⁰² Voir le procès-verbal d'audition du gérant de la société Internet-NC, annexe 46, cotes 585-594.

³⁰³ Voir le procès-verbal d'audition du co-gérant de la société MLS, annexe 63, cotes 682 à 692.

dans la politique tarifaire de l'OPT-NC, laquelle est susceptible de traduire une volonté d'éviction du nouvel entrant que serait la SCCI si elle réussissait à entrer sur le marché.

378. Au surplus, cette nouvelle offre tarifaire va à l'encontre de la politique de proximation menée par l'OPT-NC ces dernières années, aux termes de laquelle la mise en place de serveurs-caches dans les locaux de l'OPT-NC permettait de favoriser le trafic proximisé, au détriment du trafic international, et sans que cette orientation ne puisse se comprendre à l'examen des comptes-rendus des conseils d'administration de l'OPT-NC qui ont été produits.
379. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il apparaît que la nouvelle offre fusionnée de l'OPT-NC est donc susceptible de restreindre la concurrence sur le marché des services de capacités de connectivité internationale haut débit.
380. De plus, l'analyse du contenu de cette offre fusionnée interroge sur l'intérêt futur, pour les FAI, d'acheter de la capacité de connectivité internationale à un opérateur alternatif, si la SCCI venait à installer son câble sous-marin et proposer ensuite une offre de services. En effet, du fait de la tarification au volume accordée par l'OPT-NC dans le cadre de son offre fusionnée, un FAI qui souhaiterait n'acheter qu'une capacité minimale pour couvrir ses besoins en trafic local à l'OPT-NC (incontournable dans la mesure où il est le seul opérateur pour les télécommunications domestiques/internes) et qui, par ailleurs, achèterait ses capacités internationales à la SCCI, risquerait de passer dans la tranche inférieure en volume de la nouvelle grille tarifaire de l'OPT-NC et se voir ainsi appliquer un prix d'achat du Mb/s finalement plus élevé.
381. Or, selon une jurisprudence constante, le caractère abusif d'une tarification peut s'apprécier en fonction des volumes achetés, en déterminant « *si les rabais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre à son égard, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée* »³⁰⁴.
382. La Commission européenne a d'ailleurs rappelé, dans une décision de 2010, qu'« *il n'est pas nécessaire (...) que le client soit juridiquement contraint ou ait pris expressément l'engagement de s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise dominante. Il suffit que l'objet ou l'effet des incitations offertes soit de lier les clients au producteur dominant* »³⁰⁵. (Soulignement ajouté).
383. En l'espèce, comme vu *supra*, la nouvelle offre fusionnée pourrait renchérir « artificiellement » le prix global à payer pour les FAI, pour bénéficier à la fois des capacités de connectivité domestiques/internes de l'OPT-NC et des capacités de connectivité internationales proposées par la SCCI. Cette nouvelle offre fusionnée pourrait donc avoir pour effet de réduire l'intérêt de ces clients à acheter des capacités de connectivité à un autre opérateur que l'OPT-NC. Ce comportement peut ainsi être appréhendé comme une barrière à l'entrée limitant l'accès au marché des concurrents, *a fortiori* lorsqu'il est mis en œuvre par l'acteur en position dominante.
384. Enfin, comme l'Autorité l'a démontré aux paragraphes 198 à 207, la nouvelle offre fusionnée de l'OPT-NC a pour conséquence d'inciter les FSI à rompre leur relation commerciale avec

³⁰⁴ Voir CJCE, arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, point 216.

³⁰⁵ Voir l'arrêt du 25 juin 2010, Imperial Chemical Industries / Commission (T-66/01, Rec._p._II-2631) (points 298-300).

l'OPT-NC, pour devenir clients des FAI. Or, il ne paraît pas économiquement rationnel pour l'OPT-NC de se priver d'une partie de sa clientèle au profit des FAI avec lesquels il est en concurrence sur ce marché. Cette pratique pourrait résulter d'une entente anticoncurrentielle entre l'OPT-NC et les FAI ou avoir été mise en œuvre à l'initiative de l'OPT-NC dans le cadre d'une stratégie visant à atténuer l'impact pour les FAI de l'absence d'ouverture à la concurrence du marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit du fait de l'OPT-NC.

385. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la nouvelle offre fusionnée en vigueur depuis le 1^{er} mars 2020 est susceptible, à ce stade de l'instruction, de présumer l'existence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'OPT-NC.

3. Sur les pratiques de prix prédateurs et de subventions croisées

386. La SCCI soutient que : « L'offre « fusionnée » appliquée depuis le 1^{er} mars 2020 par l'OPT-NC constitue, manifestement, une pratique de prix prédateur »³⁰⁶ en faisant valoir que, depuis cette date : « les tarifs pratiqués, sur l'international, par l'OPT-NC s'établissent à 1 450 francs pacifiques HT, soit une baisse d'environ 75 % par rapport aux tarifs pratiqués jusque-là (baisse sans précédent dans l'histoire de l'OPT-NC) » (Soulignement ajouté)³⁰⁷.

387. Selon la plaignante : « Ce tarif [de l'offre fusionnée] se situe très certainement en deçà des coûts moyens variables (et, en tout état de cause, en deçà des coûts moyens totaux) supportés par un opérateur moyennement efficace exploitant, aujourd'hui, un réseau lui permettant d'offrir des capacités internationales »³⁰⁸.

388. Pour la SCCI, cette baisse de l'ordre de 75 % sur les tarifs du trafic international s'inscrit dans « Une stratégie d'éviction, dont l'existence est d'ailleurs corroborée par [...] la hausse concomitante des tarifs pratiqués sur les capacités locales (insusceptible d'être justifiée, en elle-même, de quelque manière que ce soit) »³⁰⁹.

389. Elle soutient également qu'en l'absence de séparation entre les activités monopolistiques et les activités concurrentielles de l'OPT-NC, ce dernier est susceptible d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure ses activités sous monopole pour subventionner sa nouvelle offre tarifaire, et plus particulièrement la baisse de 77 % du tarif du trafic réseau fédérateur international, qu'elle qualifie de prix prédateur³¹⁰.

390. En premier lieu, comme l'a rappelé l'Autorité dans sa décision 2019-PAC-02 du 2 octobre 2019³¹¹, pour démontrer des pratiques d'éviction par les prix de la part d'une entreprise en position dominante, les juridictions françaises ont traditionnellement recours à un test de coûts (voir le schéma *infra*).

391. Lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sur le marché sont supérieurs aux coûts totaux moyens, la pratique est considérée comme licite (zone blanche). Lorsque les prix pratiqués sont compris entre le coût variable moyen et le coût total moyen, la pratique

³⁰⁶Voir la saisine complémentaire, page 42, annexe 237, cote 2 959.

³⁰⁷ Voir la saisine complémentaire, pages 41 et 42, annexe 237, cotes 2 958 et 2 959.

³⁰⁸ *Ib idem*.

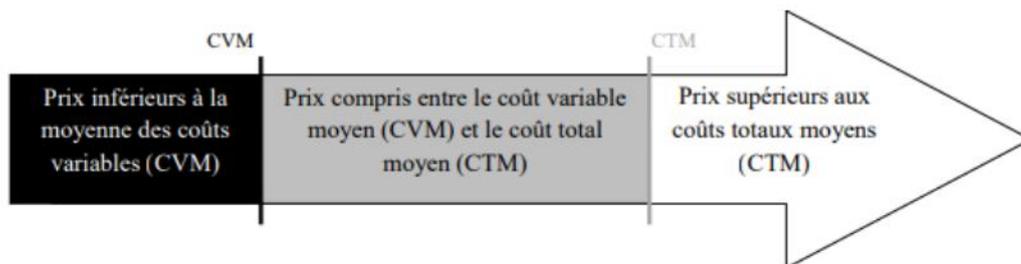
³⁰⁹ *Ibid*.

³¹⁰ *Ibid*.

³¹¹ Voir la décision n°2019-PAC-02 du 2 octobre 2019 relative à une demande dans le secteur de l'hébergement touristique à Poindimié.

doit être considérée comme abusive s'il est démontré que ces prix sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (zone grise). Enfin, lorsque les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts variables, la pratique est illicite car elle est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents, et ce indépendamment de la preuve d'une intention d'éviction (zone noire)³¹².

Schéma des tests de coûts pour démontrer une pratique d'éviction tarifaire par un opérateur en position dominante



Source : Avis de l'Autorité métropolitaine de la concurrence n° 14-A-18 du 16 décembre 2014

392. S'agissant de l'appréciation des prix pratiqués dans la « zone noire », le Conseil de la concurrence métropolitain a considéré, dans sa décision n° 00-D-50, que si « *la vente au-dessous des coûts variables suffit à caractériser une stratégie prédatrice, ce critère ne peut être appliqué lorsqu'un prix n'est inférieur au coût variable moyen que de façon épisodique* »³¹³.
393. Concernant l'appréciation de la « zone grise », l'Autorité rappelle que « *dans la mesure où l'entreprise couvre à minima ses coûts évitables moyens, il est nécessaire de prouver son intention d'éliminer toute concurrence pour caractériser une pratique de prédation, la charge de la preuve incombant au cas d'espèce au plaignant et/ou à l'Autorité de la concurrence* »³¹⁴, étant précisé que, comme l'a rappelé la Cour de cassation, il n'appartient pas à l'Autorité de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve³¹⁵.
394. À titre liminaire et contrairement à ce qu'affirme la SCCI, l'appréciation d'une pratique de prix prédateurs doit se faire, en l'espèce, au regard des coûts de l'entreprise en position dominante et non de ceux d'un opérateur moyennement efficace.
395. Par ailleurs, il y a lieu de relever que la fourniture de services de capacités de connectivité, tant locales qu'internationales, nécessitent l'utilisation d'infrastructures importantes (câble sous-marin, réseaux de fibre), qui peuvent représenter d'importants coûts fixes.
396. Toutefois, il ressort de l'instruction que l'OPT-NC a déjà rentabilisé l'investissement lié à l'installation du câble *Gondwana 1* en 2008 (d'un montant de 4,6 milliards de francs CFP) depuis le début de l'année 2020. Il en résulte que les tarifs de vente de capacités de connectivité internationale (fusionnés au sein de la nouvelle offre « trafic réseau fédérateur ») depuis le 1^{er} mars 2020 s'appliquent, actuellement, aux communications électroniques

³¹² Voir l'avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France, points 35 et suivants.

³¹³ Voir la décision n°00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir.

³¹⁴ Voir l'avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014, précité.

³¹⁵ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, du 19 janvier 2016, pourvois n° 14 21670 et 14-21671.

transmises par le câble *Gondwana 1* dont le coût moyen est en décroissance.

397. À cet égard, il ressort de l'instruction que les coûts de la fourniture des services de capacités transitant par le câble sous-marin de l'OPT-NC s'élèveraient, selon les projections actuelles de l'OPT-NC à 648 millions de F.CFP pour 2020³¹⁶ dont 339 millions de F.CFP de charges d'exploitation et 309 millions de F.CFP de dotations aux amortissements (sans précision sur le point de savoir si les coûts liés à l'installation du second câble y sont intégrés). Toujours, selon l'OPT-NC, la prévision du chiffre d'affaires de l'offre « trafic réseau fédérateur » s'élèverait à 1.085 millions de F.CFP pour l'année 2020³¹⁷.
398. Toutefois, il sera relevé que, d'une part, il ne s'agit que de prévisions et, d'autre part, celles-ci ne distinguent pas la part relevant des capacités internationales de celles relevant des capacités proximisée et locale. En tout état de cause, il apparaît, à ce stade de l'instruction, que si la part des capacités internationales au sein de l'offre « trafic réseau fédérateur » est supérieure à 60 %³¹⁸ et si les estimations de chiffres d'affaires de l'OPT-NC s'avèrent être justes, alors elles permettront de couvrir les coûts totaux moyens.
399. Comme vu *supra*, fin 2019, les FAI commandaient mensuellement à l'OPT-NC 46,9 Gb/s de services de capacités, dont 7 % pour le trafic local, 62 % pour le trafic proximisé et 31 % pour le trafic international. Mais cette répartition est amenée à évoluer significativement. En effet, la nouvelle offre tarifaire a incité les FAI à déployer leurs propres caches, comme ces derniers l'ont indiqué lors de leurs auditions respectives³¹⁹.
400. L'évolution des coûts totaux moyens dépendra donc essentiellement de l'évolution des usages de l'internet en Nouvelle-Calédonie et du volume capacités qui seront *in fine* souscrites par les clients de l'OPT-NC. Ainsi, une diminution des prix unitaires pourrait être compensée par une augmentation des volumes qui en résulterait. Cette augmentation des volumes est d'ailleurs vivement souhaitée par les FAI calédoniens qui, lors de leurs auditions, ont indiqués qu'ils comptaient augmenter leurs achats de bande passante auprès de l'OPT-NC, comme vu *supra*.
401. L'Autorité en déduit qu'il n'y a pas suffisamment d'indices permettant de présumer que les nouveaux tarifs pratiqués par l'OPT-NC depuis le 1^{er} mars 2020 soient inférieurs à la moyenne des coûts variables ni même qu'ils soient compris entre le coût variable moyen et le coût total moyen lié à l'utilisation du câble *Gondwana 1*.
402. Il en résulte qu'à ce stade de l'instruction, s'il n'est pas exclu que l'OPT-NC ait mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles destinées à évincer la SCCI du marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit, il n'existe pas suffisamment d'éléments probants de nature à démontrer l'existence de prix prédateurs au sens de la jurisprudence précitée.

³¹⁶ Source : pièce Gondwana-1-Calcul ROI – Actu 2019 (Annexe 200, cote 2762 à 2768)

³¹⁷ Source : page 7 de l'annexe 1 au procès-verbal d'audition du membre du gouvernement en charge du numérique (Annexe 41, cote 550)

³¹⁸ $60\% \times 1\,085 = 651$, qui est supérieur aux 648 millions F. CFP de coûts.

³¹⁹ Voir la page 7 du procès-verbal d'audition du représentant de Nautile (Annexe 68, cote 737), la page 4 du procès-verbal d'audition du représentant d'Offratel (Annexe 52, cote 634), la page 5 du procès-verbal d'audition du représentant de MLS (Annexe 63, cote 687) et la page 6 du procès-verbal du représentant de CAN'L (Annexe 43, cote 573).

403. En second lieu, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé, dans sa décision du 1^{er} juin 2017, que : « *Dans plusieurs décisions*³²⁰, le Conseil de la concurrence a considéré que le subventionnement croisé d'activités peut être sanctionné lorsqu'il est mis en œuvre par une entreprise dominante pour supporter une politique de prix bas sur le marché concurrentiel qui peut éventuellement être qualifiée soit de pratique de prédation, soit de pratique tarifaire ayant un effet d'éviction anticoncurrentiel.»³²¹.
404. Dans sa décision du 6 octobre 2005, le Conseil de la concurrence a considéré que : « *la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée dans le cadre d'un monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel est susceptible d'être qualifiée au regard des règles de concurrence si deux conditions cumulatives sont réunies: il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de subvention, c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts, il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté ait été utilisé pour présenter des offres anormales (prix prédateur ou perturbation durable du marché)* »³²².
405. De plus, la cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 28 juillet 2016, que, dans le cas d'une entreprise ou d'un organisme ayant à la fois des activités de service public et des activités marchandes, « *la preuve* » d'une pratique tarifaire visant à fixer, soit des prix « *dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un ou des concurrents(s)* », soit à fixer des prix « *susceptibles de provoquer des effets, potentiels ou réels, d'éviction* », peut notamment être rapportée « *par l'établissement de l'existence d'un subventionnement croisé, en ce que celui-ci atteste que l'entreprise en position dominante est en mesure de conserver sur une longue période des prix inférieurs à ses coûts à long terme et par conséquent d'exclure ses concurrents (prédations ou effet d'éviction)* »³²³.
406. En l'espèce, il ressort des paragraphes 189 à 197 que la baisse globale du prix du trafic sur le réseau fédérateur résultant de la nouvelle offre tarifaire fusionnée (- 40 %) correspond, en pratique, à une baisse très significative des tarifs des services de capacités de connectivité internationale sur le réseau fédérateur international (-77 %) alors que ce marché est ouvert à la concurrence et qu'elle est assortie d'une forte hausse des tarifs sur le trafic local et proximisé (+18%) et d'une extension du champ de la collecte pour les abonnés en fibre optique, secteur sur lesquels l'OPT-NC détient un monopole réglementaire.
407. L'Autorité en conclut qu'il appartiendra au service d'instruction, dans le cadre de la saisine au fond, de vérifier si les pratiques de l'OPT-NC relevées précédemment et susceptibles de caractériser un abus de position dominante ont eu pour effet d'évincer la SCCI du marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit, puis d'apprécier dans quelle mesure elles pourraient caractérisées des pratiques de subventions croisées au sens de la jurisprudence précitée.

³²⁰ Voir notamment les décisions n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 « EDF/Citélum », n° 00-D-57 du 6 décembre 2000 « Gaz et Electricité de Grenoble » et n° 00-D-50 du 5 mars 2001 « Française des Jeux ».

³²¹ Voir la décision n°17-D-09 du 1^{er} juin 2017, relative à des pratiques mises en œuvre par l'Institut national de recherches archéologiques préventives dans le secteur de l'archéologie préventive (point 114).

³²² Voir la décision n° 05-D-53 du 6 octobre 2005, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des espaces publicitaires du réseau des transports en commun urbains (Point 46).

³²³ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juillet 2016, RG n° 16/11253.

C. Sur la demande de mesures conservatoires

408. L'article Lp. 464-1 du code de commerce prévoit que l'Autorité « *peut, à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article Lp. 462-1 ou des entreprises (...) prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires* ».
409. Dans ce cadre, il y a lieu de relever que l'Autorité n'est donc pas tenue par les mesures conservatoires qui lui sont demandées par la SCCI.
410. Il est également prévu au même article que « *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* ».
411. Le bien-fondé d'une demande de mesure conservatoire doit ainsi s'apprécier alternativement au regard de l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. En pratique, il s'agit d'apprécier si trois critères cumulatifs sont remplis à savoir : la gravité de l'atteinte, son immédiateté et le lien de causalité entre les faits dénoncés et l'atteinte (1).
412. Enfin, les mesures conservatoires prises par l'Autorité « *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* ».
413. Ainsi, les mesures conservatoires doivent être strictement proportionnées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. Ces mesures sont, en outre, prononcées à titre conservatoire, dans l'attente de l'adoption de la décision au fond. L'Autorité devra donc apprécier, le cas échéant, si des mesures conservatoires sont nécessaires pour faire face à l'urgence et les définir (2).

1. Sur l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante

a) Sur la gravité de l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante

414. Seule une atteinte grave peut justifier une intervention préventive de l'Autorité de la concurrence. Il s'agit d'éviter qu'un dommage irréversible ne survienne et ne rende caduque l'intervention de l'Autorité dans le cadre de l'examen au fond du dossier.
415. L'Autorité de la concurrence métropolitaine 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* » (soulignement ajouté)³²⁴.
416. En l'espèce, l'OPT-NC considère qu'il n'y a aucune atteinte grave (et encore moins immédiate) à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur

³²⁴ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine décision n° 13-D-16 du 27 juin 2013, n° 12-D-01 du 10 janvier 2012 (points 183 à 185) et n° 09-D-12 du 18 mars 2009 (points 62 et 69).

ou à l'entreprise plaignante. Au contraire, l'offre tarifaire fusionnée répondrait à un besoin d'innovation et de qualité en augmentant les capacités de connexion et à la préoccupation de faire baisser les prix de l'internet pour les FAI. De plus, ces pratiques ne pourraient causer aucune atteinte grave et immédiate à la SCCI puisqu'elle n'aurait pas d'activité réelle à ce jour et ne serait pas active sur le marché, son projet étant purement hypothétique et en tout état de cause impossible à mettre en œuvre étant donné le monopole « légal » de l'office.

417. L'Autorité a toutefois déjà démontré que la SCCI est active sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit que l'OPT-NC ne dispose pas, à ce jour, d'un monopole « légal » mais d'un monopole « règlementaire » qui ne couvre pas ce marché.
418. Il ressort également de l'instruction que, compte tenu de l'investissement significatif que représente l'installation d'un câble sous-marin, la SCCI, qui démarre son activité commerciale, voit son existence, en tant qu'opérateur alternatif sur le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit, mise en péril en raison du refus d'interconnexion au réseau fédérateur local de l'OPT-NC à titre principal et en raison de la politique tarifaire engagée par l'OPT-NC depuis le 1^{er} mars 2020.
419. Il résulte de ce qui précède que les pratiques de l'OPT-NC affectent directement l'activité de la SCCI qui peut voir ses chances de développement sérieusement compromises voire disparaître.
420. Au-delà de la situation individuelle de la SCCI, les pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC sont de nature à signaler à d'autres entrants potentiels sur le marché des services de capacités de connectivité internationale que l'entrée sur ce marché est difficile voire impossible. Les pratiques dénoncées font donc obstacle au développement de la concurrence sur ce marché et favorisent le maintien d'un monopole de fait de l'OPT-NC.
421. Il ressort également de l'instruction que les pratiques de l'OPT-NC ont pour effet d'empêcher les FAI de pouvoir disposer du choix de l'offre la plus compétitive de capacités de trafic international sur un marché qui devrait être ouvert à la concurrence. Sous couvert d'une nouvelle offre tarifaire présentée comme une baisse des tarifs de 40 %, elle tend à maintenir la position de monopole de fait de l'OPT-NC sur le marché pertinent pour une longue période les privant de la possibilité de faire jouer la concurrence dans un avenir proche.
422. À cet égard, le représentant de la société Offratel a par exemple déclaré : « *L'idéal serait qu'il y ait des fournisseurs différents, pourquoi pas 3 ou 4 câbles. Pour un FAI, plus y a de câble plus le "business" est sécurisé* »³²⁵.
423. Le représentant de la société MLS a confirmé : « *Il faudrait qu'il y ait d'autres routes pour nous, que nous puissions choisir la route en fonction de la performance. L'OPT m'a expliqué que le second câble suivrait la même route que le premier, car une fois à Fidji le câble repart encore sur l'Australie. Je trouverais mieux que le second câble parte sur une autre destination. Je parle d'un point de vue technique, par exemple notre trafic c'est 90% avec la France, une deuxième route vers l'Asie ou les États-Unis serait mieux pour optimiser ce trafic.* »³²⁶.
424. Enfin, les FSI se trouvent également privés de la possibilité de se raccorder directement à un autre câble sous-marin concurrent de ceux de l'OPT-NC alors que la concurrence sur le

³²⁵ Voir le procès-verbal d'audition du Directeur général de la société Offratel, en date du 7 février 2020, p.6 (annexe 52, cote 636).

³²⁶ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société MLS, page 7 (Annexe 63, cote 689).

marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit pourrait avoir pour effet de mettre en place les conditions d'une baisse réelle des tarifs, avec des conditions d'offres plus transparentes.

425. L'Autorité en déduit que les pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC susceptibles d'être anticoncurrentielles portent une atteinte grave au secteur, menacé d'être privé de toute forme de concurrence sur un marché pourtant ouvert.
426. Enfin, les pratiques dénoncées portent une atteinte grave aux intérêts des consommateurs dans la mesure où les FAI ne seront pas en mesure de faire jouer la concurrence entre plusieurs opérateurs sur le marché des services de capacités de connectivité internationale et ne pourront donc pas avoir le choix de leur proposer des baisses tarifaires ou une amélioration sensible de la qualité de service offert grâce à une augmentation des débits à court terme.

b) Sur le caractère immédiat de l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante

427. Seule une atteinte immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante 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 juguler ou réparer.
428. Dans sa décision n°14-MC-02, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé : « *Après avoir constaté que le critère de gravité est rempli, l'Autorité distingue deux situations d'atteinte immédiate justifiant des mesures conservatoires : « l'immédiateté peut (...) être caractérisée par le caractère imminent de l'échéance. 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 » (Soulignement ajouté)*³²⁷.
429. Dans cette même décision, l'Autorité a rappelé que : « *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. Ainsi, le Conseil de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires concernant des pratiques commises sur des marchés dont l'ouverture à la concurrence était imminente et où un opérateur historique retardait la remise en cause de son monopole par les opérateurs alternatifs »³²⁸ (Soulignement ajouté).*
430. En l'espèce, l'atteinte portée à l'entreprise SCCI du fait du refus de l'OPT-NC de proposer une offre commerciale d'interconnexion du câble *Tomoo* au réseau fédérateur local est immédiate car elle empêche la SCCI d'évaluer les coûts de son futur investissement et de préparer ses propres offres commerciales de services de capacités de connectivité internationale. Cette situation interdit également le bouclage financier du projet, en association avec son partenaire bancaire, qui réclame à juste titre une visibilité sur le coût de financement du projet dont le raccordement au réseau local constitue une part indispensable.

³²⁷ Voir la décision 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 (point 234).

³²⁸ *Ib idem.* (point 259).

431. Les pratiques dénoncées sont donc susceptibles de priver de manière irréversible la SCCI de se positionner sur ce marché et de verrouiller immédiatement le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit avec des conséquences à plus long terme sur l'absence de concurrence sur ce marché en raison du maintien du monopole de fait de l'OPT-NC.
432. Les conditions d'une atteinte grave et immédiate à la situation de l'entreprise plaignante sont donc bien réunies.

c) Sur le lien de causalité entre les pratiques de l'OPT-NC et l'atteinte identifiée

433. Au regard des développements qui précèdent, il apparaît que l'atteinte identifiée à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante est directement liée au refus de l'OPT-NC de considérer le marché des services de capacités de connectivité internationale à haut débit comme un marché ouvert à la concurrence, au refus de l'OPT-NC de proposer à la SCCI une offre commerciale d'interconnexion du câble *Tomoo* au réseau fédérateur local et de la mise en œuvre d'une offre tarifaire depuis le 1^{er} mars 2020 susceptible d'être qualifiée de vente liée destinées à évincer la SCCI du marché.
434. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par l'OPT-NC qui considère toujours que ces pratiques ont été mises en œuvre dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique fondé sur son monopole « légal ».
435. Ayant démontré précédemment que ces arguments ne sont pas pertinents en l'espèce, l'Autorité considère que le lien de causalité entre les pratiques dénoncées et l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante est établi.

2. Sur les mesures conservatoires nécessaires

436. La SCCI demande à l'Autorité le prononcé des mesures conservatoires suivantes :
- « une injonction à l'OPT-NC, sous astreinte, d'accorder un accès non discriminatoire au réseau fédérateur domestique de la Nouvelle-Calédonie, en répondant aux demandes d'accès et d'interconnexion formulées par la SCCI depuis le mois d'août 2019, dans un délai de deux mois ;
 - une injonction à l'OPT-NC, sous astreinte, de suspendre son offre fusionnée décidée lors du conseil d'administration de l'OPT-NC du 19 décembre 2019 et appliquée depuis le 1^{er} mars 2020 ;
 - Et, à défaut, injonction à l'OPT-NC, sous astreinte, de soumettre au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans un délai d'un mois une nouvelle offre tarifaire non fusionnée et fixée à un niveau conforme aux exigences du droit de la concurrence. »³²⁹.
437. Elle soutient que ces mesures conservatoires sont nécessaires et proportionnées à l'atteinte grave et immédiate qu'elle subit du fait des pratiques de l'OPT-NC afin de sécuriser le financement de son projet, lancer les appels d'offres et consultations techniques en vue des travaux de pose des câbles, préparer ses futures offres commerciales et se rémunérer. A défaut

³²⁹ Voir la saisine complémentaire à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires, annexe 237, cotes 2963 et suivantes.

d'adopter ces mesures conservatoires, elle fait valoir qu'elle « *serait tout simplement contrainte d'abandonner, purement et simplement, son projet. La SCCI étant aujourd'hui le seul potentiel nouvel entrant sur le marché de gros des capacités de connectivité internationale haut débit, l'abandon de son projet signifierait dès lors, l'absence totale d'ouverture à la concurrence de ce marché* »³³⁰.

438. L'OPT-NC estime que les mesures conservatoires demandées par la SCCI excèdent largement l'étendue des pouvoirs de l'Autorité. Au-delà de son argument récurrent tenant à l'étendue de son monopole « légal », elle soutient que l'urgence fait manifestement défaut et que les mesures demandées seraient disproportionnées en créant une situation irréversible d'ouverture à la concurrence du marché qui n'a pas lieu d'être pour les raisons exposées précédemment³³¹.
439. S'agissant de la suspension des tarifs en vigueur au 1^{er} mars 2020, la mesure conservatoire conduirait à une augmentation immédiate de plus de 40 % pour les FAI de nature à créer un préjudice *in fine* aux consommateurs, alors que le projet de la SCCI ne pourrait en toute hypothèse être opérationnel avant 18 mois. S'agissant de la mesure conservatoire portant sur l'accès au réseau fédérateur, celle-ci serait non seulement imprécise mais impossible en raison de son monopole « légal ».

a) Sur la demande d'interconnexion au réseau fédérateur

440. Comme indiqué *supra*, le refus de l'OPT-NC de proposer une offre commerciale d'interconnexion du câble *Tomoo* au réseau fédérateur local porte une atteinte grave et immédiate à la SCCI.
441. Or, il ressort de la jurisprudence que, dans des situations analogues, les autorités de concurrence peuvent prononcer des mesures conservatoires visant à permettre l'accès à une infrastructure essentielle aux nouveaux entrants sur un marché pour leur permettre de concurrencer de manière effective l'opérateur historique.
442. Ainsi, dans sa décision du 18 février 2002 confirmée par la Cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France Télécom de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la 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 offertes³³².
443. De même, dans sa décision du 11 juillet 2007, le Conseil de la concurrence a enjoint à l'établissement public Télédiffusion de France (TDF) de proposer à la société TowerCast une nouvelle offre de gros d'hébergement de diffusion radio FM depuis le site de la Tour Eiffel, afin qu'elle puisse concurrencer de manière effective les offres de l'opérateur historique, étant précisé que la plainte portait sur des pratiques d'éviction de la part de TDF, lors du renouvellement de la convention d'occupation du site de diffusion hertzien de la Tour Eiffel et d'effet de ciseau tarifaire dans l'offre de gros d'hébergement proposée par TDF sur ce

³³⁰ *Ib idem*, cote 267.

³³¹ Voir les différentes observations de l'OPT-NC sur l'analyse de la demande de mesures conservatoires de la SCCI, Annexes 317, 384 et 407.

³³² Voir décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau, précitée et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{ere} chambre section H) du 30 mars 2000 (rejet).

site³³³.

444. Dans sa décision du 28 juin 2007, le Conseil de la concurrence a également demandé à EDF de proposer une offre d'électricité en base aux fournisseurs alternatifs afin qu'ils puissent concurrencer de manière effective les offres de détail de l'opérateur historique sur le marché libre, en considérant qu'à la veille de l'ouverture complète du marché, des mesures conservatoires étaient nécessaires pour améliorer les conditions d'approvisionnement des fournisseurs en électricité et permettre ainsi une concurrence effective sur les marchés de détail³³⁴.
445. Au regard de la jurisprudence et compte tenu du caractère potentiellement anticoncurrentiel des pratiques dénoncées et de l'atteinte grave et immédiate qu'elles portent aux intérêts de la plaignante, il y a lieu d'enjoindre à l'OPT-NC de proposer à la SCCI, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au réseau fédérateur local pour la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin, à des conditions objectives et non discriminatoires et orientée vers les coûts, pour lui permettre l'exercice d'une concurrence effective sur ce marché.

b) Sur la demande de suspension de l'offre tarifaire décidée lors du conseil d'administration de l'OPT-NC du 19 décembre 2019

446. Comme indiqué *supra*, la nouvelle offre tarifaire fusionnée décidée par l'OPT-NC au cours de son conseil d'administration du 19 décembre 2019 et approuvée par l'arrêté du gouvernement du 4 février 2020 porte une atteinte grave à l'économie du secteur des télécommunications, à l'intérêt du consommateur et à l'entreprise plaignante dans l'hypothèse de l'entrée sur le marché d'un nouvel opérateur concurrent.
447. Pour autant, dans la mesure où la SCCI ne sera pas en mesure de proposer une offre commerciale de services de capacités de connectivité internationale aux FAI et FSI calédoniens tant qu'elle n'aura pas posé son câble sous-marin pour relier la Nouvelle-Calédonie au câble Hawaïki à Sydney, cette pratique ne cause pas d'atteinte immédiate à l'économie du secteur des télécommunications, à l'intérêt du consommateur ni à l'entreprise plaignante.
448. Il n'y a donc pas lieu de prononcer une mesure conservatoire dans l'attente de la décision au fond de l'Autorité sur la pratique en cause.
449. Au surplus, l'Autorité considère que, dans la mesure où il existe un recours pendant devant le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie relatif à la légalité l'arrêté du 4 février 2020 portant approbation des tarifs de l'OPT-NC décidé le 19 décembre 2019, il appartiendra au juge administratif d'en apprécier la légalité en s'appuyant, le cas échéant, sur l'avis qu'il a sollicité auprès de l'Autorité avant dire droit.

³³³ Voir la décision n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société TowerCast.

³³⁴ Le Conseil a considéré que « *L'atteinte grave et immédiate démontrée (...) ne peut être prévenue que par la cessation des pratiques de ciseau tarifaire dans les offres d'approvisionnement d'EDF et la définition d'une offre permettant aux fournisseurs alternatifs au moins aussi efficaces que l'opérateur historique de concurrencer les offres de détail proposées par ce dernier aux petits professionnels* ». Voir la Décision n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie (point 168).

450. Enfin, l'Autorité souligne qu'une fois informée de la présente décision, l'OPT-NC pourrait prendre l'initiative de modifier ses tarifs de fourniture de service de capacités de connectivité sur le réseau local et international pour lever les préoccupations de concurrence soulevées par l'Autorité, avant l'examen au fond du recours de la SCCI par le tribunal administratif, et en tout état de cause, avant l'examen de la saisine au fond de la SCCI par l'Autorité

DECISION

Article 1^{er} : il est enjoint à l'Office des Postes et Télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) de proposer à la SCCI, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au réseau fédérateur local pour la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin, à des conditions objectives et non discriminatoires et orientée vers les coûts, pour lui permettre l'exercice d'une concurrence effective sur ce marché.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Virginie Cramenil de Laleu, rapporteure générale et de Mme Virginie Elissalde, rapporteure, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente de l'Autorité.

La secrétaire de séance,

La Présidente,



Flavienne Haluatr

Aurélie Zoude-Le Berre