



PARTIE 2 :

**PRATIQUE DE
L'ACNC EN 2019**



SOMMAIRE

Section 1 : Les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles	56
A. Compétence de l'Autorité	56
B. Procédure devant l'Autorité	57
1. La procédure d'engagements	57
2. La procédure de non-contestation des griefs.....	58
3. Les mesures conservatoires.....	59
C. Définition des marchés pertinents	60
1. Le secteur de l'hébergement touristique.....	60
2. Le secteur des ascenseurs.....	60
D. Qualification des comportements	61
1. Les ententes	61
2. Les accords exclusifs d'importation	62
3. Les abus de position dominante	63
4. Les prix abusivement bas.....	65
E. Les différents types de décisions	66
1. Les décisions de sanction	66
Le plafond des sanctions.....	66
Les critères de détermination du montant des sanctions	66
Le calcul du montant des sanctions.....	69
2. Les décisions d'engagements	70
3. Les décisions de sursis à statuer	71
4. Les décisions de rejet.....	72
Section 2 : Les décisions contentieuses en matière de pratiques commerciales restrictives .	73
A. Compétence de l'Autorité	73
B. Sur l'obligation de communication des conditions générales de vente	74
Section 3 : Les décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales.....	75
I. Décisions relatives aux opérations de concentration	75
A - Le champ d'application du contrôle	75
1. La notion de concentration	75
a. La notion de prise de contrôle	75
b. La notion d'entreprise commune de plein exercice.....	77
2. Les seuils de contrôle applicables en 2019	77
B - La procédure de contrôle.....	78

C - La délimitation des marchés pertinents	80
D – L’analyse concurrentielle	96
Les effets horizontaux.....	96
Les effets verticaux.....	100
Les effets conglomeraux.....	104
Les effets coordonnés.....	105
La contribution au progrès économique et l’exception de l’entreprise défaillante	106
Les restrictions accessoires.....	108
E – Les mesures correctives.....	110
II. Les décisions relatives aux opérations dans le secteur du commerce de détail	113
A. Délimitation des marchés pertinents.....	113
1. Commerces à dominante alimentaire	114
2. Commerces spécialisés.....	114
B. Analyse concurrentielle	116
1. Les opérations d’ouverture	116
2. Les opérations d’agrandissement.....	118
Section 4 : Les avis et recommandations.....	120
I. Les avis rendus dans le secteur des professions réglementées : organisation et exercice de la profession de mandataire-liquidateur	120
II. Les avis rendus dans le domaine des marchés publics	125
III. Les avis relatifs au droit de la concurrence et au fonctionnement de l’ACNC	129
IV. Les avis rendus en matière de restrictions aux importations ou à la mise sur le marché	134
A – Avis relatif à l’interdiction d’importation et de mise sur le marché d’écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens	134
B - Avis relatif à une demande de régulation de marché dans le secteur des tubes et tuyaux	136
V. Les avis rendus en matière de réglementation des prix.....	141
VI. Le suivi des recommandations de l’ACNC en 2019.....	149

Ce second volet du rapport annuel de l'ACNC vise à retracer la jurisprudence de l'Autorité dans le cadre de la mise en œuvre de ses différentes missions afin d'offrir aux entreprises et plus largement à l'ensemble des citoyens en Nouvelle-Calédonie une vue d'ensemble sur la pratique décisionnelle de l'ACNC en 2019.

Ce second volet est décliné en quatre sections qui présentent :

- les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles ;
- les décisions contentieuses en matière de pratiques restrictives de concurrence ;
- les décisions relatives aux concentrations et aux commerces de détail ;
- les avis et le suivi des recommandations de l'Autorité en 2019.

Les utilisateurs sont néanmoins invités à se reporter aux avis, recommandations et décisions originaux pour apprécier exactement le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés.

Section 1 : Les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles

L'Autorité a adopté en 2019 ses cinq premières décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, dont une décision de sanction, une décision d'acceptation d'engagements, deux décisions d'irrecevabilité pour incompétence ou de rejet pour défaut d'éléments probants et une décision de sursis à statuer.

A. Compétence de l'Autorité

Les décisions adoptées par l'Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles concernent l'ensemble des pratiques prohibées par le titre II du livre IV du code de commerce, que sont les **ententes**, les **abus de position dominante**, les **abus de dépendance économique** et les **accords exclusifs d'importation**.

Dans sa décision n° [2019 -PAC-01](#) du 23 août 2019¹¹, l'Autorité s'est prononcée sur la plainte de la Société de Services des Îles (ci-après : « Soseril »), qui invoquait une pratique de **prix abusivement bas** dans le cadre de l'attribution d'un marché dans le secteur de l'assistance en escale aéroportuaire sur les îles Loyauté. Le même grief était invoqué par le gîte Newejie à l'encontre de l'hôtel Tieti dans le cadre de la décision n° [2019 -PAC-02](#) du 2 octobre 2019¹² qui concernait le secteur de l'hébergement touristique.

¹¹ Décision n° 2019-PAC-01 du 23 août 2019 portant rejet de la saisine de la société SARL Société de Services des Îles.

¹² Décision n° 2019-PAC-02 du 2 octobre 2019 relative à une demande dans le secteur de l'hébergement touristique à Poindimié.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2019-10 du 19 avril 2019, l'article Lp. 421-5 du code de commerce qui interdisait les prix abusivement bas a été supprimé et cette pratique n'est donc plus identifiée en elle-même comme une pratique anticoncurrentielle, à moins qu'elle soit mise en œuvre par une entreprise en position dominante et constitue en tant que telle un abus.

Toutefois, les saisines ayant été enregistrées dans ces deux affaires avant l'entrée en vigueur de la loi, la pratique était bien interdite au moment du dépôt de la plainte et rentrait dans le champ de contrôle de l'Autorité.

B. Procédure devant l'Autorité

1. La procédure d'engagements

L'article Lp. 464-2 du code de commerce permet à l'Autorité d'accepter des engagements de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence et offre à l'entreprise la possibilité d'éviter le prononcé d'une sanction. La procédure d'engagements dont les modalités sont précisées par le [communiqué de procédure n° 2019-02](#) concerne une entreprise qui prend l'initiative, avant la notification des griefs, de proposer une série d'engagements suffisamment crédibles et efficaces pour permettre de mettre fin rapidement aux préoccupations de concurrence.

Dans le cadre de la décision n° [2019 -PAC-04](#) du 11 décembre 2019¹³, les sociétés Intec et Sodimas ont sollicité la mise en œuvre de cette procédure d'engagements.

Dès les premières auditions menées par le service d'instruction, les deux sociétés ont reconnu l'existence d'accords exclusifs d'importation prohibés par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce et indiqué leur intention de mettre fin à ces pratiques et d'initier la procédure d'engagements.

Tel que prévu par le communiqué de procédure susmentionné, cette initiative a conduit le service d'instruction à établir une note d'évaluation préliminaire des pratiques en cause, qui a permis d'identifier les préoccupations de concurrence dans cette affaire. Une offre d'engagements a été établie dans le cadre d'une discussion entre les entreprises et le service d'instruction.

Cette offre a donné lieu à un test de marché mis en ligne sur le site internet de l'Autorité, pour donner la possibilité aux tiers intéressés, notamment les opérateurs du secteur des ascenseurs, leurs clients (syndic, promoteurs immobiliers) ou les associations de consommateurs, de formuler des observations. En l'espèce, ce test n'a donné lieu à aucun commentaire.

Dans sa décision, l'Autorité note que les entreprises « *ont rapidement et spontanément proposé de mettre fin à [la] relation exclusive et de mettre en place des mesures destinées*

¹³ Décision n° 2019-PAC-04 du 11 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sodimas SA et Intec SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

à favoriser la diversification des relations commerciales allant ainsi au-delà du simple respect de leurs obligations légales. » (Point 139)

Les sociétés ont été invitées en séance à modifier certains de leurs engagements afin de « *pleinement répondre aux préoccupations de concurrence identifiées* ». Après avoir procédé à une évaluation de chacun de ces engagements ainsi modifiés, l'Autorité admet que ces derniers permettent de mettre fin aux préoccupations de concurrence. Elle adopte en conséquence une décision d'acceptation des engagements, qui deviennent obligatoires pour les deux entreprises à compter de la notification de la décision.

Malgré les risques d'atteinte à la concurrence qui découlent des accords litigieux, les sociétés en cause n'ont pas fait l'objet de sanction eu égard à l'initiative prise par les deux entreprises de déclencher la procédure d'engagements, du contenu de ces engagements et de leur durée illimitée qui « *devrait permettre le rétablissement sur le long terme, de conditions satisfaisantes d'une concurrence intramarque (...) sur les marchés concernés qui est elle-même susceptible de favoriser la concurrence intermarque.* » (Point 198)

Dans sa décision n° [2019 -PAC-05](#) du 26 décembre 2019, l'Autorité a également été amenée à évoquer la procédure d'engagements, deux des entreprises en cause ayant considéré que la rapidité de la procédure et de la notification des griefs les avait privé de la possibilité d'obtenir le bénéfice de cette procédure d'engagements¹⁴.

L'Autorité rappelle que le déclenchement d'une telle procédure a nécessairement pour origine une initiative de l'entreprise concernée, mais que le service d'instruction n'est pas tenu de donner suite à cette demande.

Toutefois, en l'espèce, l'Autorité constate que les entreprises n'ont jamais sollicité le bénéfice de cette procédure alors qu'elles en auraient eu la possibilité eu égard à leurs échanges réguliers avec le service d'instruction pendant environ cinq mois. En outre, les deux sociétés « *ne pouvaient méconnaître le déroulement de la procédure d'engagements applicable devant l'Autorité* » (Point 163), celles-ci ayant bénéficié de l'assistance de conseils juridiques associés dès le départ aux échanges.

2. La procédure de non-contestation des griefs

L'article Lp. 464-2 III du code de commerce permet à une entreprise qui ne conteste pas la réalité des griefs qui lui ont été notifiés de bénéficier, sur proposition du rapporteur général, d'une réduction automatique de moitié de la sanction encourue. Si l'entreprise s'engage à modifier son comportement pour l'avenir et sur proposition du rapporteur général, l'Autorité peut également en tenir compte dans la fixation du montant de la sanction.

Dans le cadre de la décision n° [2019 -PAC-05](#) du 26 décembre 2019 précitée¹⁵, les sociétés Kone, Socometra, Otis et Pacific Ascenseurs, mises en cause pour avoir conclu

¹⁴ Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

¹⁵ *Ib idem.*

des accords exclusifs d'importation dans le secteur des ascenseurs, ont souhaité bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs.

Elles ont donc formulé une déclaration de non-contestation des griefs et une offre d'engagements, actés par des procès-verbaux signés par la rapporteure générale de l'Autorité et les représentants des entreprises.

Ces procès-verbaux permettent d'acter formellement l'introduction de la procédure de non-contestation des griefs, les sociétés confirmant *« qu'elles ne contestent « ni la réalité des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donne le service d'instruction », ni « la régularité de la procédure » et « la validité des griefs » et qu'elles renoncent « à contester la réalité des pratiques en cause » ou « des faits constitutifs de ces pratiques ».* (Point 118)

Comme le rappelle la décision, l'entreprise doit *« renoncer à contester, non seulement la réalité de l'ensemble des pratiques visées par la notification des griefs, mais également la qualification qui en a été donnée au regard des dispositions du code de commerce, ainsi que sa responsabilité dans la mise en œuvre de ces pratiques. »* (Point 154)

Cette renonciation doit être *« expresse, complète et dépourvue d'ambiguïté »* (Point 155) et *« suffit pour permettre à l'Autorité de considérer que l'ensemble des infractions en cause sont établies à l'égard des parties qui ont fait ce choix procédural. »* (Point 156)

La non-contestation des griefs et la formulation d'une série d'engagements ont été prises en compte dans le calcul du montant final de la sanction qui figure dans la décision de l'Autorité.

3. Les mesures conservatoires

A l'occasion de sa décision n° [2019-PAC-02](#), l'Autorité s'est prononcée sur une demande de mesures conservatoires présentée accessoirement à la saisine au fond.

Conformément aux dispositions de l'article Lp. 464-1 du code de commerce, des mesures conservatoires peuvent intervenir *« 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. »*

La décision susmentionnée rappelle que *« lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si la saisine au fond est recevable et si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants et, dans la négative, de rejeter la saisine, ce rejet entraînant, par voie de conséquence, celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celles-ci. »* (Point 76)

L'Autorité ayant rejeté la saisine au fond pour défaut d'éléments probants, la demande de mesures conservatoires a nécessairement été rejetée dans cette affaire.

C. Définition des marchés pertinents

La délimitation des marchés pertinents est une étape essentielle du contrôle des pratiques anticoncurrentielles qui permet dans un premier temps d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et dans un deuxième temps d'apprécier leur pouvoir de marché avant toute qualification des pratiques alléguées.

1. Le secteur de l'hébergement touristique

Dans sa décision n° [2019-PAC-02](#) précitée, l'Autorité a mené une analyse spécifique des marchés pertinents dans le secteur de l'hébergement touristique à Poindimié, étant rappelé que la définition des marchés pertinents permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises et leur pouvoir de marché. Elle a considéré en l'espèce que les prestations proposées par le gîte Neweje et l'Hôtel Tieti n'étaient pas substituables, tant du point de vue de l'offre que de la demande. En conséquence, les deux établissements n'appartiendraient pas au même marché pertinent.

Toutefois, du fait de la baisse des prix pratiquée par l'hôtel Tieti, « *une part importante de [la clientèle traditionnelle du gîte Neweje] (environ 80 %) aurait été captée par l'hôtel Tieti, situé à proximité* ». (Point 98)

N'étant pas exclu que les deux établissements « *puissent être considérés comme concurrents sur certaines catégories d'hébergement sur la zone de Poindimié depuis la mise en place de la politique de « revenu management » de l'hôtel Tieti* ». (Point 101), l'Autorité a été amenée à examiner les pratiques alléguées.

Toutefois, dans cette affaire, la requête étant rejetée pour défaut d'éléments probants, il n'y a pas lieu « *de caractériser plus précisément le marché pertinent* ». (Point 117)

2. Le secteur des ascenseurs

Les décisions n° [2019-PAC-04](#) et n° [2019-PAC-05](#) précitées concernaient toutes deux le secteur des ascenseurs.

Dans ces deux décisions, l'Autorité a retenu une délimitation du marché spécifique à la Nouvelle-Calédonie et distincte de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence métropolitaine et européenne.

Tel que précisé dans la décision n° [2019-PAC-04](#), ces autorités ont considéré que « *le secteur des ascenseurs et escaliers mécaniques regroupe deux types d'activité distincts, d'une part, la conception, la fabrication et l'installation d'ascenseurs, escaliers mécaniques et monte-charges dans les immeubles, d'autre part, l'entretien, la réparation et la modernisation des équipements installés.* » (point 22)¹⁶ En conséquence, « Deux

¹⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 96-A-14 du 19 novembre 1996 *relatif au projet de prise de contrôle de la société Ascenseurs Soulier par la société Otis*, et n° 97-A-20 du 4 janvier 1997 *relatif à une demande d'avis de la*

catégories d'opérateurs sont donc distinguées par la pratique décisionnelle métropolitaine : ceux qui conçoivent, fabriquent et installent les équipements et ceux qui offrent des prestations de service (maintenance/entretien, réparation et modernisation). » (point 24)

En Nouvelle-Calédonie, la situation est différente puisque « contrairement à la métropole, les opérateurs dans ce secteur interviennent tous, à la fois, dans l'activité de vente et d'installation des appareils (ascenseur, monte-charge, élévateur) et dans celle des prestations de service (maintenance/entretien, réparation et modernisation) des équipements installés. » (point 25)

Dès lors « la commercialisation d'appareils complets et de sous-ensembles repose sur les relations directes existant entre les industriels basés en Europe et les opérateurs locaux établis en Nouvelle-Calédonie, qui assurent l'importation, la vente, l'installation et les prestations de services sur les ascenseurs (maintenance et réparation). » (point 97)

Les opérateurs de Nouvelle-Calédonie disposent donc du fait de l'accord exclusif d'importation d'un monopole à la fois sur le marché de l'approvisionnement et sur le marché de la maintenance, ce qui constitue un facteur d'aggravation de la pratique (voir *infra* "Les décisions de sanction").

D. Qualification des comportements

Dans le cadre de ses décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité doit déterminer si les comportements litigieux allégués dans la plainte ou dans l'auto-saisine sont constitutifs d'une entente, d'un accord exclusif d'importation, d'un abus de position dominante ou d'un prix abusivement bas¹⁷.

1. Les ententes

Les ententes anticoncurrentielles sont interdites par l'article Lp. 421-1 du code de commerce lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Dans sa décision n° [2019-PAC-01](#) précitée, l'Autorité rappelle qu'une « *pratique d'entente anticoncurrentielle prohibée suppose un accord de volontés entre des entités économiques disposant chacune d'une autonomie de décision suffisante.* » (Point 88). Or dans cette affaire, le marché de prestations d'assistance en escale a été attribué par la société Air Loyauté à la société Loyalty Tours, toutes deux détenues à 100 % par une même société mère, la société Sodil.

Fédération des Ascenseurs sur la situation de la concurrence créée par la diversification des activités de la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) dans le secteur des ascenseurs et escaliers mécaniques. Décision de la commission européenne du 21 février 2007 portant sur l'affaire du cartel des ascenseurs et des escaliers mécaniques.

¹⁷ Avant la suppression de l'article Lp. 421-5. Voir le point A de la présente section.

L'Autorité note également que le pouvoir de décision appartient au président de la Sodil avec chaque dirigeant de la filière concernée.

Le risque d'entente anticoncurrentielle entre Air Loyauté et Loyalty Tours est nécessairement écarté du fait de l'absence d'autonomie de ces deux sociétés.

En outre, la société Air Loyauté a attribué le contrat de prestation de services en escale à la société Loyalty Tours au terme d'une procédure d'appel d'offres. Or, n'étant pas soumise à la réglementation des marchés publics, elle aurait pu attribuer le marché à toute entreprise de son choix ou l'internaliser au sein de son groupe, sans que l'organisation d'un appel d'offres ne lui soit imposée.

L'attribution de ce marché à la société Loyalty Tours ne pouvait donc être à l'origine d'une entente anticoncurrentielle.

2. Les accords exclusifs d'importation

L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce interdit « *les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises.* »

Assimilables à certaines pratiques de restriction verticale, ces accords constituent toutefois une infraction *per se* qui tient compte de la situation spécifique des collectivités d'outre-mer. Elle a d'ailleurs été introduite en Nouvelle-Calédonie sur le modèle de l'article L. 420-2-1 du code de commerce de l'État qui interdit ces mêmes pratiques dans les départements d'outre-mer.

Les décisions précitées n° [2019-PAC-04](#) et [2019-PAC-05](#) identifient plusieurs accords exclusifs d'importation passés entre une entreprise implantée en Nouvelle-Calédonie (installation et maintenance d'ascenseurs) et une entreprise implantée à l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie (fournisseurs d'appareils et de pièces d'ascenseurs).

L'Autorité apporte plusieurs précisions concernant les principes qui régissent l'examen de ces comportements.

Tout d'abord, la forme de l'accord est indifférente, il ne s'agit pas nécessairement d'un contrat écrit ou de clauses expresses, un accord non écrit pouvant avoir pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs. Dans les deux décisions d'espèce, les accords ont cependant été formalisés par des contrats incluant sans ambiguïté des clauses d'exclusivité et dans un cas, par une « attestation d'exclusivité » établie par l'entreprise locale.

Étant rappelé que les accords exclusifs d'importation constituent une forme d'entente et par analogie avec la jurisprudence établie par l'Autorité métropolitaine pour les accords exclusifs dans les départements d'outre-mer, l'Autorité indique dans sa décision n° [2019-PAC-04](#) que lorsqu'elle « *examine des pratiques mises en œuvre par des entreprises au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante. Il suffit que le secteur soit*

déterminé avec assez de précision pour permettre d'apprécier l'incidence des pratiques en cause sur la concurrence. » (Point 90)

De plus, « le standard de preuve requis pour l'application de l'article Lp. 421- 2-1 du code de commerce est moins élevé que celui exigé en matière de restrictions verticales ou d'abus de position dominante. En effet, l'article Lp. 421-2-1 permet d'établir l'infraction du seul fait de l'existence d'accords ou de pratiques concertées aboutissant à l'octroi de droits exclusifs d'importation sans qu'il soit nécessaire de prouver que les pratiques en cause ont des effets anticoncurrentiels. » (Point 93)

« Il est ainsi consacré l'existence d'infractions per se, dont la qualification est indépendante de leur impact présumé, potentiel ou réel sur le fonctionnement de la concurrence. En ce sens, le standard de preuve nécessaire à l'établissement de ces infractions est allégé par rapport à celui nécessaire à l'application des règles de concurrence stricto sensu. » (Point 94)

Dans sa décision n° [2019-PAC-05](#), l'Autorité précise en quoi l'exclusivité affecte un marché, comme celui des ascenseurs, en Nouvelle-Calédonie : *« L'existence d'une exclusivité sur l'approvisionnement en appareils complets et sous-ensembles d'ascenseurs en Nouvelle-Calédonie confère en effet un monopole à un importateur-distributeur au détriment de ses concurrents sur le marché de la vente et de l'installation d'ascenseurs. » (Point 150)*

« Plus largement, les exclusivités territoriales dont bénéficient les importateurs-distributeurs, (...) empêchent ainsi l'exercice du libre jeu de la concurrence intra-marque entre les distributeurs susceptibles d'importer les produits concernés et créent une segmentation artificielle du marché. » (Point 151)

L'Autorité a également cité dans sa décision, n° [2019-PAC-04](#), des circonstances susceptibles de renforcer l'atteinte à la concurrence.

Tel est le cas si les relations commerciales sont établies de longue date entre le fabricant et l'opérateur calédonien, les accords les formalisant ayant nécessairement *« une durée longue qui en assurent la pérennité. » (Point 116)*

D'autre part, pour les produits concernés, les possibilités de contournement sont très limitées pour les clients de ces opérateurs. Pour certaines pièces détachées, ils peuvent chercher à s'approvisionner auprès d'une société intermédiaire de métropole ou sur internet, mais cette option est exclue pour les appareils complets et composants « clés ». Cette circonstance renforce les risques d'atteinte directe à la concurrence sur le marché de la distribution des ascenseurs.

3. Les abus de position dominante

Dans sa décision n° [2019-PAC-01](#) précitée, l'Autorité devait se prononcer sur l'existence d'un éventuel abus de position dominante dans le cadre d'un marché de prestations d'assistance en escale.

L'Autorité rappelle que l'abus de position dominante, prohibé par l'article Lp. 421-2 Code de commerce, « *est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante sur un marché où, du fait précisément de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli, lorsque ces comportements ont pour effet, actuel ou potentiel, de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale entre opérateurs économiques, fondée sur les mérites de chacun, au maintien du degré de concurrence existant encore ou au développement de cette concurrence.* » (Point 95)

Pour rejeter la plainte dans le cas d'espèce, l'Autorité indique que la société Loyalty Tours, attributaire du marché, « *n'était pas présente sur le marché des services d'assistance en escale au moment de soumissionner et ne pouvait donc se trouver en position dominante sur ce marché ni commettre un éventuel abus.* » (Point 101)

L'abus de position dominante ne peut non plus être retenu vis-à-vis de la société Air Loyauté, organisateur de l'appel d'offres.

En effet, bien que cette société puisse être considérée comme étant en monopole de fait sur le marché de la desserte aérienne inter-îles Loyauté, l'abus ne serait caractérisé que dans l'hypothèse où pourrait être démontrée la mise en œuvre de « *pratiques ayant pour objet ou pour effet d'évincer la société [plaignante], sur un marché connexe, celui de l'assistance en escale dans les aéroports concernés.* » (Point 102)

L'Autorité relève plusieurs faits qui conduisent à exclure cette hypothèse. Tout d'abord, la société Air Loyauté a eu recours aux services de la société plaignante, la société Soseril, pendant près de deux ans, sans avoir procédé à aucune mise en concurrence. De plus, c'est la société Soseril elle-même qui a mis fin à la relation contractuelle litigieuse. Au lieu de choisir directement la société Loyalty Tours pour prendre le relais de la société Soseril, comme elle en avait la possibilité, la société Air Loyauté a choisi de mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres qui permettait une ouverture à la concurrence et à laquelle pouvait participer la société Soseril.

Enfin, en l'espèce, le test de coûts pratiqué sur l'offre présentée par la société attributaire du marché ne permet pas de caractériser une pratique de prix prédateur ou d'éviction tarifaire.

Ce test de coût, également pratiqué dans le cadre d'une autre décision n° [2019-PAC-02](#), est inspiré de la méthode retenue par l'Autorité métropolitaine de la concurrence et repose sur une comparaison entre les prix pratiqués par l'entreprise et les coûts totaux moyens. Trois zones sont définies pour identifier les différentes situations qui peuvent être observées. Ainsi, « *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 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).* » (Point 105)

Dans cette affaire, le gîte Newejeie considérait que les prix pratiqués par l'hôtel Tieti constituaient des prix prédateurs et caractérisaient une pratique d'abus de position dominante. En réalisant le test de coûts susmentionné, l'Autorité conclut que la mise en œuvre d'une telle pratique ne peut être établie. Elle relève à cet égard :

- qu'aucun élément ne permet de considérer que les prix de l'hôtel Tieti sont à un niveau inférieur au coût variable moyen de l'hôtel (« zone noire ») ;
- qu'aucun élément ne permet de conclure que le prix de vente moyen, qui pourrait se situer dans la « zone grise », constituerait un sacrifice financier pratiqué par l'hôtel pour évincer ses concurrents. Au contraire, il ressort de l'enquête que ce prix résulte de la mise en place d'une politique de « revenu management » et vise une augmentation du taux de remplissage de l'hôtel pour mieux amortir les coûts fixes, notamment la masse salariale ;
- d'autres éléments que les prix pratiqués par l'hôtel Tieti peuvent expliquer la baisse de fréquentation du gîte Newejeie.

4. Les prix abusivement bas

Dans le cadre de sa décision n° [2019-PAC-01](#) précitée, pour évaluer l'existence ou non d'une pratique de prix abusivement bas invoquée par la société plaignante, l'ACNC a pris comme référence les trois critères cumulatifs dégagés par l'Autorité de la concurrence métropolitaine :

- le prix mis en cause doit être un prix de vente au consommateur,
- le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation,
- le prix doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concerné.

En l'espèce, le marché portait sur la fourniture de prestations d'assistance en escale au profit de la société Air Loyauté. Dans la mesure où cette société disposait de compétences techniques avérées dans ce domaine, elle ne pouvait être considérée comme un consommateur. Le premier critère obligatoire n'étant pas rempli, l'Autorité a rejeté ce moyen.

Dans sa décision n° [2019-PAC-02](#) précitée, l'Autorité rappelle également que « *les conditions à réunir pour emporter une qualification de prix abusivement bas sont identiques à celles qui doivent être réunies pour qu'une pratique soit qualifiable de prix prédateurs de la part d'un opérateur en position dominante.* » (Point 104)

Un test de coûts unique a donc été effectué dans cette décision pour déterminer l'existence ou non d'une pratique de prix abusivement bas et d'une pratique d'éviction par les prix (voir point 3 sur « Les abus de position dominante »).

E. Les différents types de décisions

1. Les décisions de sanction

Comme le prévoit l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut être amenée à prononcer des sanctions pécuniaires « *proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.* »

Pour une entreprise, le montant de la sanction peut atteindre 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe¹⁸.

En 2019, l'Autorité a adopté sa première décision de sanction. La décision n° [2019-PAC-05](#) précitée¹⁹, rendu à la suite d'une saisine d'office de l'Autorité, prononce en effet des sanctions pécuniaires à l'encontre de quatre entreprises²⁰ ayant conclu des accords exclusifs d'importation dans le secteur des ascenseurs.

Le plafond des sanctions

L'application dans cette affaire de la procédure de non-contestation des griefs implique que la sanction applicable aux quatre sociétés en cause ne pouvait excéder 2,5 % de leur chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article Lp. 464-2 III du code de commerce.

En outre, l'article Lp. 464-5 du code de commerce prévoit que lorsque l'affaire est examinée selon la procédure simplifiée²¹, comme tel est le cas en l'espèce, la sanction ne peut excéder 89 550 000 FCFP.

Les critères de détermination du montant des sanctions

Afin de déterminer le montant des sanctions, dans la limite du plafond susmentionné, l'Autorité se fonde sur trois critères.

– la gravité des pratiques

L'Autorité a tout d'abord considéré que la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence métropolitaine dégage pour les accords exclusifs d'importation conclus dans les DOM

¹⁸ Au moment de l'adoption de la décision n° 2019-PAC-05, l'article Lp. 464-2 prévoyait un montant de 5 % du montant du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie. L'article a été modifié sur ce point par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020.

¹⁹ Pour le détail de la procédure et des pratiques en cause, voir les points B.2 et D.2 de la présente section.

²⁰ Les sociétés Kone, Socometra, Otis et Pacific Ascenseurs.

²¹ Conformément à l'article Lp. 463-3, « *Le rapporteur général de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut, lors de la notification des griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera examinée par l'autorité sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties.* »

était transposable en Nouvelle-Calédonie. Elle a ainsi indiqué que cette infraction « *qui consiste à accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises en outre-mer, non justifiés par l'intérêt des consommateurs a, en elle-même, un impact négatif sur la concurrence intramarque et empêche l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires.* » (Point 168)

D'autre part, bien que l'Autorité métropolitaine considère également que cette pratique ne revêt pas le même degré de gravité que les ententes et abus de position dominante, l'ACNC a estimé qu'en l'espèce la gravité des pratiques n'en était pas moins établie.

Elle souligne en effet que les opérateurs « *s'interdisent volontairement de faire jouer la concurrence intramarque tant dans le cadre de l'installation des ascenseurs que dans le cadre des prestations de modernisation et de maintenance de ces appareils.* » (Point 170)

Les maîtres d'ouvrages et maîtres d'œuvre, les gestionnaires de résidences immobilières et les syndicats sont donc confrontés à une limitation de la concurrence lorsqu'ils organisent et entreprennent la mise en concurrence des opérateurs locaux pour une installation d'ascenseurs.

Mais l'Autorité souligne que la gravité de la pratique est renforcée du fait de son impact sur les consommateurs finaux à travers l'augmentation des charges qui en résultent pour les locataires ou propriétaires des immeubles disposant d'ascenseurs, pendant toute la durée de vie de l'ascenseur. En effet, « *l'installation ou la modernisation d'un appareil est décisive, car elle rend le client et le consommateur final captifs du distributeur local pour ce qui va concerner la maintenance et la réparation de cet appareil (...).* » (Point 173)

De plus, le marché des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie est spécifique en ce qu'il regroupe en un marché unique les activités de vente et d'installation et les activités de maintenance (voir infra "Définition des marchés pertinents"). Ce constat constitue un facteur d'aggravation des pratiques puisque les opérateurs "*s'interdisent volontairement de faire jouer la concurrence intramarque tant dans le cadre de l'installation des ascenseurs que dans le cadre des prestations de modernisation et de maintenance de ces appareils.*" (point 170).

Le monopole dont bénéficient les opérateurs sur le marché de la maintenance est susceptible de conduire à des prix élevés sur cette partie de leur activité.

Enfin, l'Autorité a considéré que la dimension modeste du marché affecté et l'introduction relativement nouvelle²² de l'interdiction de ces accords ne sont pas de nature à atténuer la gravité du comportement des entreprises.

Elle estime nécessaire de mettre fin à cette « *pratique historique [des accords exclusifs d'importation] qui a modelé le fonctionnement de nombreux secteurs de l'économie calédonienne et dissuadé l'émergence de nouveaux entrants faute de pouvoir récupérer la « marque » ou la « carte » de leurs concurrents.* » (Point 171).

²² Cette pratique est prohibée depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-8 du 24 octobre 2013, soit à compter du 21 mars 2014 pour les pratiques en cours.

– le dommage à l'économie

L'Autorité rappelle tout d'abord des principes généraux relatifs à l'application de ce critère. Tout d'abord, sans avoir à établir une « *évaluation précise de ce dommage* », il appartient à l'Autorité d'évaluer son « *importance* », pour reprendre les termes de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, ce qui implique « *une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause.* » (Point 174).

En s'inspirant de la jurisprudence métropolitaine, l'Autorité a ensuite dégagé les différents éléments qui doivent être examinés pour évaluer l'ampleur de l'infraction et par conséquent son impact sur l'économie : la couverture géographique, la part de marché cumulée des parties dans le secteur concerné, la durée de la pratique, ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, les caractéristiques économiques pertinentes du secteur concerné.

Dans le cas d'espèce, l'Autorité note particulièrement que les pratiques ont été mises en œuvre sur tout le territoire de la Nouvelle-Calédonie et que le secteur des ascenseurs se caractérise par une faible intensité concurrentielle.

Elle souligne également que les clients des opérateurs locaux ne disposent pas d'une possibilité de contournement pour les produits concernés puisqu'ils ne peuvent s'approvisionner directement auprès d'autres distributeurs et accéder aux informations, formations et outils nécessaires à la maintenance des appareils.

Il en découle nécessairement un renchérissement des coûts supportés par les clients pour toutes les opérations d'installation et de maintenance.

Enfin, l'Autorité note que la « *faible fréquence de renouvellement des ascenseurs* » conduit « *à renforcer la puissance de marché des opérateurs locaux par rapport à leurs clients susceptibles de leur permettre de pratiquer des tarifs de maintenance beaucoup plus élevés qu'en situation concurrentielle.* » (Point 181).

L'Autorité conclut de ces différents éléments que le dommage causé par les pratiques en cause est important.

– La prise en compte des engagements proposés en réduction du montant de la sanction

Les engagements proposés par les entreprises, en ce qu'ils permettent de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle ou de renforcer la concurrence pour l'avenir peuvent être acceptés par l'Autorité et sont alors pris en compte pour la fixation du montant de la sanction.

En l'espèce, les quatre entreprises en cause ont pris les mêmes types d'engagements.

D'une part, les sociétés se sont engagées à mettre en conformité leurs contrats dans le cadre de leurs relations commerciales actuelles et futures, sous le contrôle de l'Autorité, et à prendre différentes mesures de communication propres à informer leurs clients et

l'ensemble des personnes intéressées des conséquences de la décision rendue par l'Autorité.

Ces mesures sont susceptibles de dynamiser la concurrence intramarque (possibilité de faire appel à de nouveaux opérateurs locaux) et intermarque (possibilité pour les opérateurs locaux de distribuer de nouvelles marques).

D'autre part, les entreprises Otis et Kone, qui fabriquent les ascenseurs et pièces d'ascenseurs, se sont engagées à inscrire en annexe de leurs contrats commerciaux des critères objectifs de sélection des distributeurs, fondés sur les qualifications professionnelles de ces derniers et leurs acquis en matière de formation initiale et continue, et à accorder à tous ces distributeurs l'accès à leurs prestations de formation et d'assistance technique.

En conséquence, l'Autorité a pu en déduire que tout opérateur local remplissant les conditions techniques définies par les entreprises Otis et Kone aurait la possibilité d'assurer la distribution de leurs produits.

Les engagements proposés sont pris sans limitation de durée, à l'exception des mesures de communication nécessairement ponctuelles et de l'obligation de transmission des nouveaux contrats à l'Autorité, limitée pour trois des sociétés à cinq ans.

Les engagements ainsi proposés ont été acceptés par l'Autorité, rendus obligatoires et pris en compte dans le calcul des sanctions.

Le calcul du montant des sanctions

Pour calculer le montant des sanctions, l'Autorité a pris en compte « *la valeur des ventes de l'ensemble des catégories de produits ou services en relation avec les infractions réalisées en Nouvelle-Calédonie.* ». Comme le précise la décision, cette méthode permet « *de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à l'ampleur économique de l'infraction ou des infractions en cause, d'une part, et au poids relatif, sur le secteur concerné de chaque entreprise qui y a participé, d'autre part.* » (Point 223).

D'autres éléments sont pris en compte dans le calcul du montant de la sanction, notamment les engagements proposés par les parties.

En l'espèce, les engagements proposés dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs ont permis aux entreprises concernées de bénéficier d'une réduction de 20 à 30 % du montant de la sanction qui aurait normalement été encourue.

Ainsi, « *au regard des engagements proposés et du faible montant de la sanction maximale susceptible de leur être infligée* », l'Autorité a retenu pour les sociétés Kone et Otis « *la fourchette basse proposée par la Rapporteuse générale, soit 20 % de réduction du montant de la sanction encourue* ». (point 230).

Plus encore, « *l'engagement de la société Socometra de se mettre en conformité sur l'ensemble de ses activités, au-delà même du seul secteur des ascenseurs est un élément positif qui mérite d'être pris en considération pour s'inscrire dans la fourchette haute de la*

réduction proposée par la Rapporteuse générale, soit 30 % de réduction du montant de la sanction encourue. » (point 231).

Au-delà de la formule de calcul et de la prise en compte des engagements, des critères individuels tenant à la situation de chaque entreprise peuvent également faire varier le montant de la sanction. Si aucune circonstance aggravante n'est à retenir en l'espèce, d'autres circonstances ont pu entraîner un ajustement à la hausse ou à la baisse du montant de la sanction.

Ainsi, *« l'envergure de l'entreprise en cause ou du groupe auquel elle appartient »* peut constituer un critère d'appréciation.

La société Pacific Ascenseurs *« est une petite entreprise n'ayant pas la même capacité à appréhender les évolutions législatives et, en particulier, l'introduction d'une interdiction légale des accords exclusifs d'importation depuis 2014 alors que cette pratique était extrêmement courante en Nouvelle-Calédonie pendant de nombreuses années. »* (Point 228). Cette circonstance a été prise en compte dans le calcul du montant de la sanction.

L'Autorité rappelle qu'au contraire, le fait qu'une entreprise ait *« au-delà des seuls produits ou services en relation avec l'infraction, un périmètre d'activités significatif, ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération d'une infraction donnée, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire. »* (Point 229).

2. Les décisions d'engagements

La décision n° [2019 — PAC-04](#) précitée²³ a été rendue à la suite d'une saisine d'office de l'Autorité, concernant l'accord exclusif d'importation conclu entre les sociétés Sodimas et Intec dans le secteur des ascenseurs.

L'Autorité a accepté les engagements proposés par les deux sociétés, qui permettent de répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.

Outre la mise en conformité de leurs contrats actuels et futurs, sous le contrôle de l'Autorité, les sociétés se sont engagées à mettre en œuvre des mesures de communication pour informer leurs clients et l'ensemble des personnes intéressées de la cessation de la relation exclusive.

Ces premiers engagements, susceptibles de favoriser la concurrence intramarque et intermarque, ont été acceptés par l'Autorité.

Par ailleurs, la société Sodimas a souhaité intégrer pour l'avenir des conditions de sélection de ses distributeurs, eu égard aux impératifs de sécurité propres à son activité. Elle s'est toutefois engagée sur la définition de critères objectifs à cette fin.

²³ Pour le détail de la procédure et des pratiques en cause, voir les points B.1 et D.2 de la présente section.

En conséquence, l'Autorité a estimé « *qu'étant donné les spécificités de la Nouvelle-Calédonie, et en particulier l'étroitesse de son marché et l'inertie concurrentielle observée depuis plusieurs décennies, la sélection des distributeurs par la société Sodimas ne peut être que purement qualitative ce qui impose que trois conditions soient satisfaites : premièrement, la nature du produit en question doit requérir un dispositif de sélection des revendeurs, deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative et, troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.* » (Point 180)

Enfin, la société s'est engagée à former et approvisionner, dans des conditions prédéfinies et d'ores et déjà transmises à l'Autorité, tout professionnel demandeur installé en Nouvelle-Calédonie et remplissant les critères de sélection.

L'Autorité a accepté ces engagements dès lors qu'ils « *s'appliquent de la même manière à tout professionnel du secteur des ascenseurs installés en Nouvelle-Calédonie et qu'ils apparaissent proportionnées à l'objectif de sécurité poursuivi* ». (Point 193)

L'ensemble de ces engagements garantit que les autres opérateurs calédoniens d'installation et de maintenance des ascenseurs existants comme de futurs entrants puissent devenir des distributeurs des produits Sodimas.

L'absence de limitation de durée pour ces engagements, à l'exception des mesures de communication nécessairement ponctuelles, devrait enfin assurer sur le long terme le rétablissement de la concurrence intramarque et indirectement favoriser la concurrence intermarque.

L'Autorité a donc accepté et rendu obligatoire l'intégralité des engagements des sociétés Intec et Sodimas, dans la version tenant compte de ses demandes de modification.

3. Les décisions de sursis à statuer

L'article 44 du communiqué de procédure [n° 2019-02](#) relatif à la procédure d'engagements, précise que le collège peut « *ordonner qu'il soit sursis à statuer, pour un délai fixé en séance, lorsque les modifications à opérer [sur les engagements] sont plus substantielles et que l'entreprise concernée souhaite disposer d'un délai plus long, afin de prendre une décision sur une nouvelle proposition d'engagements ou lorsqu'une décision définitive ne peut être prise à l'issue de la séance. Une décision sera rendue par l'Autorité sur la version finale des engagements proposés lors d'une nouvelle séance, à l'issue du délai imparti.* »

Dans sa décision n° [2019 — PAC-03](#), l'Autorité a fait application de cette disposition du fait de l'absence lors d'une première séance des représentants de la société Sodimas, mise en cause dans l'affaire n° [2019 — PAC-04](#). Ne pouvant évoquer ni la proposition d'engagements ni le projet de contrat transmis par l'entreprise, l'Autorité n'était pas en mesure de rendre une décision définitive sur les engagements et a donc adopté une décision de sursis à statuer.

4. Les décisions de rejet

Deux des cinq décisions rendues en 2019 en matière de pratiques anticoncurrentielles sont des décisions de rejet rendues pour **irrecevabilité** ou pour **défaut d'éléments suffisamment probants** : la décision n° [2019 — PAC-01](#) et la décision n° [2019 — PAC-02](#) déjà largement évoquées précédemment.

Section 2 : Les décisions contentieuses en matière de pratiques commerciales restrictives

L'ACNC a rendu en 2019 sa première décision en matière de PRC.

La décision n° [2019 — PCR-01](#) du 29 janvier 2019 fait suite à la plainte déposée par les sociétés N'Johnston SAS et SCI Le Lys Rouge concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'entretien et la réparation des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

A. Compétence de l'Autorité

Les sociétés saisissantes imputaient différents manquements à la société Intec, chargée de l'entretien et la réparation de plusieurs ascenseurs dans des immeubles dont ces sociétés assurent l'administration.

Les plaignantes ont fait valoir, qu'après avoir sollicité une révision de leur contrat pour diminuer le nombre de visites d'entretien, la baisse de tarif proposé était insuffisante et non proportionnelle à la diminution du service rendu. En outre, elles estimaient que la société Intec n'était pas transparente dans ses pratiques et ne lui avait pas fourni de grille tarifaire.

Pour elles, ce comportement était caractéristique d'une violation du I de l'article Lp. 442-6 du code de commerce et plus particulièrement de ses alinéas 1 et 2, puisqu'elles considèrent que ces conditions tarifaires ne sont pas justifiées par des contreparties réelles ou sont manifestement disproportionnées par rapport au service rendu.

Elles estimaient que l'Autorité était compétente pour se prononcer sur toutes les pratiques mentionnées aux titres II et IV du livre IV.

Sur ce point, l'Autorité rappelle que si elle peut être saisie de toute pratique mentionnée aux titres II et IV, ses compétences sont limitées concernant les pratiques du titre IV²⁴.

Lorsque les pratiques sont pénalement sanctionnées, l'Autorité ne peut qu'adresser le dossier au procureur de la République et mettre en œuvre le cas échéant un règlement transactionnel.

Pour les pratiques de l'article Lp. 442-6, qui ouvrent seulement la possibilité d'une action en responsabilité devant les juridictions civiles ou commerciales, il appartient à la victime, au président du gouvernement ou au ministère public d'introduire l'action. Lors de l'adoption de la décision, l'Autorité ne disposait pas du pouvoir de saisir la juridiction.

²⁴ A noter que cette situation a changé à partir de l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2019-10 du 19 avril 2019 pour les saisines déposées postérieurement dans la mesure où l'Autorité est désormais pleinement compétente pour sanctionner directement toute pratique commerciale restrictive par le biais d'amendes administratives (voir Partie 1 du rapport, section 2).

Pour que l'Autorité puisse intervenir, il serait nécessaire que le manquement allégué puisse se rattacher à une pratique d'abus de position dominante, ce qui n'a pas été invoqué par les plaignantes. En l'espèce, ni l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ni un abus de position dominante affectant le jeu de la concurrence ne sont démontrés.

La saisine, fondée sur les dispositions du I de l'article Lp. 442-6, est en conséquence irrecevable puisqu'elle n'entre pas dans le champ de compétence de l'Autorité.

B. Sur l'obligation de communication des conditions générales de vente

En deuxième lieu, les plaignantes estimaient que la société Intec ne leur avait pas communiqué ses conditions générales de vente, en violation des dispositions de l'article Lp. 441-6.

Or, le manquement à l'obligation de communication des conditions générales de vente ne peut être constitué que si le demandeur de la prestation en a fait la demande.

Les plaignantes n'apportant pas la preuve de leur demande de communication de ces conditions générales de vente et du refus de communication de la société Intec, la saisine est rejetée pour défaut d'éléments probants sur ce deuxième moyen.

Cette saisine a néanmoins permis au service d'instruction de l'Autorité de proposer au collège de s'auto-saisir sur des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des ascenseurs. Cette auto-saisine a permis de démontrer l'existence d'accords exclusifs d'importation et conduit l'Autorité à prononcer sa première décision de sanction et sa première décision suivant la procédure d'engagements (voir *supra*).

Section 3 : Les décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales

Dans le cadre de sa mission préventive, l'Autorité a adopté en 2019 neuf décisions en matière de concentration et quatre décisions en matière de commerce de détail.

À l'heure actuelle, aucune des décisions adoptées en 2018 ou en 2019 n'a donné lieu à un recours devant les juridictions compétentes.

I. Décisions relatives aux opérations de concentration

A — Le champ d'application du contrôle

1. La notion de concentration

L'article Lp. 431-1 du code de commerce définit les opérations qui rentrent dans le champ du contrôle des concentrations et peuvent consister soit dans une fusion entre deux entreprises indépendantes (I-1°), soit dans une prise de contrôle directe ou indirecte de tout ou parties d'une ou plusieurs entreprises (I-2°), soit dans la création d'une entreprise commune conjointement contrôlée par deux entreprises indépendantes ou plus (III).

a. La notion de prise de contrôle

- **Acquisition d'un bail commercial**

Décision n° 2019 — DCC-01 du 25 avril 2019²⁵

Décision n° 2019 — DCC-05 du 20 septembre 2019²⁶

Dans ces deux décisions, l'Autorité rappelle qu'une cession de fonds de commerce, qui consiste dans le rachat par l'acquéreur des éléments incorporels du fonds de commerce et peut inclure la clientèle attachée au dit fonds, le droit au bail, le nom commercial et l'enseigne, les contrats repris et cédés, le matériel et mobilier servant à l'exploitation du fonds de commerce et les marchandises existantes, constitue bien une prise de contrôle au sens de l'article Lp. 431-1 2° du code de commerce.

²⁵ Décision n° [2019-DCC-01](#) du 25 avril 2019 relative au rachat par la SARL L'Atelier Gourmand Belle Vie du fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie appartenant à la SARL Caramel Belle Vie.

²⁶ Décision n° [2019-DCC-05](#) du 20 septembre 2019 relative à l'acquisition par la SAS Fibrelec du fonds de commerce d'intégration et de maintenance de solutions de radiocommunication exploité par la SARL Sysoco Pacific.

- **Contrôle par une personne physique par l'intermédiaire d'une société**

[Décision n° 2019 — DCC-04 du 6 août 2019²⁷](#)

Dans cette décision, l'Autorité a considéré qu'une opération par laquelle une personne physique acquiert le contrôle exclusif de l'entreprise cible par l'intermédiaire de la création d'une nouvelle société est contrôlable.

La SARL T. Pac est détenue avant l'opération à hauteur de 49 % par la SAS Vega contrôlée exclusivement par M. R. Babey.

La SNC Holpacs, également contrôlée exclusivement par M. R. Babey, a été créée spécialement pour acquérir les 51 % restant de la SARL T. Pac.

À l'issue de l'opération, la SARL T. Pac sera donc contrôlée exclusivement par M. R. Babey.

- **Contrôle exclusif négatif**

[Décision n° 2019 — DCC-06 du 25 novembre 2019²⁸](#)

L'opération examinée dans le cadre de cette décision consistait en l'acquisition par la société Titanobel de 50 % des titres qui composent le capital de la société Katexplo et qui étaient antérieurement détenus par trois actionnaires : la société Colas SA, Madame K. C, et la société HCM Sarl. À l'issue de l'opération, la société Titanobel doit détenir 50 % du capital de la société Katexplo, tandis que le solde est détenu par les trois actionnaires historiques.

S'inspirant des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives aux concentrations, l'ACNC indique qu'une entreprise détient un contrôle exclusif sur une autre entreprise soit lorsqu'elle peut prendre seule les décisions stratégiques de celle-ci, soit lorsqu'elle est la seule à pouvoir bloquer ces décisions stratégiques sans être en mesure d'imposer à elle seule ces décisions²⁹.

Dans cette deuxième hypothèse, il s'agit d'un contrôle exclusif « négatif ».

Dans la décision d'espèce, il ressort des termes de l'opération et du pacte d'associés que la société Titanobel sera le seul actionnaire à détenir un droit de veto sur les décisions stratégiques de la société Katexplo.

Cette opération s'inscrit donc dans le cadre du point 2° du I de l'article Lp. 431-2 puisqu'elle entraîne le passage d'un contrôle conjoint exercé par les trois actionnaires initiaux à un contrôle exclusif négatif exercé par la société Titanobel sur la société Katexplo.

²⁷ Décision n° [2019-DCC-04](#) du 06 août 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL T. Pac Industries NC par la SNC Holpacs Group.

²⁸ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS.

²⁹ Voir le point 32 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des opérations de concentration.

b. La notion d'entreprise commune de plein exercice

Décision n° 2019 -DCC-03 du 2 août 2019³⁰

L'Autorité a autorisé dans le cadre de cette décision le rapprochement entre le GIE CSC et la SAS E-Solutions.nc.

Ce rapprochement est réalisé par un apport partiel d'actifs des branches d'activité respectives des deux entités à un nouveau GIE. Il est formalisé par un traité d'apport partiel d'actifs signés entre les deux parties, qui entrera en vigueur après autorisation de l'opération par l'Autorité.

Il est noté que les contrats détenus avant l'opération par les deux entités initiales seront transférés au futur GIE, en application de clauses de cession de contrat. Ce nouveau GIE assumera toutes les fonctions d'une entreprise de plein exercice en lieu et place des deux entreprises associées.

Cette opération entraîne donc la création d'une entreprise commune soumise au contrôle de l'Autorité au titre du paragraphe II de l'article Lp. 431-1 du code de commerce.

2. Les seuils de contrôle applicables en 2019

La notification d'une opération de concentration n'est obligatoire que lorsqu'elle répond aux conditions définies par l'article Lp. 431-2 du code de commerce.

Pour les opérations notifiées et contrôlées en 2019³¹, seules devaient être notifiées les opérations répondant aux conditions cumulatives suivantes :

– les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration réalisaient un chiffre d'affaires total en Nouvelle-Calédonie supérieur à 600 millions FCFP,

– deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération réalisaient directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.

- **La prise en compte du chiffre d'affaires du groupe d'entreprises auquel appartiennent les entreprises concernées par l'opération**

Décision n° 2019 -DCC-01 du 25 avril 2019³²

La décision n° 2019 -DCC-01 concernait la prise de contrôle par la SAS Groupe Gourmand de la SARL Caramel Belle Vie.

³⁰ Décision n° [2019-DCC-03](#) du 02 août 2019 relative au rapprochement du GIE Chèques Services Calédoniens (CSC) et de la SAS E-Solutions.nc dans le secteur des titres-repas en Nouvelle-Calédonie.

³¹ La loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne dont l'avant-projet a fait l'objet de l'avis n° [2019-A-05](#) du 6 décembre 2019 prévoit une modification de ces seuils de contrôle.

³² Décision n° [2019-DCC-01](#) du 25 avril 2019 relative au rachat par la SARL L'Atelier Gourmand Belle Vie du fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie appartenant à la SARL Caramel Belle Vie

Pour l'application des seuils de contrôle, l'Autorité a tenu compte du chiffre d'affaires cumulé réalisé par le Groupe Gourmand et ses quatre filiales. Dans la mesure où ce chiffre d'affaires était déjà supérieur au seuil mentionné à l'article Lp. 431-2, il n'était pas nécessaire de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par la SAS Holdennha, laquelle contrôle à hauteur de 100 % la SAS Groupe Gourmand.

[Décision n° 2019 -DCC-03 du 2 août 2019](#)³³

À l'inverse, dans cette décision, le GIE CSC et la société E. Solutions.nc réalisaient un chiffre d'affaires cumulé inférieur à 600 millions de F.CFP.

Toutefois, l'opération était néanmoins contrôlable en raison du chiffre d'affaires de chacun des groupes auquel ces deux sociétés appartiennent.

Ainsi, le GIE CSC et son actionnaire majoritaire (51 %), la Mutuelle du Commerce et Divers, ont réalisé un chiffre d'affaires respectif de 18,5 millions de F.CFP et de 3,5 milliards de F. CFP en 2017.

Quant à la SAS E-Solutions.nc, au 31 décembre 2017, elle avait réalisé un chiffre d'affaires de 19,5 millions de F. CFP, mais son actionnaire majoritaire (55 %), la SARL Terres Rouges, détenue à 100 % par Monsieur R. Babey, lequel détient par ailleurs des participations dans sept autres sociétés commerciales actives dans de nombreux secteurs en Nouvelle-Calédonie, avaient cumulé un chiffre d'affaires de plusieurs milliards de F. CFP en 2017.

B - La procédure de contrôle

- **Le principe**

Par principe, et conformément aux dispositions des articles Lp. 431-3 et Lp. 431-4 du code de commerce, une opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité avant sa réalisation et ne peut intervenir qu'après son autorisation.

La procédure et les modalités de contrôle des opérations de concentration sont complétées par l'arrêté n° 2018-41/GNC du 9 janvier 2018 *pris en application de l'article Lp. 431-9 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération de concentration*.

Ces dispositions prévoient notamment les délais, les formalités de dépôt et les modalités des échanges entre les entreprises et l'Autorité.

- **L'exception**

L'article Lp. 431-4 du code de commerce dispose toutefois qu'« *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties ayant procédé à la notification peuvent demander*

³³ Décision n° [2019-DCC-03](#) du 02 août 2019 relative au rapprochement du GIE Chèques Services Calédoniens (CSC) et de la SAS E-Solutions.nc dans le secteur des titres-repas en Nouvelle-Calédonie

à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci. Le cas échéant l'autorité de la concurrence accorde cette dérogation par une décision motivée. L'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions. » (Soulignement ajouté)

Ce dispositif dérogatoire, très exceptionnel, a été mis en œuvre en 2019 dans une décision n° 2019 -DCC-07.

Décision n° 2019 -DCC-07 du 27 novembre 2019³⁴

Dans cette décision, l'Autorité rappelle les principes généraux qui régissent cette procédure dérogatoire particulière qui a déjà été mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence métropolitaine et par la Commission européenne dans le cadre d'une procédure équivalente.

Tout d'abord, il s'agit d'une procédure exceptionnelle et applicable uniquement pour des motifs d'urgence.

L'Autorité indique que ces dérogations visent souvent à permettre à l'entreprise acquéreuse de formuler une offre de reprise inconditionnelle, parfois exigée par le tribunal de commerce pour que leur offre soit recevable.

La demande de dérogation doit être dûment motivée.

Ensuite, l'octroi de cette dérogation ne préjuge en rien du sens de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction puisqu'elle n'a pas pour effet de dispenser l'opération d'une autorisation. Elle vise uniquement à garantir la pérennité de l'entreprise cible en attendant la décision finale.

L'article Lp. 431-4 prévoit d'ailleurs en son 3^{ème} alinéa que la dérogation « *cesse d'être valable si, dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'a pas reçu la notification complète de l'opération.* »

Enfin, l'Autorité rappelle que les entreprises qui bénéficient de la dérogation doivent veiller à ne pas prendre des actes ou mettre en œuvre des mesures de nature à modifier la structure de l'opération pendant la période précédant la décision finale. L'Autorité pourra imposer des mesures correctives, voire interdire l'opération en cas d'atteinte à la concurrence.

En l'espèce, l'opération portait sur la prise de contrôle exclusif de la société HCV SARL et de sa filiale la SARL Contact & Vous, intervenant dans le secteur de l'édition, par la SARL Sogesti SARL.

³⁴ Les décisions de dérogation prises en application de l'article Lp. 431-4 du code de commerce ne font pas l'objet d'une publication, mais la décision concernée a fait l'objet d'un [communiqué](#) sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a considéré que la société cible se trouvait face à des difficultés financières susceptibles de la conduire à une cessation de paiement ou à une procédure de sauvegarde si l'opération de rachat ne pouvait être immédiatement réalisée.

En outre, elle a mis en évidence le fait que la société notifiante elle-même, faute de pouvoir développer ses activités dans le secteur de l'édition et du numérique grâce à la reprise de la société cible, risquait de se retrouver face à une troisième entreprise qui se trouve déjà en position dominante et qui serait alors son unique concurrent.

L'Autorité a considéré que cette situation pouvait s'inscrire dans l'un des cas de dérogation identifiés par les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations de l'Autorité métropolitaine en cas d'entreprises défaillantes et qui correspond à « *la reprise par un concurrent d'une entreprise, qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée.* ».

La demande de dérogation est donc apparue fondée en l'espèce, mais a été soumise par l'Autorité à une série de conditions.

En premier lieu, les parties ne peuvent exercer les droits de vote attachés aux participations concernées par l'opération à l'exception de ceux nécessaires au renforcement de la trésorerie de la société cible, à leur bon fonctionnement ainsi qu'au maintien des deux emplois actuels.

En deuxième lieu, la société notifiante n'est pas autorisée à procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible.

En troisième lieu, les parties ne peuvent mettre en œuvre opérationnellement l'opération de manière irréversible ou conclure des accords qui puissent empêcher ou rendre difficile l'éventuelle vente à des tiers des actifs de la cible si la décision finale venait à interdire cette opération d'acquisition ou la soumettre à des cessions d'actifs.

En dernier lieu, les entreprises doivent s'abstenir de prendre tout acte ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de la concurrence.

Il est rappelé que cette dérogation est limitée dans le temps et deviendra caduque si le dossier de notification complet n'est pas transmis à l'Autorité dans les trois mois à compter de la réalisation de l'opération.

C - La délimitation des marchés pertinents

L'analyse concurrentielle des effets d'une opération de concentration doit être réalisée sur un (ou des) marché(s) pertinent(s) délimité conformément aux principes du droit de la concurrence.

La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des structures de marché, dans la mesure où elle permet d'identifier, dans un premier temps, le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps, leur pouvoir de marché.

Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives, mais elle peut également s'étendre aux marchés ayant un lien de connexité (« vertical » ou « congloméral ») susceptible de renforcer le pouvoir de marché des parties notifiant l'opération.

La délimitation des marchés pertinents se fonde, d'une part, sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause (caractéristiques physiques, besoins ou préférences des clients, différences de prix, canaux de distribution, positionnement commercial, environnement juridique) et, d'autre part, sur la zone géographique sur laquelle les offreurs exercent une pression concurrentielle effective et pour laquelle l'analyse des éléments tels que les coûts de transport, la distance ou le temps de parcours des acheteurs, les contraintes légales et réglementaires, les préférences des clients sont autant d'indices permettant de circonscrire le marché.

La définition des marchés pertinents repose le plus souvent sur la réalisation d'un test de marché pour vérifier si la définition proposée par la partie notifiante est partagée par les principaux acteurs du marché.

Dans certains cas, l'Autorité peut être conduite à laisser ouverte la question de la délimitation exacte des marchés pertinents lorsqu'elle constate que, même dans l'hypothèse la plus défavorable aux parties, l'opération ne pose pas de problème de concurrence et que l'analyse concurrentielle demeure inchangée, quelle que soit la définition du marché retenue.

DANS LE SECTEUR DE LA VENTE DE PRODUITS DE GRANDE CONSOMMATION

- **Boulangerie, pâtisserie, viennoiserie**

Décision n° 2019 -DCC-01 du 25 avril 2019³⁵

À l'occasion de cette décision, l'Autorité a opéré différentes distinctions au sein du marché de la fabrication, commercialisation et distribution de produits de boulangerie-pâtisserie-viennoiserie.

Elle distingue tout d'abord le marché de la fabrication et de la distribution de produits de boulangerie-viennoiserie-pâtisserie industrielle et semi-industrielle, et le marché de la fabrication et de la commercialisation au détail de produits de boulangerie-viennoiserie-pâtisserie artisanale.

Au cas d'espèce, seule la partie notifiante est active sur le **marché de la fabrication et la distribution de produits de boulangerie-viennoiserie-pâtisserie industrielle et semi-industrielle**. Reprenant la définition retenue par l'Autorité métropolitaine de la concurrence³⁶, l'ACNC considère que ce marché regroupe « *les entreprises traitant au moins 5 000 quintaux de farine par an, utilisant des fours d'au moins 30 mètres carrés,*

³⁵ Décision n° [2019-DCC-01](#) du 25 avril 2019 relative au rachat par la SARL L'Atelier Gourmand Belle Vie du fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie appartenant à la SARL Caramel Belle Vie

³⁶ Décision n° [7-D-38](#) du 15 novembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires dans le secteur de la boulangerie industrielle

employant au moins vingt salariés et vendant, au stade du détail, moins de 30 % de leur production. » (point 22)

Comme le précise l'ACNC, l'Autorité métropolitaine a eu l'occasion d'opérer d'autres distinctions au sein de ce marché :

- les boulangeries industrielles de taille plus importante qui assurent la production de pain à partir d'installations totalement automatisées et fonctionnant en continu, et les boulangeries semi-industrielles de taille plus réduite³⁷;
- les produits de boulangerie, les produits de pâtisserie et les produits de viennoiserie³⁸;
- les produits surgelés et les produits frais.³⁹

En l'espèce, l'Autorité a constaté que la délimitation exacte de ces marchés était sans incidence sur l'analyse concurrentielle et pouvait donc être laissée ouverte.

La partie notifiante et la société cible sont toutes deux actives sur le **marché de la fabrication et de la commercialisation au détail de produits de boulangerie-viennoiserie-pâtisserie artisanale**.

En l'absence d'une définition établie de ce marché par les autorités de concurrence, l'ACNC s'appuie sur la notion de « boulangerie » ou « boulanger » telle que précisée par le code de la consommation de l'État⁴⁰ et considère que le marché examiné peut être considéré comme « *mettant en présence, du côté de l'offre, des artisans boulangers qui fabriquent leurs produits de façon manuelle, selon une technique traditionnelle et, du point de vue de la demande, des consommateurs finaux, pour la plupart non professionnels.* » (point 30).

Par référence à la définition du marché des boulangeries industrielles ou semi-industrielles susmentionnée et a contrario, elle a considéré que ces entreprises artisanales regroupent « *les entreprises qui traitent moins de 5 000 quintaux de farine par an, utilisent des fours d'un volume inférieure à 30 mètres carrés, employant moins de vingt salariés et pour lesquelles la vente au détail représente plus de 30 % de leurs ventes totales, entrent dans la catégorie des boulangeries-pâtisseries-viennoiseries de type artisanal.* » (point 31).

L'Autorité a laissé ouverte la question d'une éventuelle segmentation selon les produits concernés, leur mode de fabrication, ou au contraire l'existence d'un marché plus vaste

³⁷ Décision n° 7-D-38 précitée

³⁸ Décision n° [1-DCC-56](#) du 4 avril 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe BCS par le groupe Neuhauser

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Article L. 122-17 du code de la consommation : « *Les professionnels qui n'assurent pas eux-mêmes, à partir de matières premières choisies, le pétrissage de la pâte, sa fermentation et sa mise en forme ainsi que la cuisson du pain sur le lieu de vente au consommateur final ne peuvent utiliser l'appellation de "boulangier" et l'enseigne commerciale de "boulangerie" ou une dénomination susceptible de porter à confusion, sur le lieu de vente du pain au consommateur final ou dans des publicités à l'exclusion des documents commerciaux à usage strictement professionnel. La pâte et les pains ne peuvent à aucun stade de la production ou de la vente être surgelés ou congelés.* »

de la distribution de produits de boulangerie-pâtisserie-viennoiseries incluant les produits artisanaux, industriels et semi-industriels.

En ce qui concerne le marché géographique des produits artisanaux, l'Autorité retient que la fabrication de ces produits est réalisée dans les magasins spécialisés de détail que sont les boulangeries.

Pour déterminer la zone de chalandise, l'Autorité a envisagé de s'appuyer sur la zone habituellement retenue pour les magasins de proximité (mini libres-services, supérettes) qui sont comme les boulangeries des commerces de détail à dominante alimentaire, mais n'ont pas un caractère spécialisé. La zone de chalandise des magasins de proximité est de l'ordre de 5 minutes de déplacement.

Toutefois, la partie notificante a proposé de retenir un marché géographique plus large, sur une zone distante de six kilomètres autour du magasin cible soit un trajet en voiture de 15 minutes environ, à l'identique de la zone de chalandise retenue pour les supermarchés.

L'Autorité a tout d'abord constaté que si l'on retenait la définition géographique du marché la plus restreinte, les parties à la concentration ne seraient pas en concurrence sur ce marché alors que si l'on retenait la définition plus large du marché proposée par les parties, celles-ci se trouveraient en concurrence de sorte qu'il s'agirait de l'hypothèse la plus défavorable.

L'Autorité a par ailleurs considéré qu' « *eu égard à la nature des produits concernés - le pain frais artisanal occupant un rôle important dans le modèle alimentaire français- et au fait, qu'en Nouvelle-Calédonie, y compris dans la zone de Nouméa et du grand Nouméa, les consommateurs se déplacent essentiellement en voiture, l'analyse de l'opération de concentration en cause sera effectuée sur la zone de chalandise proposée par la partie notificante.* » (point 38).

- **Produits traiteur frais**

L'Autorité s'est également prononcée dans le cadre de cette décision sur le **marché de l'approvisionnement et de la distribution des produits traiteurs frais** sur lequel intervient la partie notificante.

L'Autorité rappelle les différentes segmentations opérées traditionnellement par les autorités de concurrence sur ce marché :

- distinction selon la technologie de fabrication employée (produits appertisés, surgelés et frais) ;
- distinction selon les canaux de distribution (vente en grandes et moyennes surfaces, à la restauration hors foyer, aux industries agroalimentaires) ;
- distinction selon les catégories de produits (entrées, plats...) ;
- distinction en fonction du positionnement commercial (marques de fabricants ou de distributeurs, distribution en libre-service ou à la coupe, origine des recettes...)

En l'espèce toutefois, la délimitation exacte du marché a été laissée ouverte dans la mesure où elle était sans incidence sur l'analyse concurrentielle.

Concernant le marché géographique, si les autorités de concurrence ont été amenées à retenir la dimension nationale des marchés amont et aval des produits traiteurs, « *les préférences, les goûts et les habitudes de consommation [différent] fortement d'un pays à l'autre et les échanges intra-européens de ces produits [restant] limités* » (point 43), l'analyse peut être différente en Nouvelle-Calédonie.

En effet, l'existence d'un marché de l'approvisionnement de produits alimentaires frais de dimension internationale a déjà été admis en raison de l'importance des importations de produits frais en Nouvelle-Calédonie⁴¹.

En l'espèce, la partie notifiante a néanmoins considéré que les marchés de l'approvisionnement et de la distribution des produits traiteurs frais devaient être limités à la Nouvelle-Calédonie dans la mesure où d'une part, les sociétés qui fabriquent les produits concernés « *ne font appel qu'à des producteurs et grossistes calédoniens et ne réalisent aucune opération d'importation de matières premières* » et d'autre part, « *l'importation de farine blanche est par ailleurs soumise à des quotas d'importation en raison de l'existence de trois minoteries en Nouvelle- Calédonie.* » (point 45).

L'Autorité a considéré que la question de la délimitation pouvait rester ouverte en ce qui concerne le marché amont de l'approvisionnement et que « *la dimension géographique du marché aval de la distribution de produits traiteur frais [devait en revanche être] limitée au territoire de la Nouvelle-Calédonie.* » (point 46).

DANS LE SECTEUR DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

Décision n° 2019 -DCC-02 du 28 juin 2019⁴²

- **Service de location longue durée de véhicules neufs**

L'Autorité a autorisé dans cette décision la prise de contrôle exclusif par la SAS CP Holding de la SAS Locauto qui exerce une activité de location longue durée (ci-après : "LLD") de véhicules lourds et légers auprès des professionnels et des particuliers en Nouvelle-Calédonie. Cette opération a permis de préciser les segmentations existantes au sein du secteur de la distribution automobile.

En premier lieu, l'Autorité a défini le **marché des services de location longue durée**, qui constitue un marché particulier au sein des marchés des services de location de

⁴¹ Voir l'Arrêté n° 2015-2467/GNC du 17 novembre 2015 relatif à la prise de contrôle exclusif de la Société Gastronomie Import par les sociétés Caff Investissements et Socalait (groupe Calonne) dans le secteur de la distribution en gros de produits alimentaires, qui retenait une dimension exclusivement nationale ou internationale de l'approvisionnement en fromage frais.

⁴² Décision n° [2019-DCC-02](#) du 28 juin 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Locauto par la SAS CP Holding

véhicule, comme l'a d'ailleurs confirmé le test de marché. La durée de la location constitue en effet un des critères de distinction⁴³.

Comme le rappelle l'Autorité, « *ce marché regroupe les opérateurs proposant des prestations de service de location de véhicules pour une durée supérieure à un an qui présente des spécificités en matière de financement et de gestion du parc automobile.* » (point 23)

Des prestations distinctes sont susceptibles de s'inscrire dans le cadre des services « LLD » de véhicules neufs :

- les prestations sous contrat « LLD » ;
- la prestation de location avec offre d'achat (ci-après : « LOA ») ;
- le crédit-bail⁴⁴ (ci-après : « CB »).

Certains répondants au test de marché considèrent que ces prestations ne sont pas substituables dans la mesure où la « LLD » consisterait à mettre à disposition un bien avec des services associés et concernerait essentiellement les véhicules, tandis que la « LOA » et le « CB » s'inscriraient dans un « *objectif d'acquisition* » et pourraient viser « *tout type de biens* ».

La question s'est donc posée de savoir si seul le segment de marché de la LLD devait être retenu ou si devait être pris en compte le marché de la distribution de services de location de longue durée de véhicules neufs dans sa globalité.

Toutefois, l'Autorité a considéré que cette question pouvait rester ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle restant identiques dans ces deux hypothèses.

La dimension géographique du marché retenue est celle du territoire de la Nouvelle-Calédonie, les sociétés proposant les services concernés étant toutes présentes en Nouvelle-Calédonie.

- **Distribution de véhicules automobiles neufs**

En deuxième lieu, la partie notifiante intervient via ses filiales sur le **marché amont de la distribution de véhicules automobiles neufs** et approvisionne la société cible pour les besoins de son activité de services de LLD.

Tout d'abord, la question s'est posée de savoir si une distinction devait être opérée en fonction du type de véhicules, ce qui n'a pas paru nécessaire en l'espèce.

Par ailleurs, la partie notifiante considérait nécessaire de distinguer « *un segment de marché spécifique de la distribution de véhicules automobiles neufs à destination des sociétés distribuant des services de location longue durée.* » (point 40)

⁴³ Voir la Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 22 août 2005 au conseil du groupe Société Générale relative à une concentration dans le secteur de la location longue durée de véhicules.

⁴⁴ Voir le point 25 pour le détail de ces prestations.

L'Autorité a approuvé cette segmentation sur le marché amont en fonction des catégories d'acheteurs.

En ce qui concerne la délimitation géographique, si la distribution au détail de biens manufacturés revêt en général une dimension locale, une dimension plus large peut parfois être retenue pour des biens à caractère durable et onéreux.

En l'espèce, l'Autorité a considéré que la délimitation province Nord / province Sud n'est pas pertinente, « *la diversité de l'offre de concessions automobiles en province Sud [étant] largement incitative pour le consommateur résidant dans les autres provinces de la Nouvelle-Calédonie. Le consommateur calédonien est par conséquent moins sensible à la proximité de la concession automobile dans le cadre de l'achat d'un véhicule automobile neuf.* »⁴⁵ (point 46)

Le marché géographique retenu est donc celui du territoire de la Nouvelle-Calédonie.

- **Vente de véhicules d'occasion**

En dernier lieu, l'Autorité confirme la délimitation du **marché de la vente de véhicules d'occasion** retenue par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans une décision antérieure, la société cible étant amenée à revendre les véhicules aux termes des contrats de LLD.

Elle souligne que le marché de la vente de véhicules d'occasion se distingue nécessairement du marché de la vente des véhicules neufs, notamment en raison des « *différences fondamentales résidant au niveau de la structure de l'offre, [des] prix des produits et [des] circuits de commercialisation, les véhicules neufs n'étant commercialisés que par des concessionnaires.* » (point 52).

Comme le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie l'avait considéré dans le cadre d'une précédente décision⁴⁶, l'Autorité estime que ce marché est limité au territoire calédonien, étant « *caractérisé par une forte atomisation, avec la présence des concessionnaires, de petites entreprises spécialisées, mais également par un segment de marché de l'occasion de particulier à particulier très important.* » (point 54).

⁴⁵ Cette position avait également été retenue par le gouvernement dans le cadre de l'arrêté n° 2015-31/GNC du 20 janvier 2015 relatif à la prise de contrôle exclusif d'un fonds de commerce de concession automobile de la marque Nissan, situé à Nouméa, par la société Calénis, filiale de GBH.

⁴⁶ Arrêté n° 2017-651/GNC du 21 mars 2017 relatif à la prise de contrôle exclusif de la société Mencar par le Groupe Bernard Hayot (GBH) via sa filiale, la société Mahobam.

DANS LE SECTEUR DES SERVICES

- **L'émission des titres repas**

Décision n° 2019 -DCC-03 du 2 août 2019⁴⁷

Cette décision concernait la création d'une entreprise commune, le GIE Solutions et Services Calédoniens (ci-après : « SSC »), dont l'activité est l'émission de titres-repas en Nouvelle-Calédonie.

Le périmètre de cette activité est facilement identifiable dans la mesure où il s'agit d'un secteur réglementé⁴⁸. Le titre-repas peut être octroyé par un employeur à ses salariés pour leur permettre d'acquitter en tout ou partie le prix de leur repas. Ces titres ne peuvent être émis que par des sociétés agréées par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Co-financés par les employeurs et les salariés, ils ne peuvent être utilisés que dans les établissements ayant conclu avec l'émetteur agréé un contrat de titre-repas.

Confirmant l'analyse développée par l'Autorité de la concurrence métropolitaine dans le cadre d'une décision portant sur les titres-restaurants⁴⁹, l'ACNC va préciser que l'activité des émetteurs de titres-repas est **caractérisée par son caractère biface**.

En effet, une distinction doit être opérée entre le marché de l'émission de titres-repas, qui met en relation les entreprises clientes et les émetteurs de titres-repas, et le marché de l'affiliation, qui réunit les émetteurs de titres-repas et les commerçants affiliés acceptant ces titres comme mode de paiement.

Sur le **marché de l'émission de titres-repas**, il ressort du test de marché que ces titres ne sont pas substituables avec d'autres compléments de rémunération, notamment la prime d'intéressement, la protection du salarié par les assurances maladie complémentaires, et les jours de congé supplémentaires.

La question d'une solution substituable a néanmoins pu se poser concernant la « prime panier », qui est une indemnité de repas susceptible d'être accordée aux salariés en déplacement hors des locaux de l'entreprise ou sur un chantier. Cette prime peut constituer une alternative aux titres-repas, mais l'instruction a permis de relever des distinctions notables : prime versée en numéraire, systèmes d'avantages fiscaux et sociaux différents pour l'employeur, absence de système d'affiliation avec les restaurateurs et commerces, absence d'encadrement concernant la composition des repas.

L'Autorité en conclut que le système de la « prime panier » n'est pas parfaitement substituable et retient donc l'existence d'un marché spécifique de l'émission des titres-repas.

⁴⁷ Décision n° 2019-DCC-03 du 02 août 2019 relative au rapprochement du GIE Chèques Services Calédoniens (CSC) et de la SAS E-Solutions.nc dans le secteur des titres-repas en Nouvelle-Calédonie.

⁴⁸ Voir les dispositions de la loi du pays n° 2013-9 du 22 novembre 2013 relative aux titres-repas.

⁴⁹ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 16-D-21 du 6 octobre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des titres-restaurant.

En ce qui concerne le **marché de l'affiliation**, si d'autres moyens de paiement, notamment la carte bancaire, peuvent apparaître substituables aux titres-repas, ces derniers ont la particularité de permettre une fidélisation de la clientèle.

La définition exacte de ce marché a néanmoins pu rester ouverte, l'analyse concurrentielle demeurant inchangée, quelle que soit cette définition.

Dans la mesure où les parties notifiantes ne sont actives que sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, la délimitation géographique prise en compte en l'espèce est le territoire calédonien.

- **Les services à la personne et les services de santé respiratoires à domicile**

Décision n° 2019 -DCC-08 du 23 décembre 2019⁵⁰

L'Autorité a été amenée dans le cadre de cette décision à examiner à la fois le secteur des services à la personne, sur lequel sont présentes l'entreprise notifiante et l'entreprise cible, et le secteur des services de santé respiratoires à domicile sur lequel seule l'entreprise notifiante est active.

En ce qui concerne le marché des services à la personne, l'Autorité rappelle que selon la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, les services à la personne sont définis comme « *des prestations de services généralement effectuées au domicile du consommateur afin de contribuer au bien-être dans sa vie quotidienne* ». (point 20).

La partie notifiante considère qu'en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, ce marché devrait être segmenté en fonction de la clientèle concernée, à savoir d'une part, la clientèle bénéficiant d'une prise en charge par le biais d'une aide à l'accompagnement de vie et d'un plan d'accompagnement personnalisé⁵¹, et d'autre part, celle n'en bénéficiant pas.

Le test de marché réalisé dans le cadre de l'instruction a confirmé l'existence d'un marché des services à domicile aux personnes dépendantes bénéficiant d'un plan d'accompagnement personnalisé.

Toutefois, la question de la délimitation de ces marchés a été laissée ouverte, l'analyse concurrentielle demeurant inchangée, quelle que soit l'hypothèse retenue.

Concernant la délimitation géographique du marché, l'Autorité métropolitaine de la concurrence a pu retenir une dimension nationale, qui correspondrait localement au territoire de la Nouvelle-Calédonie.

⁵⁰ Décision n° [2019-DCC-08](#) du 23 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Âge d'Or NC par la SARL Aide à Domicile NC

⁵¹ Plan d'aide instauré par la loi du pays n° 2009-2 du 7 janvier 2009 *portant création d'un régime d'aides en faveur des personnes en situation de handicap et des personnes en perte d'autonomie* et accordé par le conseil du handicap et de la dépendance.

Toutefois, le test de marché a montré qu'en l'espèce la dimension la plus appropriée en Nouvelle-Calédonie est celle de chaque province. En effet, les prestataires qui réalisent des services auprès de personnes dépendantes doivent obtenir un agrément. La liste des professionnels agréés publiée par la Direction des affaires sanitaires et sociales de la Nouvelle-Calédonie identifie ces professionnels par province, et il est avéré qu'aucun prestataire n'intervient sur plusieurs provinces.

L'Autorité a donc limité le marché géographique des services à la personne au niveau de chaque province.

En ce qui concerne le marché des services de santé respiratoires à domicile, l'Autorité rappelle les segmentations opérées par l'Autorité métropolitaine de la concurrence sur ce marché. Ainsi, ont pu être distinguées les prestations des services de santé à domicile ou administrés à l'hôpital. Une segmentation entre les services de santé à domicile respiratoires et non respiratoires a également pu être retenue. Enfin, une sous-segmentation entre « *les prestations d'oxygénothérapie (sous-segmentées selon l'utilisation (i) d'oxygène liquide, (ii) d'oxygène gazeux et (iii) de concentrateurs d'oxygène), et les autres services de santé respiratoires (traitement de l'apnée du sommeil, ventilation, aérosolthérapie)* » (point 39) a également été appliquée.

L'Autorité a toutefois considéré en l'espèce que la question de la délimitation exacte des marchés pertinents peut demeurer ouverte, car elle n'est pas susceptible de modifier l'analyse concurrentielle.

Concernant la dimension géographique pour ce type de service, le territoire de la Nouvelle-Calédonie est retenu comme zone de référence, les parties et les personnes interrogées lors du test de marché ayant confirmé la pertinence de ce marché géographique.

DANS LE SECTEUR DE LA VENTE DE PRODUITS D'HYGIÈNE ET D'ENTRETIEN

[Décision n° 2019 -DCC-04 du 6 août 2019⁵²](#)

Dans le cadre de cette décision, l'Autorité a examiné les marchés amont et aval de **l'approvisionnement en produits d'hygiène et d'entretien**.

Sur les marchés amont, l'Autorité rappelle que selon la pratique de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, il existe autant de marchés que de familles de produits, et qu'ont pu être identifiées dans le secteur des produits d'hygiène et d'entretien quatre grandes familles : les produits destinés à l'essuyage, les produits de nettoyage, les produits de protection et la collecte de déchets. Une distinction pourrait également être faite selon que les produits sont destinés aux professionnels ou aux particuliers.

⁵² Décision n° [2019-DCC-04](#) du 06 août 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL T. Pac Industries NC par la SNC Holpacs Group.

La délimitation exacte de ces marchés étant sans incidence sur l'analyse concurrentielle en l'espèce, cette question est néanmoins restée ouverte.

En ce qui concerne la délimitation géographique, si la pratique décisionnelle métropolitaine retient une dimension nationale, voire européenne, la question a pu être posée dans le cadre de cette décision. En effet, si une partie des produits commercialisés par la SAS Vega, actionnaire à 49 % de la société cible, est importée, une autre partie est fabriquée localement et les produits concernés bénéficient de mesures de protection de marché, sous la forme de "Suspension Toutes Origines et Provenances" (STOP), ce qui interdit toute concurrence internationale.

Le marché pourrait donc être restreint au territoire de la Nouvelle-Calédonie.

Bien que l'analyse concurrentielle demeure inchangée quelle que soit la définition retenue, cette hypothèse qui est la moins favorable aux parties a été retenue pour l'analyse concurrentielle.

Sur les marchés aval, la pratique de l'Autorité métropolitaine retient deux types de segmentation, la première est une distinction par type de clientèle (professionnels ou particuliers) et la deuxième retient l'usage des produits (quatre grandes familles précitées pour le marché amont).

La partie notifiante considérait dans le cadre de cette opération que « *la distinction de différents marchés suivant la clientèle concernée (professionnelle/particuliers) ne serait pas pertinente s'agissant de la Nouvelle-Calédonie* », les produits de la société Vega étant « *indifféremment destinés à une clientèle de particuliers ou de professionnels* » et demeurant « *totalelement substituables* » (point 42).

L'Autorité considère que la question de la délimitation du marché peut rester ouverte, mais précise que l'analyse concurrentielle est menée sur le segment de marché de la clientèle professionnelle, hypothèse la moins favorable aux parties.

Si la question de la délimitation géographique pour les marchés aval des produits d'hygiène et d'entretien n'a pas été tranchée au niveau national, l'Autorité a considéré dans le cas d'espèce que le territoire de la Nouvelle-Calédonie pouvait être retenu pour l'analyse concurrentielle, la partie notifiante ayant en outre signalé que les parties à l'opération n'étaient présentes et actives que sur ce territoire.

DANS LES SECTEURS DE L'INDUSTRIE ET DES MINES

[Décision n° 2019 -DCC-05 du 20 septembre 2019⁵³](#)

L'opération examinée portait sur le rachat par la SAS Fibrelec du fonds de commerce de la SARL Sysoco Pacific, qui propose des services d'installations et de maintenance de réseaux de télécommunications « sans fil ».

⁵³ Décision n° [2019-DCC-05](#) du 20 septembre 2019 relative à l'acquisition par la SAS Fibrelec du fonds de commerce d'intégration et de maintenance de solutions de radiocommunication exploité par la SARL Sysoco Pacific

L'Autorité rappelle les segmentations traditionnellement retenues par les autorités de concurrence au sein du **marché du génie électrique**, qu'elle avait déjà été amenée à exposer dans le cadre de sa précédente décision n° [2018 -DCC-03](#) du 19 septembre 2018.

Le secteur des télécommunications constitue un de ces segments et fait l'objet de sous-segments, notamment en fonction du type de travaux (maintenance, installation).

Une distinction a pu également être faite par l'Autorité de la concurrence métropolitaine en fonction des catégories d'équipements, soit les équipements « sans fil » et les équipements « filaires ».

Dans le cadre de cette décision, la question s'est posée de savoir si ces segmentations entre installation et maintenance, et entre activité filaire et « sans fil » étaient adaptées à la Nouvelle-Calédonie.

En l'espèce, « La SARL Sysoco Pacific exerce toute son activité sur les segments de marché de l'installation et de la maintenance de réseaux de télécommunications « sans fil », là où la SAS Fibrelec n'est présente que de manière résiduelle sur le marché de l'installation de réseaux de télécommunications « sans fil » (<20] % de son chiffre d'affaires). En effet, la SAS Fibrelec est essentiellement présente sur le segment de marché de l'installation de réseaux de télécommunications filaires, qui représente [>80] % de son chiffre d'affaires. Elle n'est pas présente sur le segment de marché de la maintenance. » (point 32)

En conséquence, l'Autorité a considéré que la délimitation du marché pertinent pouvait demeurer ouverte, mais a mené l'analyse concurrentielle sur le marché restreint de l'installation de réseaux de télécommunications « sans fil », hypothèse la moins favorable aux parties.

Comme dans le cadre de sa précédente décision n° 2018-DCC-03⁵⁴, l'Autorité a retenu comme zone de délimitation géographique le territoire de la Nouvelle-Calédonie, la partie notifiante ayant également proposé de retenir cette délimitation eu égard aux spécificités liées à l'étroitesse et l'insularité de la Nouvelle-Calédonie.

[Décision n° 2019-DCC-06 du 25 novembre 2019](#)⁵⁵

Dans cette décision, l'Autorité devait examiner une opération de prise de contrôle exclusif négatif de la société Katexplo par la société Titanobel dans le **secteur des explosifs** en Nouvelle-Calédonie. L'objectif de cette opération est la création d'une unité fixe de production pour la fabrication par Katexplo d'émulsions-mères entrant dans la fabrication de deux sortes d'explosif : les explosifs emballés/encartouchés et les explosifs à émulsion en vrac sensibilisée en UMFE.

⁵⁴ Décision n° [18-DCC-03](#) du 19 septembre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif par la CMI Klein des sociétés HDB Industries, AEI Nord et AEI

⁵⁵ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS

Dans le cadre de cette opération, l'acquéreur et la cible étaient toutes deux actives sur plusieurs marchés de la chaîne de valeur dans le secteur des explosifs secondaires commerciaux en Nouvelle-Calédonie, d'amont en aval, ce qui a conduit l'Autorité à examiner un nombre important de marchés distincts.

Trois grands marchés sont distingués :

- le marché de l'approvisionnement en produits explosifs ;
- le marché de l'approvisionnement en systèmes d'amorçage ;
- le marché du forage-minage.

Ces différents marchés sont eux-mêmes sous-segmentés par catégories de produits.

➤ **Le marché de l'approvisionnement en produits explosifs**

• **Les marchés de produits**

En premier lieu, selon la pratique décisionnelle de la Commission européenne, ce marché est segmenté en trois marchés distincts, en fonction de l'explosif concerné (ANFO, explosifs à émulsion en vrac, explosifs emballés/encartouchés), ces trois produits étant considérés comme non substituables.

Au cas d'espèce, s'il n'est pas exclu une substituabilité entre l'ANFO et les explosifs à émulsion en vrac sur terrain sec, cette hypothèse n'est pas vérifiée en pratique à l'heure actuelle dans la mesure où selon les répondants au test de marché « *le prix de l'ANFO est nettement inférieur à celui des explosifs à émulsion en vrac, si bien que, sans une baisse de prix des explosifs à émulsion en vrac, les acheteurs d'ANFO n'envisagent pas de passer de l'un à l'autre, même s'ils reconnaissent que les explosifs à émulsion en vrac sont nettement plus faciles à utiliser que l'ANFO pour un même résultat de tir.* » (point 197).

L'Autorité a donc retenu pour cette opération une distinction en fonction des trois types d'explosifs susmentionnés à l'instar de la Commission européenne.

En deuxième lieu, il ressort à la fois de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et des observations de la partie notifiante que les marchés de gros et les marchés de détail doivent être distingués pour ces différents produits explosifs.

En troisième lieu, l'ACNC rejoint la pratique décisionnelle classique des autorités de concurrence qui consiste à distinguer les différents marchés des explosifs secondaires concernés par l'opération.

Qu'il s'agisse du marché de produits ou du marché géographique, l'ACNC a appliqué globalement les mêmes définitions que celles retenues au niveau européen. Toutefois, les spécificités du marché calédonien ont conduit dans certains cas à retenir des délimitations particulières.

Sur les marchés de produits, l'Autorité retient pour le marché de la vente au détail d'ANFO deux modes de fabrication et de commercialisation distincts. Elle distingue donc « *le marché de la vente au détail d'ANFO en sac sur lequel Katexplo est en situation de monopole de la vente d'ANFO en vrac qui fait partie du marché plus large du forage-minage avec fourniture de l'explosif (voir supra), sur lequel sont actifs les foreurs-mineurs disposant d'UMFE-ANFO.* » (point 218).

Par ailleurs, sur le marché de la vente en gros d'émulsion-mère destinée à fabriquer en UMFE des explosifs à émulsion en vrac, si « *aucune autorité de concurrence ne s'est encore prononcée sur l'existence éventuelle d'un marché de la vente d'émulsion-mère* » (point 242), l'ACNC retient que l'opération examinée vise précisément à créer une unité de production destinée à fabriquer en Nouvelle-Calédonie de l'émulsion-mère pour la fabrication en UMFE des explosifs à émulsion en vrac. Elle estime donc que Katexplo entrerait « *sur le marché de la production et de la vente en gros d'émulsion-mère permettant de fabriquer en UMFE des explosifs à émulsion en vrac.* » (point 247).

- **Les marchés géographiques**

Sur ces différents marchés, la pratique européenne ou métropolitaine retient le plus souvent une dimension géographique nationale ou mondiale.

Pour le marché amont de la vente de nitrate d'ammonium destiné à fabriquer l'ANFO, la Commission européenne considère que la dimension géographique du marché est « *plus large que nationale dans la mesure où les livraisons de nitrate d'ammonium peuvent être effectuées à une distance allant jusqu'à 700 km depuis le point de production.* » (point 211)

Dans sa décision, l'Autorité affine cette délimitation en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie. Elle relève que « *les acheteurs situés en Nouvelle-Calédonie privilégient, pour des raisons de coûts, les livraisons depuis les pays voisins (Asie, Australie) ou des fournisseurs reconnus (Orica, ITS, Arishin, Titanobel, Maxam). Le marché géographique serait donc composé d'une zone comprenant a minima l'Australie, l'Asie et la France.* » (point 213).

Sur le marché de la vente en gros d'explosifs emballés/encartouchés, la pratique de la Commission européenne retient une dimension nationale. Pour la Nouvelle-Calédonie, il convient de se référer au modèle d'importation de ces produits.

En effet, l'Autorité note qu'il existe « *de fortes barrières à l'entrée sur ce marché* » liées à « *un accès réduit tenant aux liaisons maritimes* » et à l'obligation de marquage CE, qui limite la provenance de certains produits (point 233). Dans les faits, ces explosifs sont uniquement importés d'Australie.

L'Autorité en conclut que « *la dimension géographique du marché de gros des explosifs emballés/encartouchés couvre essentiellement l'Australie, voire d'autres pays sous réserve de la disponibilité des routes maritimes permettant les importations de produits explosifs de catégorie 1.1 en Nouvelle-Calédonie et de la conformité des produits commercialisés.* » (point 234)

➤ **Le marché de la vente des systèmes d'amorçage**

• **Les marchés de produits**

Les systèmes d'amorçage, utilisés pour détoner les explosifs, ont fait l'objet de différentes segmentations par la Commission européenne.

En premier lieu, elle distingue le marché des détonateurs électroniques d'une part, et le marché des détonateurs électriques et non électriques d'autre part, ces deux types de détonateurs pouvant être inclus dans un même segment de marché eu égard à leur fort degré de substituabilité. En deuxième lieu, la Commission distingue le marché de gros et le marché de détail des différents détonateurs.

L'ACNC observe pour sa part que les détonateurs électroniques sont peu utilisés en Nouvelle-Calédonie, et les exclut donc en l'espèce du marché de la vente des systèmes d'amorçage. Par ailleurs, elle relève que « *Titanobel commercialise des détonateurs électriques et non-électriques et des raccords sur le marché de la vente en gros uniquement* » tandis que « *Katexplo commercialise des détonateurs électriques et non électriques ainsi que des raccords uniquement en Nouvelle-Calédonie sur le marché de détail.* » (point 267) Elle peut donc en conclure que le marché de vente des systèmes d'amorçage inclut dans le cadre de cette décision les détonateurs électriques et non électriques et les raccords.

• **Les marchés géographiques**

En ce qui concerne la délimitation géographique, la Commission européenne distingue le marché de la vente en gros, qui est mondial, du marché de la vente au détail, qu'elle considère comme de dimension nationale.

Pour le marché de la vente en gros pour la Nouvelle-Calédonie, la dimension est plus réduite puisqu'il n'existe pas d'usine de production localement et que les différents systèmes d'amorçage « *employés sur le territoire proviennent des producteurs localisés en France métropolitaine et en Australie.* » (point 270).

Comme pour les explosifs, l'importation des systèmes d'amorçage est encadrée et limitée pour leur transport par voie maritime, notamment pour « *des contraintes relatives au positionnement des conteneurs contenant les produits de classe 1.4 S.* » (point 271). Si contrairement aux explosifs, l'importation par voie aérienne est possible, l'Autorité note également que « *les systèmes d'amorçage commercialisés en Nouvelle-Calédonie doivent comporter le marquage CE, ce qui est de nature à limiter la provenance de certains produits.* » (point 272).

En conséquence, en l'espèce, le marché de la vente en gros des systèmes d'amorçage est limité à une zone regroupant la Nouvelle-Calédonie, la France et l'Australie. En revanche, de même qu'une dimension nationale est retenue par la Commission européenne pour le marché de la vente au détail, l'Autorité retient que le marché géographique pour les ventes au détail est celui de la Nouvelle-Calédonie.

➤ **Le marché du forage-minage**

• **Les marchés de services**

La décision précise que ce marché de services n'a pas été strictement délimité par les autorités de concurrence.

Dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne a pu toutefois être amenée à « *distinguer les prestations de services d'extraction des prestations de services de forage et de mise en œuvre d'explosifs, et parmi ceux-ci, considérer les différences entre le forage en mer, en surface, ou les forages souterrains* » (point 275). Elle a pu également « *traiter chaque extraction comme une composante d'un marché caractérisé par le produit final (hydrocarbure, minerai métallique, minerai industriel...) et chaque produit final comme un marché de produits distinct.* » (point 276)

En Nouvelle-Calédonie et dans le cadre de l'opération examinée, l'enquête a mis en évidence le fait que les prestations concernées sont « *des prestations de forage-minage de surface ou souterraines à destination de l'extraction minière et de granulats* » (point 277) et que cette activité consiste en « *la foration de trous de mine, au chargement de ces trous par des produits explosifs ainsi qu'à la mise en place et au déclenchement du tir* » (point 279).

Trois étapes sont donc distinguées et l'Autorité s'est interrogée sur la nécessité de distinguer ces trois prestations.

Le test de marché a révélé que, s'il n'est pas exclu que des opérateurs ne proposent qu'une seule des trois prestations, celles-ci restent fortement liées et sont le plus souvent effectuées par un seul prestataire. Une segmentation éventuelle en fonction des prestations proposées sur le marché du forage-minage étant cependant sans incidence sur les conclusions de l'analyse concurrentielle, la question a pu rester ouverte.

• **Les marchés géographiques**

La délimitation géographique du marché du forage-minage n'a pas été tranchée par les autorités de concurrence, mais la Commission européenne « *n'a pas exclu une dimension nationale des marchés en raison des différences existantes entre les législations nationales dans les domaines des explosifs, lesquelles ont empêché les entreprises de forage-minage de se développer au-delà des frontières. De même, l'importance de la relation-client au niveau local a été soulignée.* » (point 285)

Ces considérations paraissent également s'appliquer pour la Nouvelle-Calédonie. En effet, si « *des acteurs du forage-minage ont pu entrer sur le marché de la Nouvelle-Calédonie depuis la France métropolitaine (...), tous les acteurs sont soumis à la réglementation locale et à des autorisations calédoniennes pour exercer leur activité. Une attache locale serait donc primordiale.* » (point 286)

De plus, « *les acteurs présents sur le marché du forage-minage sont essentiellement des opérateurs locaux, dont l'implantation locale est indispensable pour assurer les prestations en cause.* » (point 287)

L'ACNC a donc retenu comme délimitation le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour le marché du forage-minage.

D – L'analyse concurrentielle

LES EFFETS HORIZONTAUX

Une concentration dite "horizontale" peut réunir deux ou plusieurs entreprises présentes sur un même marché et conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante de la nouvelle entité ou de l'entreprise qui en acquiert une autre.

Pour anticiper les éventuels effets horizontaux d'une opération de concentration, l'Autorité doit donc examiner le fonctionnement de la concurrence sur le marché concerné et le pouvoir de marché déjà détenu par les entités en présence et évaluer les conséquences de l'opération sur l'évolution du pouvoir de marché des entreprises concernées.

Par référence aux lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives aux opérations de concentration, l'Autorité considère que « *dans le cas où l'une des parties à l'opération détient des parts de marché extrêmement faibles, l'opération, a priori, n'emporte pas d'atteinte à la concurrence. Lorsque l'addition des parts de marché des parties à la concentration sur les marchés concernés aboutit à des parts de marché inférieures à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.* »⁵⁶.

- **La création d'un monopole au terme de la création d'une entreprise commune**

Décision n° 2019-DCC-03 du 2 août 2019⁵⁷

Une opération de concentration qui conduit à la création d'un monopole est par principe de nature à porter atteinte à la concurrence en réduisant l'intensité concurrentielle sur le marché concerné.

L'Autorité a toutefois été amenée à nuancer cette présomption dans le secteur des titres-repas et à autoriser l'opération sous réserve d'engagements.

À l'issue de l'opération, le GIE SSC, qui doit être créé par le rapprochement de la SAS E-Solutions.nc et du GIE CSC, deviendra la seule entité de Nouvelle-Calédonie à émettre des titres-repas.

L'Autorité a tout d'abord évalué le risque de hausse des tarifs lié à la création d'un tel monopole non régulé au détriment des entreprises clientes.

⁵⁶ Voir par exemple le point 56 de la décision n° [2019-DCC-08](#) du 23 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Âge d'Or NC par la SARL Aide à Domicile NC.

⁵⁷ Décision n° 2019-DCC-03 du 2 août 2019 relative au rapprochement du GIE Chèques Services Calédoniens (CSC) et de la SAS E-Solutions dans le secteur des titres-repas en Nouvelle-Calédonie.

Sur ce point, il ressort de l'instruction que « *la nouvelle entité ne devrait pas disposer d'un fort pouvoir de marché de nature à lui permettre d'augmenter sensiblement ses tarifs.* » (point 67) car :

- le dispositif est fondé sur le volontariat des entreprises qui restent libres de ne pas adhérer au système des titres-repas ;
- le test de marché réalisé révèle qu'en cas d'augmentation des tarifs supérieure à 5 %, plus de 85 % des entreprises clientes et 100 % des affiliés choisiraient de rompre leur relation commerciale avec la future entité ;
- eu égard au caractère biface de ce marché, une perte d'entreprises clientes entraînerait une perte parallèle des affiliés et donc une chute du chiffre d'affaires associé ;
- la conjoncture économique difficile de la Nouvelle-Calédonie freine déjà l'adhésion au dispositif et n'incite donc pas à une augmentation des tarifs ;
- la "prime-panier" constitue une alternative pour les entreprises clientes qui pourraient se tourner vers cette solution en cas d'augmentation excessive des frais des titres-repas.

Le test de marché révèle que certaines entreprises pourraient néanmoins s'estimer captives d'un dispositif de titres-repas négociés dans le cadre d'accords d'entreprises, ce dispositif constituant dès lors un acquis social long et complexe à remettre en cause. Un engagement a donc été pris par la nouvelle structure pour éviter qu'une hausse tarifaire ne soit imposée aux entreprises pendant la durée de négociation de sortie de l'accord d'entreprise.

Par ailleurs, l'Autorité a pu conclure que l'opération ne présente pas de risque avéré de réduction de la qualité et de la diversité des services, les prestations offertes par la nouvelle entité étant équivalentes à celles proposées jusqu'à présent par les deux parties. Elle a même estimé que la prestation proposée pourrait être plus intéressante « *grâce à un meilleur maillage territorial et une rationalisation de la solution logicielle de traitement des données grâce à l'adossement de la nouvelle entité à la CSB.* » (point 87).

Enfin, l'Autorité a considéré que les engagements proposés par les parties notifiantes permettent de répondre aux préoccupations de concurrence exprimées lors du test de marché et a donc autorisé l'opération sous réserve du respect de ces engagements (voir *infra*).

- **Les chevauchements d'activités**

Décision n° 2019 -DCC-04 du 6 août 2019⁵⁸

L'opération concernait le rachat par la SNC Holpacs Group de 51 % de la SARL T. Pac, les 49 % restant étant détenus par la SAS Vega, qui appartient au même groupe que la SNC Holpacs Group.

La SARL T. Pac et la SAS Vega sont toutes deux actives sur le marché aval de la distribution de produits d'hygiène et d'entretien.

Un chevauchement d'activités de ces deux entreprises sur les marchés aval de la distribution de produits d'hygiène et d'entretien à destination des professionnels a conduit l'Autorité à évaluer d'éventuels effets horizontaux résultant de l'opération.

La part de marché de la SAS étant évaluée à 25 % et celle de la SARL T. Pac entre 0,27 % et 0,46 %, l'Autorité a considéré que « *l'incrément de part de marché qui résulterait de l'opération est très faible et n'est pas susceptible de modifier les équilibres concurrentiels existants.* » (point 69).

Décision n° 2019 -DCC-05 du 20 septembre 2019⁵⁹

Cette opération concernait le rachat par la SAS Fibrelec du fonds de commerce de la SARL Sysoco Pacific.

Ces deux sociétés interviennent dans le secteur de l'installation ou de la maintenance des réseaux de télécommunication, avec cependant des activités prépondérantes distinctes pour chacune (voir infra point C sur la délimitation des marchés pertinents).

En l'espèce, l'opération n'entraîne un chevauchement d'activité que sur le segment du marché de l'installation de télécommunications sans fil.

Il ressort de l'instruction que l'opération va permettre à la société notifiante « *d'élargir les compétences de cette dernière à des technologies nouvelles (géolocalisation, intégration de signalétique en véhicule...) et de positionner ses offres vers les réseaux privés alors que la SAS Fibrelec n'est actuellement active que sur les grands réseaux publics.* » (point 45)

L'Autorité est donc conduite à examiner les parts de marché des deux sociétés sur le marché de l'installation des télécommunications sans fil. Or, la part cumulée des deux entreprises sur ce marché étant inférieure à 10 % à l'issue de l'opération, l'Autorité a considéré qu'elle n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence.

⁵⁸ Décision n° [2019-DCC-04](#) du 06 août 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL T. Pac Industries NC par la SNC Holpacs Group

⁵⁹ Décision n° [2019-DCC-05](#) du 20 septembre 2019 relative à l'acquisition par la SAS Fibrelec du fonds de commerce d'intégration et de maintenance de solutions de radiocommunication exploité par la SARL Sysoco Pacific.

En outre, la décision souligne que cette analyse « est renforcée par les réponses au test de marché des deux principaux donneurs d'ordre du secteur, l'OPT-NC et la SLN, qui ont indiqué qu'il n'existait pas de barrières à l'entrée sur ce marché. » (point 54)

Décision n° 2019 -DCC-06 du 25 novembre 2019⁶⁰

Dans le cadre de la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katexplo par la société Titanobel dans le secteur des explosifs, l'Autorité a écarté les risques d'effets horizontaux de l'opération.

En effet, la partie notifiante et la société cible ne sont concurrentes que pour la vente des systèmes d'amorçage à destination des clients disposant d'un dépôt de stockage autorisés à entreposer ces systèmes d'amorçage. Or, ce marché est actuellement dominé par la société Orica, installée en Australie et « l'incrément des parts de marché tant en volume, qu'en chiffres d'affaires de la nouvelle entité qui résulterait de l'opération est faible (moins de 10 %) » (point 295).

Décision n° 2019 -DCC-08 du 23 décembre 2019⁶¹

Cette décision concernait une opération de prise de contrôle exclusif de la SARL Age d'or NC par la SARL Aide à domicile NC, détenue à plus de 50 % par M. G.B.

La société Age d'or et la société Auprès de vous SARL, détenue majoritairement par M. G.B, interviennent toutes deux sur le marché des services à domicile aux personnes dépendantes.

L'Autorité a donc été conduite à rechercher les effets horizontaux de l'opération.

L'instruction a permis d'évaluer que la part de marché cumulée des sociétés Auprès de vous NC et Age d'Or NC étaient inférieure à 25 % sur le marché total des services à domicile aux personnes dépendantes, mais également sur le segment de de marché des services à domicile aux personnes dépendantes bénéficiant d'un plan d'accompagnement personnalisé et sur celui des services à domicile aux personnes dépendantes n'en bénéficiant pas.

En l'espèce, alors même que la part de marché cumulée des deux sociétés se rapproche de 25 %, l'Autorité a considéré que « la part de marché de la société Auprès de vous NC [inférieure à 2 %] est trop faible pour renforcer la position de la société Âge d'Or NC sur le marché en cause de manière significative. » (point 57).

Elle souligne également que « la nouvelle entité continuera à faire face à une forte concurrence sur le secteur » (point 58).

L'opération n'est donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par des effets horizontaux.

⁶⁰ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS

⁶¹ Décision n° [2019-DCC-08](#) du 23 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Âge d'Or NC par la SARL Aide à Domicile NC.

LES EFFETS VERTICAUX

Ces effets sont contrôlés par l'Autorité lorsque l'opération réunit des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur.

Dans sa décision n° 2019 -DCC-02, l'ACNC rappelle qu'une concentration verticale « *peut restreindre la concurrence en rendant difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts* ». » (point 68)⁶².

Deux types de verrouillage sont distingués :

- le **verrouillage des intrants** : l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournit à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradée ;
- le **verrouillage de l'accès à la clientèle** : la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux.

Décision n° 2019 -DCC-02 du 28 juin 2019⁶³

En premier lieu, l'Autorité a recherché si la prise de contrôle exclusif de la SAS Locauto par la SAS CP Holding était susceptible d'entraîner un risque de verrouillage des intrants.

Il s'agissait donc de déterminer si la nouvelle entité créée du fait de cette opération pouvait choisir de restreindre l'accès des véhicules des marques distribuées par ses filiales (Peugeot, Subaru, Mercedes...) aux concurrents de la SAS Locauto ou leur vendre à des conditions tarifaires moins favorables pour privilégier l'activité de cette société.

Sur ce point, l'Autorité a souligné que « *la SAS Locauto n'est pas le principal client des filiales de la CP Holding présentes sur le marché amont de la distribution de véhicules neufs à destination des entreprises proposant des services de location longue durée.* » Elle en conclut qu'il est « *très peu probable que les filiales de la SAS CP Holding aient intérêt à limiter leurs ventes de véhicules auprès des concurrents de la SAS Locauto qui sont actuellement leurs principaux clients.* » (points 75-76)

Le test de marché réalisé confirme notamment que la concurrence est très forte sur les marchés concernés.

Le risque de verrouillage des intrants à l'issue de l'opération a donc été écarté.

⁶² Voir les points 444 et suivants des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaines relatives au contrôle des concentrations.

⁶³ Décision n° [2019-DCC-02](#) du 28 juin 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Locauto par la SAS CP Holding.

En deuxième lieu, l'Autorité devait déterminer si l'opération présentait un risque de verrouillage d'accès à la clientèle par la société Locauto, sur le marché aval des services de LLD de véhicules automobiles.

En l'espèce, il apparaît que même avant la réalisation de l'opération, la SAS Locauto ne commercialise que des contrats de location acquis auprès de sociétés concessionnaires filiales de la SAS CP Holding. L'opération restera sans influence sur ce positionnement. Il est souligné que les sociétés concurrentes de la SAS Locauto, qui appartiennent au groupe Jeandot, suivent le même principe en commercialisant exclusivement des véhicules vendus par ce groupe.

Le risque de verrouillage de l'accès à la clientèle a donc également été écarté dans cette décision.

Décision n° 2019 -DCC-04 du 6 août 2019⁶⁴

L'opération concernée par cette décision avait pour effet de réunir la SARL T. Pac, présente sur le marché aval de la distribution de produits d'hygiène et d'entretien à destination des professionnels, et la SAS Vega, qui fabrique et importe de tels produits.

L'Autorité a cependant pu conclure que cette opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux, dans la mesure où la SAS Vega « *est également présente sur les marchés aval de la distribution des produits d'hygiène et d'entretien à destination des professionnels et y détient une part de marché d'environ 25 % là où celle de la SARL T.Pac est estimée entre 0,27 % et 0,46 %.* » (point 75).

En effet, « *le risque de verrouillage des intrants et de la clientèle est faible, voire inexistant, étant donné que la SAS Vega est déjà présente sur les marchés aval et que la SARL T. Pac ne représente que 0,25 % de son chiffre d'affaires global.* » (point 76).

Décision n° 2019 -DCC-06 du 25 novembre 2019⁶⁵

Comme indiqué *supra*, cette opération vise à la prise de contrôle exclusif négatif par la société Titanobel SAS (ci-après « Titanobel »), fabricant d'explosifs en métropole, de la société Katiramona Explosif SAS (ci-après « Katexplo »), qui fabrique et commercialise en Nouvelle-Calédonie des produits explosifs à destination des mines, des carrières, des travaux publics et des métiers de la déconstruction. Cette opération vise également à créer localement une unité de production fixe d'explosifs emballés/encartouchés et d'émulsion-mère destinée à fabriquer des explosifs à émulsion en vrac en UMFE (Unité Mobile de Fabrication d'Explosifs), dont la commercialisation serait assurée par Katexplo.

Katexplo, qui est actuellement en monopole sur le marché de la vente au détail de produits explosifs dans la mesure où elle détient le seul dépôt de stockage sur le territoire non lié à une activité d'exploitation de mines et de carrières, va, du fait de l'opération, renforcer

⁶⁴ Décision n° [2019-DCC-04](#) du 06 août 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL T. Pac Industries NC par la SNC Holpacs Group.

⁶⁵ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS

sa position en fabriquant et en commercialisant au niveau local des produits jusqu'alors importés par elle ou ses clients (l'émulsion-mère servant à fabriquer des explosifs à émulsion en vrac en UMFE et les explosifs emballés/encartouchés). La nouvelle entité sera en effet le seul opérateur local à disposer d'une unité de production fixe d'explosifs en Nouvelle-Calédonie.

À l'issue de l'opération, la nouvelle entité sera également l'unique opérateur verticalement intégré dans le secteur des explosifs en Nouvelle-Calédonie, présent à tous les stades de la chaîne de valeur du secteur concerné : production, importation, stockage, distribution en gros et au détail et activités de forage-minage à travers la société NSD Sofiter dont Titanobel détient déjà le contrôle exclusif.

À l'issue de son instruction, qui a donné lieu à une double consultation des tiers intéressés par l'opération, l'Autorité a relevé plusieurs risques d'atteinte à la concurrence liés à des effets verticaux sur un certain nombre de marchés concernés par l'opération qui a donné lieu à la proposition de nombreux engagements comportementaux (voir *infra*).

Les risques de verrouillage des intrants par l'introduction d'une demande de régulation de marché

L'Autorité a relevé des risques de verrouillage des intrants sur les marchés de la vente de nitrate d'ammonium, de l'ANFO, de l'émulsion-mère destinée à être sensibilisée en UMFE pour la fabrication d'explosifs à émulsion en vrac, d'explosifs emballés/encartouchés et de système d'amorçage, dans la mesure où la nouvelle entité pourrait, par le biais de son usine de production, fabriquer localement ces produits et solliciter auprès des services de la Nouvelle-Calédonie une mesure de régulation de marché sur le fondement des articles Lp. 413-1 et suivants du code de commerce, ayant pour conséquence d'entraver l'importation de produits concurrents aux siens, commercialisés sur le marché de gros par des fournisseurs/importateurs, situés en dehors du territoire.

Les risques de verrouillage du marché par l'introduction de clause d'exclusivité d'importation ou de non-concurrence réciproques

L'Autorité a relevé des risques de verrouillage des intrants et de l'accès à la clientèle des concurrents de Titanobel du fait de l'existence de plusieurs clauses de non-concurrence réciproques et d'une clause d'exclusivité d'importation conduisant *in fine* Katexplo, en situation de monopole sur les marchés de la vente au détail des différents explosifs secondaires, à :

- ne commercialiser que des produits Titanobel ;
- interdire à Titanobel d'approvisionner directement des clients en Nouvelle-Calédonie sans passer par Katexplo ;
- interdire aux associés de Katexplo (les sociétés Colas et HCM et Mme Karine Cevaër) de concurrencer Katexplo, directement ou indirectement tant qu'ils restent associés.

✚ Le risque de verrouillage de l'accès à la clientèle des concurrents de Titanobel sur le marché de la vente au détail d'explosifs emballés/encartouchés

Sur le marché de la vente au détail d'explosifs emballés/encartouchés sur lequel Katexplo est en situation de monopole, l'instruction a montré que même en l'absence de clause d'exclusivité d'importation et de non-concurrence entre Titanobel et Katexplo, il n'est pas exclu que Katexplo fasse le choix de ne plus commercialiser d'autres produits que ceux fabriqués par la nouvelle usine sous la marque Titanobel, interdisant de facto au seul concurrent actuel de Titanobel, à savoir Orica, de distribuer ses explosifs emballés/encartouchés sur le marché de la vente au détail et d'accéder ainsi à sa clientèle.

L'Autorité a considéré que cette situation est susceptible d'être préjudiciable aux foreurs-mineurs et aux miniers ne disposant pas de capacités de stockage, car ils n'auront plus accès à des produits concurrents de la marque Titanobel (restriction de gamme) et ne pourront plus faire jouer la concurrence par les prix entre les produits Titanobel et Orica. Katexplo pourrait enfin pratiquer des prix supra-concurrentiels du fait de sa situation de monopole.

✚ Les risques de verrouillage du marché de la vente au détail d'ANFO afin de favoriser la vente d'émulsion-mère, plus onéreuse

L'instruction a montré que dans la mesure où les explosifs à émulsion en vrac sont actuellement commercialisés à des tarifs plus élevés que l'ANFO, la nouvelle entité pourrait être incitée à cesser progressivement la fabrication et la commercialisation de l'ANFO en sac afin de s'orienter davantage vers la vente d'émulsion-mère, plus onéreuse.

L'Autorité a donc relevé que les clients de Katexplo sur le marché de la vente au détail d'ANFO en sac, ne disposant pas de solutions alternatives pourraient se trouver contraints de se fournir en émulsion-mère auprès de Katexplo à des conditions tarifaires désavantageuses

✚ Le risque d'éviction des foreurs-mineurs sur le marché du forage-minage en raison d'une intégration totale de la nouvelle entité en amont et en aval

L'instruction a soulevé un risque de voir la nouvelle entité, en monopole sur les marchés locaux de la production d'émulsion-mère destinée à fabriquer de l'émulsion en vrac et des explosifs emballés/encartouchés ainsi que sur le marché de la distribution au détail d'explosifs secondaires commerciaux en Nouvelle-Calédonie, d'étendre encore ses activités en aval pour proposer la commercialisation d'explosifs à émulsion en vrac sensibilisés en UMFE à partir des émulsions-mères produites par l'unité de production de Katexplo, et entrer de ce fait, sur le marché du forage-minage.

 Le risque de verrouillage du marché du fait de l'application de conditions commerciales discriminatoires

L'instruction a souligné le risque de mise en œuvre d'une politique commerciale discriminatoire de la part de la nouvelle entité à l'égard des concurrents de NSD Sofiter afin de favoriser cette dernière qui fait partie du même groupe que Titanobel et Katexplo.

LES EFFETS CONGLOMERAUX

Les effets congloméraux sont contrôlés lorsqu'une opération de concentration permet à la nouvelle entité d'étendre ou de renforcer sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'exploiter un effet de levier. Le lien de connexité entre les marchés concernés peut notamment découler de l'appartenance des produits à une même gamme ou de l'existence de marques générant un certain degré de différenciation entre les produits des parties à l'opération.

Ces opérations peuvent avoir des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elles permettent de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou les achats des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.

[Décision n° 2019 -DCC-06 du 25 novembre 2019⁶⁶](#)

Dans le cadre de la décision relative à la prise de contrôle de Katexplo par Titanobel, l'Autorité a considéré que du fait de son monopole de vente au détail d'explosifs emballés/encartouchés et de systèmes d'amorçage et de son futur monopole sur le marché de la vente au détail d'émulsion-mère destinée à être sensibilisée en UMFE pour la fabrication d'explosifs à émulsion en vrac, la nouvelle entité pourrait être incitée à mettre en œuvre des pratiques de vente ou de remises liées en subordonnant l'achat de ses produits à l'achat d'autres produits ou services qu'elle propose par ailleurs sur les marchés de détail, en empêchant ainsi la vente de produits concurrents, disponibles sur le marché de gros.

De même, du fait qu'elle appartient au même groupe que la NSD Sofiter, la nouvelle entité pourrait décider de pratiquer des prix plus avantageux auprès des miniers qui solliciteraient, dans le même temps, que les prestations de forage-minage soient réalisées par NSD Sofiter.

[Décision n° 2019 -DCC-08 du 23 décembre 2019⁶⁷](#)

Dans cette opération qui concernait la prise de contrôle exclusif d'une société active dans le secteur des services à la personne, l'Autorité a été conduite à rechercher un potentiel effet de levier entre le marché des services à domicile aux personnes dépendantes et le marché des services de santé respiratoires à domicile.

⁶⁶ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS

⁶⁷ Décision n° [2019-DCC-08](#) du 23 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Âge d'Or NC par la SARL Aide à Domicile NC

M. G.B, qui renforce par cette opération sa position sur le marché des services à domicile des personnes dépendantes contrôle également une société de services de santé respiratoire à domicile.

La décision rappelle que selon une jurisprudence constante de l'Autorité de la concurrence métropolitaine « *les conditions d'exercice de la demande dans le secteur de santé ne répondent pas toujours aux mécanismes traditionnels relevés sur les marchés concurrentiels. Ainsi, la demande du consommateur final fait la plupart du temps l'objet d'une intermédiation par le prescripteur des soins. Par ailleurs, elle se révèle pour les demandeurs (prescripteurs et patients) peu sensible aux prix en raison de la couverture des coûts par les systèmes d'assurance.* » (point 65)

En l'espèce, les répondants au test de marché ont confirmé que la demande des patients pour des soins de santé respiratoires à domicile est généralement conditionnée par une prescription médicale d'un pneumologue.

L'Autorité a donc considéré qu'il n'existait « *pas de lien de connexité suffisant entre les marchés des prestations de services de santé respiratoire à domicile et les prestations de services à domicile aux personnes dépendantes, susceptible de conduire à des effets congloméraux.* » (point 67).

LES EFFETS COORDONNÉS

Conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, l'ACNC recherche dans le cadre de son contrôle si une opération de concentration est susceptible d'avoir des « effets coordonnés ». On parle d'effets coordonnés lorsqu'une opération modifie la nature de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement sont beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, peuvent le faire plus facilement⁶⁸.

[Décision n° 2019 -DCC-02 du 28 juin 2019⁶⁹](#)

À l'occasion de cette décision, l'Autorité a mené une analyse sur les potentiels effets coordonnés de la prise de contrôle exclusif de la SAS Locauto par la SAS CP Holding.

Est seul concerné en l'espèce le segment de marché de la location longue durée de véhicules automobiles en Nouvelle-Calédonie, sous contrat LLD, sur lequel intervient la société cible, la SAS Locauto et son concurrent Nouméa Renting, qui détiennent plus de 90 % des parts de marché.

L'Autorité considère que l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets coordonnés pour deux motifs :

⁶⁸ Voir les points 505 et suivants des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations.

⁶⁹ Décision n° [2019-DCC-02](#) du 28 juin 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Locauto par la SAS CP Holding

– la présence des deux sociétés SAS Locauto et Nouméa Renting sur ce segment du marché est préexistant à l'opération avec une asymétrie des parts de marché nettement en faveur de la Nouméa Renting (qui détient [55-65] %) des parts) ;

-- il n'existe pas de barrières réglementaires spécifiques sur ce segment et les clients des deux sociétés pourraient recourir à d'autres options de location longue durée, « *si une coordination des comportements entre ces deux opérations conduisait à proposer le service LLD à un prix supérieur au prix résultant du jeu normal de la concurrence.* » (point 66)

LA CONTRIBUTION AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE ET L'EXCEPTION DE L'ENTREPRISE DÉFAILLANTE

Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article Lp. 430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique.

Elle apprécie également si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

En outre, comme le soulignent les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives aux opérations de concentration⁷⁰, dans des cas exceptionnels, une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte peut être tout de même autorisée, parce que l'entreprise rachetée est une entreprise défailante, qu'il n'y a pas de meilleur acquéreur du point de vue de l'analyse concurrentielle et que l'atteinte à la concurrence ne serait pas moins grave si l'entreprise avait disparu.

En 2019, l'Autorité a été conduite à mener cette double analyse en phase 1 lors de l'examen des effets de l'opération de concentration dans le secteur de l'émission de titres-repas dans la mesure où elle a conduit les deux opérateurs du marché à créer une entreprise commune en situation de monopole.

Elle a également pris en compte les gains d'efficacité résultant de la prise de contrôle exclusif de la société Katexplo par la société Titanobel dans le secteur des explosifs miniers pour apprécier dans quelle mesure ils étaient ou non susceptibles de compenser certains effets anticoncurrentiels de l'opération.

Décision n° 2019 -DCC-03 du 2 août 2019⁷¹

Dans cette décision, l'Autorité autorise l'opération avoir constaté le caractère indispensable du maintien d'un dispositif de titre-repas et le risque de voir disparaître les deux entreprises actuellement déficitaires sur le marché à défaut d'autoriser l'opération.

⁷⁰ Voir le point 331 et les points 561 et suivants.

⁷¹ Décision n° 2019-DCC-03 du 2 août 2019 relative au rapprochement du GIE Chèques Services Calédoniens (CSC) et de la SAS E-Solutions dans le secteur des titres-repas en Nouvelle-Calédonie.

Elle constate en premier lieu que plusieurs enjeux sont attachés au maintien de ce dispositif. Les parties, le gouvernement et les répondants au test de marché ont tous confirmé le fait que les titres-repas répondent à un enjeu économique (modernisation et croissance de l'économie calédonienne), social (pouvoir d'achat des salariés, dialogue social), de santé publique (repas équilibré) et de ressources humaines (bien-être au travail, productivité) et qu'il convenait de le maintenir.

En deuxième lieu, l'Autorité constate que si l'opération est refusée, les deux opérateurs concurrents cesseront leur activité ou que l'un des deux réussira à éliminer le deuxième, ce qui créera *de facto* une situation de monopole. Les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction démontrent en effet que l'activité des deux entreprises est déficitaire depuis le démarrage de l'activité, eu égard notamment au faible potentiel du marché de l'émission des titres-repas.

Or, le regroupement des deux entités pourrait permettre de maintenir ce dispositif considéré par tous comme nécessaire. L'Autorité relève à cet égard que « *le regroupement du chiffre d'affaires sur une même entité afin de bénéficier d'un effet volume et de la mutualisation de certains coûts de fonctionnement grâce au regroupement des moyens matériels et humains des deux parties notifiantes permettraient d'envisager la poursuite du dispositif. Ces gains d'efficacité seraient liés à des économies de loyer, des économies de personnel en réduisant le nombre d'ETP de 5 à 3, le maintien d'un seul commissaire aux comptes, et des économies résultant de renégociation avec les prestataires de chèque sous format papier et sous format monétique.* » (point 115)

L'Autorité note que le monopole créé disposera en outre d'un pouvoir de marché restreint pour les raisons exprimées *supra*.

En revanche, elle considère que si l'opération n'était pas autorisée, il est envisageable que l'une des deux entités soit capable de se maintenir sur le marché et se retrouve en situation de monopole de fait, sans que les engagements proposés dans le cadre de la présente décision puissent être mis en œuvre pour répondre aux préoccupations de concurrence relevées.

Elle en déduit donc que l'autorisation de l'opération sous réserve d'engagements est la meilleure solution en l'espèce.

[Décision n° 2019 -DCC-06 du 25 novembre 2019⁷²](#)

L'Autorité considère que l'opération envisagée contribue au progrès économique en Nouvelle-Calédonie à travers la création d'une nouvelle offre locale d'émulsion-mère destinée à la fabrication d'explosifs à émulsion en vrac et d'explosifs emballés/encartouchés.

Elle souligne que selon Titanobel, la nouvelle usine permettra notamment de réduire les coûts d'acheminement et de transport ainsi que les contraintes de sécurité liées à

⁷² Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS.

l'importation de produits explosifs, de dynamiser la vente d'explosifs à émulsion en vrac, plus simples à utiliser pour les acteurs du secteur et plus efficaces que l'ANFO.

Titanobel estime également que l'opération envisagée permettra de réduire les prix de vente de l'émulsion-mère destinée à la fabrication d'émulsion en vrac et des explosifs emballés/encartouchés par rapport à ceux pratiqués actuellement en Nouvelle-Calédonie (-[10-20] % pour l'émulsion-mère vendue sur le marché de gros et - [30-40] % pour les explosifs emballés/encartouchés vendus au détail) et de créer deux à quatre emplois sur le territoire.

L'Autorité a néanmoins estimé que ces gains d'efficience étaient insuffisants pour compenser les effets verticaux et congloméraux de l'opération ce qui a conduit la partie notifiante à présenter de nombreux engagements (voir *infra*).

LES RESTRICTIONS ACCESSOIRES

Outre les accords qui exécutent l'objet principal d'une concentration (comme la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise), il peut arriver que les parties à une opération concluent d'autres accords qui limitent leur liberté d'action sur le marché.

Comme le rappelle l'Autorité métropolitaine de la concurrence dans ses lignes directrices, ces restrictions accessoires ne sont pas obligatoirement portées à sa connaissance lors de la notification de l'opération. Toutefois, les entreprises « *peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au contexte concurrentiel du ou des marchés concernés.*⁷³ »

Lorsqu'elle en prend connaissance, l'Autorité évalue si ces restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, ce qui signifie qu'en leur absence « *la concentration ne pourrait pas être réalisée ou sa viabilité serait remise en cause.*⁷⁴ »

Des restrictions qui excéderaient ce qui est directement lié et nécessaire seraient susceptibles d'être appréhendées par l'Autorité au titre des pratiques anticoncurrentielles.

Décision n° 2019 -DCC-06 du 25 novembre 2019⁷⁵

L'opération de prise de contrôle exclusif négatif de la société Katexplo par la société Titanobel a donné lieu à la conclusion d'un pacte d'associés et de trois contrats⁷⁶, analysés par l'Autorité afin de déceler d'éventuelles restrictions accessoires qui excéderaient ce qui est directement lié et nécessaire à la réalisation de l'opération.

⁷³ Voir le point 537 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations.

⁷⁴ Voir le point 538 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations.

⁷⁵ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS.

⁷⁶ Contrat de licence de savoir-faire, contrat d'assistance technique, contrat de prestation d'études règlementaires, ingénierie et prestations techniques.

En premier lieu, il est rappelé que la clause de non-concurrence inscrite dans la licence de savoir-faire⁷⁷ ne constitue pas une restriction accessoire, mais un accord qui exécute l'objet principal de la concentration, cette clause constituant « ***l'un des modes de prise de contrôle de Katexplo par Titanobel et [organisant] la future politique commerciale de la nouvelle entité.*** » (point 383) Ainsi, « ***les effets la clause litigieuse doivent être analysés dans le cadre plus global de l'examen de l'opération au regard du droit de la concurrence.*** » (point 384)

En deuxième lieu, l'Autorité a examiné d'autres clauses de non-concurrence figurant dans le pacte d'associés et dans le contrat de licence de savoir-faire.

En effet, Titanobel et les associés de Katexplo « *s'engagent à ne pas concurrencer directement ou indirectement la cible (Katexplo), par le biais d'une filiale ou d'une participation, ou de toute incitation ou sollicitation de tiers à concurrencer la cible, ou débaucher ses clients ou ses salariés* » (point 160) pour une liste de produits et pendant toute la durée où les associés détiendront directement ou indirectement des droits sociaux dans Katexplo.

L'Autorité considère que ces clauses excèdent ce qui est directement lié et nécessaire à la réalisation de l'opération.

D'une part, en s'appuyant sur la communication de la Commission européenne relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, elle indique que les clauses de non-concurrence « *garantissent le transfert à l'acquéreur de la valeur totale des actifs cédés, qui comprennent, en règle générale, tant des biens corporels que des actifs incorporels, comme le fonds commercial que le vendeur s'est constitué ou le savoir-faire qu'il a développé* » et qu'« *en leur absence, il y aurait raisonnablement lieu de s'attendre à ce que la vente de l'entreprise ou de la partie d'entreprise ne puisse avoir lieu.* » (point 460)

Or, en l'espèce, ces clauses « *sont imposées à Titanobel alors même que dans le cadre de l'opération concernée, Titanobel n'est pas le vendeur, mais l'acheteur de la cible.* » (point 461) En outre, ces clauses constitueraient des accords exclusifs d'importation prohibés par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

D'autre part, l'Autorité relève une difficulté en ce qui concerne l'application de ces clauses aux autres associés de Katexplo.

L'Autorité rappelle que ces clauses ne sont justifiées « ***que dans la mesure où leur durée, leur champ d'application territorial et leur portée matérielle et personnelle n'excèdent pas ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin.*** » (point 464)

⁷⁷ Clause par laquelle « *Katexplo s'interdit, pendant toute la durée du contrat de licence de savoir-faire, de s'approvisionner auprès d'un tiers en produits concurrents aux produits sous licence et de commercialiser de tels produits sur le territoire.* » (point 165) et « *Titanobel s'interdit d'approvisionner en produits concurrents aux produits sous licence un autre distributeur ou revendeur sur le territoire.* » (point 166)

Or, dans leur rédaction initiale, ces clauses n'étaient pas limitées dans le temps ce qui excluait de pouvoir les considérer comme des restrictions accessoires directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération.

Des engagements pris par les parties permettront de remédier à ces différentes préoccupations de concurrence.

E – Les mesures correctives

Conformément à la pratique décisionnelle et comme le précisent les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives aux opérations de concentration⁷⁸, « *lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte, et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence.* »

Ces mesures prennent principalement la forme d'engagements à l'initiative des entreprises concernées soit lors de la phase 1 d'examen de l'opération (article Lp. 431-5 II du code de commerce), soit lors de la phase 2 d'examen approfondi (article Lp. 431-7 II du même code).

Plus rarement, les mesures correctives peuvent également prendre la forme d'injonctions ou de prescriptions formulées directement par l'Autorité en phase d'examen approfondi, conformément aux dispositions du III de l'article Lp. 431-7 du code de commerce.

Décision n° 2019 -DCC-03 du 2 août 2019⁷⁹

Dans cette décision, l'Autorité a autorisé la création d'un monopole dans le secteur des titres-repas sous réserve d'une série d'engagements destinés à remédier aux préoccupations de concurrence soulevées à l'issue de l'instruction.

Conformément à la pratique décisionnelle, l'Autorité a rappelé que pour que ces engagements soient acceptés « *leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière suffisamment précise et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillés.* » (point 125). Leur mise en œuvre doit également être rapide et contrôlable. Enfin ces mesures doivent protéger la concurrence, et non des concurrents spécifiques et doivent être proportionnées.

Dans cette décision, les engagements prennent la forme de mesures comportementales qui ont essentiellement pour objet de laisser aux affiliés et aux clients des deux parties notifiantes la possibilité de sortir du dispositif des titres-repas. Ces engagements viennent également limiter dans certains cas les possibilités de révision à la hausse des tarifs de

⁷⁸ Voir le point 569 et suivants.

⁷⁹ Décision n° [2019-DCC-03](#) du 02 août 2019 relative au rapprochement du GIE Chèques Services Calédoniens (CSC) et de la SAS E-Solutions.nc dans le secteur des titres-repas en Nouvelle-Calédonie.

la future entité issue de l'opération ou imposent des mesures d'information concernant les éventuelles évolutions de tarifs.

L'objectif est de permettre aux entreprises clientes et affiliées « *de ne pas se retrouver captives du dispositif des titres-repas et de rompre facilement leurs relations commerciales, sans difficultés et sans pénalité, pour tout motif, notamment à l'occasion d'une hausse tarifaire proposée par la nouvelle entité.* » (point 131).

Décision n° 2019 -DCC-06 du 25 novembre 2019⁸⁰

L'analyse concurrentielle menée sur l'opération de prise de contrôle exclusif négatif de la société Katexplo par la société Titanobel a mis en évidence des risques d'effets verticaux, notamment par le renforcement du monopole détenue par la société Katexplo en raison de son intégration verticale lui permettant d'être active sur les marchés amont et aval dans le secteur des explosifs. Un risque d'effet conggloméral a également été identifié dans la mesure où Katexplo pourrait éventuellement favoriser la société NSD par rapport à ses concurrents sur le marché du forage-minage puisqu'elles font désormais partie du même groupe. L'opération a donc été autorisée sous réserve du respect d'une série d'engagements proposés par la société Titanobel.

La désignation d'un mandataire

Pour assurer le suivi de ces engagements, la société Titanobel a proposé la désignation d'un mandataire indépendant.

La désignation d'un mandataire est notamment privilégiée lorsque la décision de l'Autorité inclut un nombre important d'engagements ou que ces derniers nécessitent un contrôle pointu et régulier.

Outre son indépendance, le mandataire doit disposer de l'expertise nécessaire et sa désignation doit être approuvée par l'Autorité. Il est rémunéré par les parties et sa mission est définie dans un contrat de mandat. Il doit informer régulièrement l'Autorité de la mise en œuvre des engagements.

En l'espèce, il est prévu que Titanobel soumette à l'Autorité dans le délai d'un mois suivant sa décision l'identité de deux personnes susceptibles d'être désignées en qualité de mandataire. L'Autorité doit également approuver le contrat de mandat proposé. Le mandataire approuvé par l'Autorité doit ensuite être désigné dans un délai maximal d'une semaine après approbation de l'Autorité.

Il est précisé que ce mandataire devra obtenir tous les éléments nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle des engagements.

Les engagements retenus

La société Titanobel a proposé une série de huit engagements, et les associés minoritaires de la société Katexplo se sont en outre engagés à ne pas entreprendre

⁸⁰ Décision n° [2019-DCC-06](#) du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS.

« pendant la durée prévue aux Engagements, d'actions qui placeraient Titanobel en situation de non-respect des engagements. » (point 470)

L'Autorité a accepté les huit engagements proposés par la société Titanobel qu'elle a considérés comme étant clairs et précis.

En premier lieu, pour écarter les risques de verrouillage des intrants sur les marchés de la vente de nitrate d'ammonium, d'ANFO, d'émulsion-mère destinée à être sensibilisée en UMFE pour la fabrication d'explosifs à émulsion en vrac, d'explosifs emballés/encartouchés et de système d'amorçage, Titanobel s'est engagée à ce que Katexplo ne dépose pas, auprès des services de la Nouvelle-Calédonie, une mesure de régulation de marché sur le fondement des articles Lp. 413-1 et suivants du code de commerce, qui aurait pour conséquence d'entraver l'importation de produits concurrents aux siens, commercialisés sur le marché de gros par des fournisseurs/importateurs, situés en dehors du territoire. (engagement n° 1).

En deuxième lieu, Titanobel s'est engagée à supprimer ou modifier plusieurs clauses de non-concurrence réciproques visant à interdire à Katexplo de s'approvisionner auprès d'un tiers en produits concurrents, à interdire à Titanobel d'approvisionner directement des clients en Nouvelle-Calédonie sans passer par Katexplo et à interdire aux associés minoritaires de Katexplo de concurrencer Katexplo, directement ou indirectement tant qu'ils restent associés de cette dernière. Ces engagements devraient permettre d'écarter les risques de verrouillage des intrants et de l'accès à la clientèle des concurrents de Titanobel (engagements n° 2 et 3).

En troisième lieu, afin d'éviter une exclusivité d'approvisionnement de fait de Katexplo auprès de Titanobel sur le marché de la vente d'explosifs emballés/encartouchés conduisant à une réduction de la gamme des produits proposés, Titanobel s'est engagée à ce que Katexplo honore toute commande de ses clients qui porterait sur des produits de marques concurrentes de celles de Titanobel figurant au catalogue de Katexplo avant l'opération (engagement n° 8). Les conditions dans lesquelles les clients auront la possibilité de se fournir en produits concurrents sont précisées dans la décision et la marge en valeur réalisée par Katexplo sur les explosifs emballés/encartouchés concurrents de ceux de Titanobel sera plafonné au niveau observé au 6 septembre 2019 afin d'éviter tout effet d'aubaine.

En quatrième lieu, afin de lever le risque d'atteinte à la concurrence identifié sur le marché de la vente au détail d'ANFO en sac et garantir la possibilité pour les clients sur ce marché de trouver une solution alternative à l'ANFO en sac dans l'hypothèse où Katexplo ne fabriquerait plus ce type de produit pour le remplacer par de l'émulsion-mère plus onéreuse, Katexplo sera tenue d'accepter toute commande ferme de ses clients sur le marché de la vente au détail de l'ANFO, pendant les deux années qui suivent la date de la décision de l'Autorité, dans les termes et conditions convenus et pratiqués avec lesdits clients à la date de la décision, à condition que ses clients en soient informés et s'engagent sur ces commandes dans un délai de six mois à compter de la réalisation de la présente opération de concentration (engagement n° 6).

En cinquième lieu, afin d'éviter un risque d'éviction des foreurs-mineurs en cas d'extension des activités de Katexplo sur le marché aval du forage-minage, Titanobel s'est

engagée à ce que Katexplo n'entre pas sur le marché du forage-minage pendant une période de 5 ans, éventuellement renouvelable au regard de l'évolution de la situation concurrentielle (engagement n° 4).

En sixième lieu, l'instruction a mis en évidence le risque de mise en œuvre d'une politique commerciale discriminatoire de la part de la nouvelle entité à l'égard des concurrents de NSD Sofiter afin de favoriser cette dernière sur laquelle Titanobel exerce un contrôle exclusif. Pour remédier à cette préoccupation de concurrence, Titanobel s'est engagée à ce que Katexplo applique à l'ensemble de ses clients ses conditions commerciales de façon claire, objective et non discriminatoire en établissant des conditions générales de ventes et des grilles tarifaires catégorielles qui formeront le socle des négociations commerciales avec eux après application d'éventuelles remises, rabais et ristournes. Celles-ci ne pourront être fondées que sur des critères objectifs inscrits dans la décision. (engagement n° 5).

En dernier lieu, l'instruction a soulevé un double risque de ventes ou de remises liées mises en œuvre par la nouvelle entité afin d'accroître les ventes de Katexplo au détriment de celles de ses concurrents et afin d'inciter les clients de Katexplo à faire appel à NSD Sofiter, sur le marché du forage-minage. Pour écarter ces risques, Titanobel s'est engagée à interdire à Katexplo de mettre en œuvre des pratiques de vente ou de remises liées sur tout produit ou service à l'achat ou la location d'un autre produit ou à la réalisation d'une prestation de forage-minage par une entreprise contrôlée par Titanobel (engagement n° 7).

Ces engagements ont été pris pour des durées variables allant jusqu'à 10 ans, et parfois susceptibles d'être révisées en fonction de l'évolution de la situation concurrentielle.

II. Les décisions relatives aux opérations dans le secteur du commerce de détail

A. Délimitation des marchés pertinents

Comme en matière de concentration, la délimitation des marchés pertinents est une étape indispensable du contrôle de l'Autorité sur les autorisations d'ouverture ou d'agrandissement des commerces de détail.

En 2018, la majorité des décisions concernait le secteur du commerce de détail alimentaire. Les quatre décisions adoptées en 2019 ont concerné également ce type de commerce ainsi que deux commerces spécialisés, dont l'un n'avait pas encore été examiné par l'ACNC.

1. Commerces à dominante alimentaire

Décision n° 2019 -DEC-02 du 6 mars 2019⁸¹

Décision n° 2019 -DEC-03 du 21 novembre 2019⁸²

Pour la délimitation de ces marchés, l'Autorité a rappelé les principes énoncés dans le cadre de ses décisions adoptées en 2018 concernant les commerces à dominante alimentaire⁸³.

Ainsi, elle confirme que pour ce type de commerce, peuvent être délimités d'une part les marchés « aval » de dimension locale qui mettent en présence les commerces de détail et les consommateurs, et d'autre part les marchés « amont » de l'approvisionnement où se rencontrent les commerces de détail et leurs fournisseurs.

L'Autorité procède donc à une double analyse en recherchant « *si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment, d'une part, par création ou renforcement d'une position dominante (marché de détail) et, d'autre part, par création ou renforcement d'une puissance d'achat (marché de l'approvisionnement).* » (Décision n° 2019 -DEC-02, point 11).

Dans ces décisions, l'Autorité ne remet pas non plus en cause la distinction classique des six catégories de commerce⁸⁴ basée sur les critères de taille, techniques de vente, accessibilité, service rendu et ampleur des gammes de produits proposés. Elle rappelle toutefois qu'il convient d'examiner chaque cas d'espèce pour déterminer le marché pertinent, des commerces relevant de différentes catégories pouvant dans certains cas se trouver en concurrence directe.

2. Commerces spécialisés

Décision n° 2019 -DEC-01 du 25 janvier 2019⁸⁵

Cette décision concerne l'ouverture d'un **commerce de vente au détail de meubles, d'accessoires de décoration et de bazar, et de linge de maison** au sein du centre commercial « Les jardins d'Apogoti » à Dumbéa.

Une autorisation avait déjà été accordée en 2018 par décision n° 2018 -DEC-03 du 18 mai 2018, pour l'ouverture par la même entreprise du même commerce, sans toutefois que sa création ne se soit concrétisée.

⁸¹ Décision n° 2019-DEC-02 du 6 mars 2019 relative à l'ouverture d'un supermarché d'une surface de vente de 540 m² sous l'enseigne "Korail Apogoti" au sein du complexe "Les Jardins d'Apogoti" sur la commune de Dumbéa.

⁸² Décision n° 2019-DEC-03 du 21 novembre 2019 relative à l'agrandissement de 1050 m² de la surface de vente du commerce de détail sous enseigne "Korail Païta" situé sur la commune de Païta.

⁸³ Voir les décisions n° 2018-DEC-02 du 19 avril 2018, n° 2018-DEC-05 du 5 juin 2018, n° 2018-DEC-06 du 28 juin 2018, n° 2018-DEC-07 du 30 août 2018, n° 2018-DEC-08 du 28 septembre 2018.

⁸⁴ Hypermarchés, supermarchés, commerce spécialisé, petit commerce de détail ou supérette, maxi discompteurs, vente par correspondance.

⁸⁵ Décision n° 2019-DEC-01 du 25 janvier 2019 relative à l'ouverture d'un commerce de détail d'une surface de vente de 1484 m² sous l'enseigne "House" au centre commercial "Les Jardins d'Apogoti" sur la commune de Dumbéa.

Une nouvelle demande est soumise à l'Autorité en 2019 pour ce commerce, avec une surface de vente plus importante⁸⁶. Cette circonstance ne modifie pas la délimitation du marché retenue dans le cadre de la décision n° 2018 -DEC-03 précitée.

Décision n° 2019 -DEC-04 du 20 décembre 2019⁸⁷

L'opération examinée portait sur l'ouverture d'un **commerce spécialisé dans la vente de biens et équipements bureautiques et équipements informatiques**.

Pour ce type de fourniture, l'Autorité indique que les autorités de concurrence choisissent traditionnellement de distinguer différents marchés en fonction des familles de produits d'une part, et des canaux de distribution d'autre part.

En ce qui concerne la distinction par famille de produits, les autorités de concurrence relèvent « *qu'il existe autant de marchés que de groupes de produits concernés dans la mesure où les producteurs ne peuvent se convertir facilement dans la fabrication d'autres produits* ». (point 19)

Dans le cas d'espèce, il ressort des déclarations de la partie notifiante et du test de marché que quatre marchés peuvent être distingués :

- le marché des produits de papeterie ;
- le marché des produits de bureautique informatique ;
- le marché des produits d'ameublement de bureau ;
- le marché des services d'imprimerie/reliure.

Les produits concernés bien que complémentaires ne sont pas substituables entre eux.

Concernant la distinction opérée par canal de distribution, si les autorités de concurrence retiennent généralement quatre canaux distincts⁸⁸, la décision rappelle que trois types de canal sont traditionnellement retenus en Nouvelle-Calédonie dans des secteurs proches comme la distribution de livres et de produits électrodomestiques⁸⁹ :

- le canal des importateurs-grossistes ;
- le canal de la distribution au détail en points de vente physique ;

⁸⁶ Initialement de 1321 m2, la surface de vente est portée à 1484 m2.

⁸⁷ Décision n° 2019-DEC-04 du 20 décembre 2019 relative à relative à l'ouverture d'un magasin d'une superficie de 420 m2 exploité sous l'enseigne « Bureau Vallée » situé dans le quartier de Magenta sur la commune de Nouméa.

⁸⁸ La distribution directe par les fabricants auprès des entreprises et des administrations utilisatrices ; la distribution en gros de fournitures de bureau et de papeterie par l'intermédiaire de grossistes ou des centrales d'achats spécialisées qui s'adressent à des distributeurs ; la distribution au détail par des surfaces commerciales qui s'adressent essentiellement à des particuliers ou utilisateurs ; la vente à distance ou par correspondance ou par internet.

⁸⁹ Voir le rapport accompagnant l'arrêté n° 2018-119/ GNC du 23 janvier 2018 relatif au changement d'enseigne et à l'élargissement de 7 m2 de la surface de vente du magasin Fnac / Pentecost.

– la vente à distance ou par correspondance.

Cette délimitation est retenue en l'espèce, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant identiques, quelle que soit la définition retenue.

En ce qui concerne la délimitation géographique, la pratique décisionnelle retient que du point de vue du consommateur, la concurrence s'exerce « *principalement au niveau local sur des marchés dont la dimension varie en fonction du type de produits concernés et de l'attractivité des magasins.* » (point 27)

L'Autorité de la concurrence métropolitaine a retenu pour des opérations dans le secteur du livre, une zone de chalandise de 15 minutes de déplacement en voiture autour des magasins cibles.

En l'espèce, à la suite du test de marché, l'ACNC a également retenu une zone de chalandise de 15 minutes autour du magasin cible, soit une zone qui s'étend sur les communes de Nouméa, Dumbéa (Zone d'activité commerciale Panda) jusqu'à la commune de Mont-Dore (quartier de Saint-Michel).

B. Analyse concurrentielle

1. Les opérations d'ouverture

Décision n° 2019-DEC-04 du 20 décembre 2019⁹⁰

Pour cette opération qui concernait un commerce spécialisé dans la vente de fournitures de bureau, l'Autorité rappelle que, comme pour toute opération d'ouverture, « *l'extension de l'offre commerciale constitue une opération a priori profitable au consommateur si elle élargit ses possibilités de choix et est susceptible de stimuler la concurrence entre les acteurs présents en les incitant à améliorer leur offre de biens et services et/ou à diminuer leurs prix en réponse à l'extension d'une offre concurrente.* » (point 33)

En l'espèce, il doit en outre être tenu compte du fait que l'opération en cause est une opération de croissance interne par un opérateur déjà présent dans la zone de chalandise, et non le rachat d'un commerce concurrent. L'opération concerne l'ouverture de l'enseigne « Bureau Vallée Magenta » alors qu'il existe déjà une enseigne « Bureau Vallée Ducos ».

Pour évaluer l'impact de cette création et les risques d'atteinte à la concurrence, l'Autorité examine d'une part l'état de la concurrence sur le marché concerné et d'autre part les parts de marché du nouveau magasin.

⁹⁰ Décision n° 2019-DEC-04 du 20 décembre 2019 relative à l'ouverture d'un magasin d'une superficie de 420 m² exploité sous l'enseigne « Bureau Vallée » situé dans le quartier de Magenta sur la commune de Nouméa.

En premier lieu, elle souligne que le nouveau commerce va être confronté à la concurrence de nombreuses autres enseignes actives dans le secteur des articles de bureau et de papeterie. Il s'agira non seulement des grandes surfaces spécialisées dans les fournitures de bureau, de papeterie ou de mobiliers de bureau, mais également des rayons dédiés à ces articles dans les grandes surfaces à dominante alimentaire ou des grandes surfaces spécialisées dans l'ameublement.

En deuxième lieu, si elle rappelle que l'évaluation des parts de marché d'une surface commerciale se fonde généralement en priorité sur la surface de vente du magasin concerné, cette méthode ne pourra être retenue en l'espèce.

En effet, le test de marché réalisé pour évaluer les surfaces de vente des enseignes des magasins Bureau Vallée et de leurs concurrents n'a pas permis d'obtenir des résultats satisfaisants.

L'Autorité indique sur la base de cette évaluation, « **les deux magasins sous enseigne « Bureau Vallée » détiendraient moins de [20-25] % des surfaces de vente consacrées à la fois aux marchés de la papeterie et de la bureautique, étant précisé qu'il s'agit d'une estimation haute dans la mesure où les surfaces de vente de nombreux concurrents n'ont pas pu être prises en compte faute de réponses précises au test de marché.** » (point 40)

Par ailleurs, l'Autorité note que s'agissant du mobilier de bureau « certaines enseignes disposent de grands « show-room » tandis que d'autres ne présentent pas systématiquement les produits vendus qui sont néanmoins accessibles sur catalogue et vendus en Nouvelle-Calédonie » (point 41).

Il lui paraît donc plus pertinent en l'espèce d'évaluer les parts de marché au regard du chiffre d'affaires 2018 déclaré par l'ensemble des opérateurs présents sur chaque segment de marché.

Cette évaluation a permis de mettre en évidence le fait que les deux enseignes « Bureau Vallée » détenaient des parts de marché variables en fonction des produits concernés. Ces parts de marché ont par exemple été évaluées à moins de 5 % sur le marché de l'imprimerie et à moins de [20-30] % sur le marché de la papeterie.

En comparant ces résultats avec les parts de marché détenues par leurs concurrents sur chaque segment, l'Autorité a pu conclure que l'opération n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence.

[Décision n° 2019-DEC-01 du 25 janvier 2019⁹¹](#)

Cette décision faisait suite au dépôt d'un nouveau dossier de notification pour l'ouverture d'un commerce de vente au détail de meubles, accessoires de décoration, bazar et linge de maison.

⁹¹ Décision n° [2019-DEC-01](#) du 25 janvier 2019 relative à l'ouverture d'un commerce de détail d'une surface de vente de 1484 m2 sous l'enseigne "House" au centre commercial "Les Jardins d'Apogoti" sur la commune de Dumbéa.

Si une autorisation avait déjà été accordée pour ce commerce en 2018, l'ouverture de l'enseigne n'avait pas été mise en œuvre et seule la surface de vente, augmentée de 163 m² par rapport au projet initial, est modifiée dans le cadre du nouveau dossier de demande.

Dans la mesure où cette augmentation « *ne modifie pas les parts de marché de la société Stock Import sur les marchés pertinents ni l'analyse concurrentielle* » (point 9), l'opération a pu être considérée comme ne portant pas atteinte à la concurrence et a été autorisée.

2. Les opérations d'agrandissement

Décision n° 2019-DEC-03 du 21 novembre 2019⁹²

Cette décision concernait une opération d'agrandissement d'un commerce de détail à dominante alimentaire sous enseigne Korail sur la commune de Païta. Sur le marché aval de la distribution au détail à dominante alimentaire, l'Autorité a pu conclure que le supermarché détiendrait une part de marché de l'ordre de 20 % en surface de vente au lieu de 8 % avant l'opération.

L'Autorité rappelle qu'il est « *peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieur à 30 % sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci.* » (point 50)

Elle va néanmoins rechercher si l'opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés amont de l'approvisionnement.

Si la part de marché sur le marché aval de la distribution au détail est évalué à 20 %, il est signalé que le commerce appartient « au groupe des magasins Korail » « *qui négocie les achats auprès des fournisseurs locaux pour l'ensemble des commerces de détail sous enseigne « Korail ». L'accroissement de la surface de vente du supermarché « Korail Païta » devrait donc renforcer le volume des achats opérés par le « groupe de magasins Korail ».* (point 51)

Cette circonstance n'est toutefois pas susceptible de créer ou renforcer une puissance d'achat des magasins « Korail » qui porterait atteinte à la concurrence « *compte tenu de la dimension territoriale des marchés de l'approvisionnement, de leur volume en chiffre d'affaires et de la présence de nombreuses enseignes concurrentes sur le territoire, disposant de surfaces de vente bien supérieures aux supermarchés sous enseigne « Korail »* ». (point 52)

Enfin, l'Autorité recherche d'éventuels effets verticaux qui pourraient découler de la création par la partie notifiante en 2019 d'une entreprise d'importation et de distribution, la SARL Creaflex Import, qui interviendra notamment comme fournisseur de l'enseigne Korail sur une partie de son rayon bazar.

⁹² Décision n° [2019-DEC-03](#) du 21 novembre 2019 relative à l'agrandissement de 1050 m² de la surface de vente du commerce de détail sous enseigne "Korail Païta" situé sur la commune de Païta.

Ce risque est toutefois écarté eu égard à la part de marché extrêmement faible de la SARL Creaflex Import.

L'Autorité note que ce nouvel opérateur est en revanche « *susceptible de dynamiser la concurrence entre les offreurs sur les marchés amont de l'approvisionnement au bénéfice de tous les commerces de détail proposant un rayon « bazar » en particulier, dont le supermarché « Korail Païta ».* » (point 54).

Section 4 : Les avis et recommandations

En 2019, l'ACNC a rendu 6 avis dans des domaines très variés, majoritairement à l'initiative du gouvernement.

I. Les avis rendus dans le secteur des professions réglementées : organisation et exercice de la profession de mandataire-liquidateur

La liberté d'accès ou d'exercice d'une profession, qui s'inscrit dans le cadre du principe de liberté du commerce et de l'industrie, peut faire l'objet de restrictions, notamment pour des motifs d'intérêt général liés à la protection de la santé et de la sécurité publique, de moralisation professionnelle ou liés à des exigences en termes de qualification.

Ces conditions particulières ne doivent cependant pas mener à des restrictions de concurrence injustifiées. L'article Lp. 462-2 du code de commerce prévoit d'ailleurs une saisine obligatoire de l'ACNC sur tout projet de loi, délibération ou arrêté « *instituant ou renouvelant un régime ayant directement pour effet : 1 ° De soumettre l'exercice d'une profession (...) à des restrictions quantitatives* ».

L'Autorité est également compétente pour évaluer toute circonstance de fait ou toute pratique susceptible de porter atteinte à la libre concurrence, en ce qui concerne l'accès et l'exercice de ces professions réglementées.

L'Autorité a été saisie d'une demande d'avis facultative portant « *sur la présence d'un unique et seul mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie* ». Cette saisine a donné lieu à l'avis n° [2019-A-01](#) du 22 février 2019 *relatif à la demande d'avis de la Confédération des petites et moyennes entreprises de la Nouvelle-Calédonie sur l'organisation et l'exercice de la profession de mandataire-liquidateur*.

A - Compétence de l'Autorité et principes généraux relatifs au contrôle des professions réglementées

L'Autorité a tout d'abord rappelé son champ de compétence et les enjeux de son contrôle concernant les professions réglementées.

En effet, « *Bien que les professions juridiques réglementées échappent jusqu'à présent, pour l'essentiel, au livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et à la concurrence, l'Autorité est compétente pour se prononcer sur l'articulation entre les règles spécifiques qui les régissent et le fonctionnement de la concurrence. En effet, la profession de mandataire-liquidateur, comme l'ensemble des professions réglementées, constitue une activité économique puisqu'elle consiste à offrir des services aux*

entreprises. Elle obéit à des contraintes particulières qui peuvent se justifier au regard de la mission d'intérêt général du mandataire-liquidateur mais qui peuvent se heurter au principe de libre concurrence. » (point 12).

L'Autorité rappelle que la profession de mandataire-liquidateur est une profession juridique libérale réglementée au titre de la délibération modifiée n° 244 du 18 décembre 1991 *relative aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise*. Désigné par le tribunal de commerce ou le tribunal de première instance dans le jugement d'ouverture d'une procédure collective pour représenter les créanciers et le cas échéant procéder à la liquidation d'une entreprise, le mandataire liquidateur dispose d'un monopole légal.

L'accès à cette profession est limité puisque seules les personnes inscrites sur une liste établie par une commission territoriale peuvent exercer les fonctions de mandataire-liquidateur. La commission vérifie notamment que les candidats respectent les exigences imposées par la réglementation en termes de qualification ou d'expérience professionnelle.

Comme l'Autorité de la concurrence métropolitaine, *« l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie considère que les restrictions à la concurrence posées par la réglementation d'une activité professionnelle qui vise à encadrer les conditions d'accès et d'exercice de celle-ci, peuvent toutefois être justifiées, afin d'assurer au consommateur des garanties nécessaires à sa protection. Ces dernières ne vont pas nécessairement à l'encontre des objectifs de la politique de la concurrence si les effets restrictifs de concurrence de cette réglementation sont inhérents à l'objectif de protection des consommateurs, c'est-à-dire sont nécessaires et proportionnés à cet effet. » (point 13)*

« Comme l'a rappelé la Commission européenne dans un rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales du 9 février 2004, trois principales raisons peuvent justifier une réglementation de ces professions :

– l'existence d'une asymétrie d'information entre les consommateurs et les prestataires de services. En effet, les prestataires doivent disposer d'un niveau élevé de compétences techniques que les consommateurs ne possèdent pas nécessairement, aussi peuvent-ils éprouver des difficultés à évaluer la qualité des services qu'ils achètent. Les services offerts sont des « produits de confiance » dont la qualité ne peut être facilement déterminée par une observation préalable ni même, dans certains cas, par la consommation ou l'utilisation ;

– la production « d'effets externes ». Sur certains marchés, la prestation d'un service peut avoir une incidence sur des tiers et pas seulement sur le client qui achète le service. Au cas d'espèce, il va de soi que les prestations juridiques en cause, mal réalisées, seraient susceptibles d'avoir des conséquences négatives bien au-delà de leurs destinataires directs ;

– la notion de biens publics. Ces services des professions libérales sont considérés comme des biens publics présentant une valeur pour l'ensemble de la société. Pour la profession de mandataire-liquidateur, la bonne administration de la justice peut être considérée comme un bien public. » (point 14).

B – Une absence de concurrence au sein de la profession de mandataire-liquidateur

Au monopole de droit consacré par la délibération n° 244 susmentionnée, l'Autorité a constaté l'existence d'un monopole de fait du seul mandataire-liquidateur en exercice en Nouvelle-Calédonie.

Cette absence totale de concurrence ne favorise pas la fluidité des procédures collectives et plus globalement un fonctionnement efficace de l'économie calédonienne.

L'Autorité relève à cet égard différents écueils.

1. Le rallongement des délais de traitement

L'Autorité relève que « *le délai de traitement des procédures de liquidateur judiciaire en Nouvelle-Calédonie est anormalement élevé.* » (point 188).

Si différentes circonstances sont à l'origine de cette situation⁹³, la présence d'un unique mandataire-liquidateur constitue nécessairement l'une des causes de ce rallongement.

L'Autorité souligne que « *sans remettre en cause les diligences de l'étude de Maître [A.] pour clore les dossiers dans les meilleurs délais compte tenu de sa charge de travail, [elle] constate que la circonstance qu'elle soit en situation de monopole de fait entraîne nécessairement un allongement de la durée des procédures de liquidations judiciaires, en raison de l'accumulation des dossiers ouverts. Cette situation de monopole de fait a été critiquée par certaines entreprises en situation de redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire durant l'instruction, regrettant le manque de disponibilité et de contrôle des situations individuelles. Or, même s'il existe des raisons objectives expliquant que la durée moyenne constatée en Nouvelle-Calédonie soit plus longue qu'en métropole, il ne peut être contesté que la situation ne pourra que s'aggraver au regard de l'augmentation du nombre de procédures collectives ouvertes ces dernières années.* » (point 188).

2. Les risques de conflit d'intérêts

Les risques de conflit d'intérêts résultent notamment du fait que l'unique mandataire-liquidateur peut être chargé de représenter à la fois un créancier et un des débiteurs de ce créancier dans différents dossiers.

L'Autorité souligne que « *l'accroissement continu du nombre de procédures collectives ouvertes depuis quelques années renforce mécaniquement ces risques qui ne semblent pas levés de façon satisfaisante par la nomination de mandataires ad hoc.* » (point 199)

⁹³ Voir point 188 : existence d'un stock d'affaires anciennes "sinistrées" d'un précédent professionnel, incapacité à mettre en œuvre la procédure simplifiée, encombrement de certains tribunaux...

Non seulement cette nomination d'un mandataire *ad hoc* intervient actuellement en dehors de tout cadre légal⁹⁴, mais en plus, « *elle ne résout pas nécessairement tous les risques de conflit d'intérêts et pose manifestement une difficulté en matière de rémunération puisque, contrairement aux mandataires-liquidateurs en exercice, les mandataires ad hoc nommés par le président du tribunal mixte de commerce ne touchent pas la même rémunération pour des fonctions équivalentes et ne peuvent être indemnisés par le Fonds d'indemnisation des dossiers impécunieux, ce qui est de nature à limiter les candidatures spontanées.* » (point 204).

Ainsi, « *L'Autorité en déduit que le meilleur moyen de lutter contre les risques de conflit d'intérêts qui ne manqueront pas d'augmenter au regard de l'évolution du nombre de procédures collectives ouvertes serait d'élargir le nombre de mandataires-liquidateurs en exercice en veillant à ce qu'ils soient indépendants [du mandataire actuel].* » (point 205).

3. Les risques de rente injustifiée

À titre liminaire, l'Autorité rappelle que le fait de réglementer les tarifs des professions juridiques réglementées apparaît légitime eu égard à la situation de monopole légal dont bénéficient ces professionnels. Citant l'avis n° 15-A-02⁹⁵ de l'Autorité métropolitaine de la concurrence, elle souligne que « *Pour différentes raisons (asymétrie d'information entre l'utilisateur et le professionnel sur la qualité des prestations, distinction entre le prescripteur et le payeur pour certains actes, objectif redistributif du tarif de certains actes), le législateur a écarté le principe d'une fixation des tarifs des professionnels par le libre jeu de la concurrence* » (point 208).

Pour autant, « *la fixation administrative des tarifs ne doit pas être en inadéquation avec les coûts de revient des prestations et engendrer des marges trop élevées, injustifiées au regard de la nature de ces prestations. L'objectif d'un tarif réglementé consiste au contraire à limiter la rente associée au monopole de la fonction ou de l'exercice d'une profession et d'inciter l'entreprise à réduire ses coûts au bénéfice des consommateurs.* » (point 212).

L'Autorité constate que les tarifs réglementés en vigueur en Nouvelle-Calédonie sont anciens (1997) et plus élevés que ceux applicables en Polynésie française et plus encore de ceux en vigueur en métropole.

Plusieurs facteurs indépendants du caractère monopolistique du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie ont favorisé ce phénomène, notamment la nécessité d'attirer des candidats lors de la fixation des tarifs en 1997 ou la rémunération plus basse tirée des relevés de créances salariales par rapport à la métropole⁹⁶.

⁹⁴ Point 29 : « *comme l'a confirmé en séance le président du tribunal mixte de commerce, selon une « création prétorienne* », pour traiter les procédures collectives, il s'arroge la possibilité de désigner à la place d'un mandataire-liquidateur inscrit sur la liste des mandataires-liquidateurs de la commission territoriale, un mandataire *ad hoc* dont les fonctions sont fixées par le juge.

⁹⁵ Avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées.

⁹⁶ Voir les points 221 à 223.

Toutefois, l'Autorité constate que « *le mode de détermination de certains tarifs (droits proportionnels et droit fixe équivalent quelle que soit la taille de l'entreprise) ne rend pas compte du coût réel des diligences mises en œuvre et qu'en l'absence de toute concurrence, l'unique mandataire-liquidateur en exercice n'est pas incité, par la réglementation des tarifs en vigueur, à gagner en productivité et à améliorer la qualité des services rendus aux entreprises en difficulté et à leurs créanciers.* » (point 224).

L'Autorité conclut de l'ensemble de ces éléments que l'organisation de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie pourrait être améliorée afin de favoriser la concurrence dans l'intérêt des justiciables et formule à cet égard une série de recommandations basée sur trois grandes lignes :

- promouvoir la nomination de nouveaux mandataires-liquidateurs en élargissant les conditions d'accès à la profession et en réformant la procédure de nomination des mandataires-liquidateurs ;
- supprimer le monopole légal de la fonction de mandataire-liquidateur et mettre en œuvre la procédure de liquidation judiciaire simplifiée ;
- moderniser la réglementation tarifaire pour évoluer vers des modalités de rémunération orientées vers un meilleur rapport coût-efficacité.

Le détail des recommandations formulées figure en annexe du présent rapport.

Par ailleurs, dans le cadre de son avis n° 2019-A-05⁹⁷ portant sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, l'Autorité a renouvelé ses observations, cette loi incluant une série de dispositions relatives à la profession de mandataire-liquidateur intégrées dans le code de commerce.

Si l'Autorité se félicite de cette démarche qui favorise une simplification et une clarification de la réglementation applicable à cette profession, elle constate que cette réforme demeure insuffisante et ne répond pas à l'ensemble des préoccupations exprimées dans son avis du 22 février 2019.

Elle invite donc le gouvernement à « **lever les barrières à l'entrée à l'accès à la profession de mandataire judiciaire et à fixer, dans la loi, le principe d'une modernisation des modalités de rémunération de la profession orientée vers un meilleur rapport coût-efficacité pour éviter les phénomènes de rente injustifiée.** » (point 246).

⁹⁷ Avis n° 2019-A-05 du 6 décembre 2019 sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne

II. Les avis rendus dans le domaine des marchés publics

L'ACNC a rendu un avis n° [2019-A-02](#)⁹⁸ portant sur la procédure de renouvellement de la délégation de service public relative à la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa.

La commune sollicitait l'avis de l'Autorité dans le but de vérifier si la procédure appliquée pour l'attribution de cette concession présentait des garanties suffisantes au regard du droit de la concurrence et des principes applicables en matière de commande publique.

A – La responsabilité des personnes publiques face au droit de la concurrence

1. L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques

Dans son avis, l'Autorité rappelle que « *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, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » » (point 125).*

Cet article exprime « *la vocation généraliste du droit de la concurrence* », la seule condition étant que l'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 indépendant.* » (point 126).

L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques doit être nuancée.

Sont bien concernées les « *personnes publiques exerçant une activité économique, notamment dans le cadre de conventions de délégation du service public.* » (point 126).

En revanche « *une activité qui met en œuvre des prérogatives de puissance publique pour l'exercice d'une mission de service public – telles les activités régaliennes ou de souveraineté – ou qui porte sur l'organisation même du service public – ne présente pas un caractère économique. Le droit de la concurrence n'est dès lors pas directement applicable.* » (point 127).

Ce principe même connaît des dérogations. En effet, « *le Conseil d'État admet néanmoins que le droit de la concurrence puisse être opposable aux décisions prises dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qu'elles soient de nature contractuelle ou réglementaire. L'opposabilité du droit de la concurrence conduit le juge à apprécier les effets des décisions et pratiques administratives au regard du droit de la concurrence qui,*

⁹⁸ Avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019 relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa.

sans être directement applicable, doit être respecté par la collectivité et les entreprises destinataires de ses décisions. » (point 128).

« Le juge administratif peut ainsi sanctionner les actes et pratiques des personnes publiques adoptés dans le cadre de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou dans le cadre de l'organisation du service public s'ils induisent, avalisent ou renforcent des pratiques anticoncurrentielles d'entreprises. » (point 129).

2. La répartition des compétences entre l'Autorité de la concurrence et le juge administratif

Comme le souligne l'Autorité dans son avis, « le contrôle des actes des personnes publiques au regard du droit de la concurrence est partagé entre la compétence des autorités de concurrence et celle du juge administratif. Cette répartition des compétences s'effectue en application du critère de détachabilité qui permet aux autorités de concurrence de connaître des pratiques anticoncurrentielles « détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Sont considérées comme détachables les pratiques par lesquelles une personne publique exerce une activité économique tandis que leur examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs. En l'absence de détachabilité, le juge administratif est seul compétent. De la même manière, les actes ou décisions des personnes publiques relatives à l'organisation même du service public relèvent de la compétence du juge administratif. » (point 130).

L'Autorité établit ainsi la grille de partage des compétences juridictionnelles :

« – 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. Tel est particulièrement le cas, par exemple, des titres ou refus d'occupation du domaine public délivrés par les collectivités publiques. Il en est de même du choix et des modalités de mise en œuvre des procédures d'attribution de contrats publics comme de la décision d'attribuer ou non les contrats publics ;

– 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 ;

– lorsqu'une pratique commise ou une décision adoptée dans le cadre d'un contrat administratif ne traduit pas l'exercice de prérogatives de puissance publique ou ne porte pas sur l'organisation du service public et que son examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs, l'Autorité de la concurrence sera compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles commises par les parties, ce qui n'exclut toutefois pas la compétence du juge administratif en tant que juge du contrat. Tel est par exemple le cas des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un opérateur attributaire d'une délégation de service public, lesquelles sont toujours considérées comme détachables de la gestion du domaine public tandis que la légalité

du contrat de délégation lui-même, notamment au regard du respect des règles de la concurrence, demeure de la compétence du juge administratif. » (point 131)

L'Autorité rappelle néanmoins que même s'il est saisi d'un recours contre un acte d'une personne publique relevant de sa compétence, le juge administratif « *pourrait éventuellement saisir l'Autorité pour avis. » (point 136).*

3. Les risques d'atteinte à la concurrence dans le cadre des procédures de commande publique

L'Autorité alerte tout d'abord sur les risques engendrés par « *des échanges d'informations entre concurrents antérieurs à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu » (point 139), dans la mesure où « le simple fait de connaître ses compétiteurs et leur intérêt ou non pour le marché considéré peut limiter l'indépendance des offres. » (point 140).*

En conséquence, l'Autorité considère que les collectivités publiques adjudicatrices doivent « *éviter d'organiser des séances d'informations communes à toutes les entreprises susceptibles de candidater et privilégier des visites individuelles sur site » le cas échéant, « afin de ne pas favoriser l'échange d'informations entre concurrents susceptibles de limiter l'indépendance de leurs offres » (point 142).*

En outre, il appartient « *à la collectivité publique, adjudicatrice, de rappeler aux différents intervenants à la procédure leurs obligations de confidentialité et de prendre des mesures propres à s'assurer d'une sélection des offres objective. » (point 143).*

L'Autorité rappelle également que la collectivité publique doit s'abstenir « *d'approuver ou d'étendre une pratique anticoncurrentielle dont elle aurait connaissance »*, et doit « *veiller à ce que la délégation de service public ne soit pas attribuée à un candidat auteur d'une pratique anticoncurrentielle ou qui bénéficie d'un avantage concurrentiel immérité et illicite. » (points 145-146).*

En d'autres termes, la collectivité doit écarter des entreprises qui se sont concertées pour élaborer leurs offres « *au risque d'être sanctionnées par le juge administratif à travers l'annulation de la décision d'attribution du marché » (point 147) et doit veiller « à ne pas attribuer le contrat à une entreprise qui aurait abusé ou abusé de sa position dominante. » (point 149).*

L'Autorité indique également que « *Les actes de la collectivité publique ne doivent pas non plus entraîner la commission d'une pratique anticoncurrentielle « automatique » de la part du concessionnaire ou des candidats. » (point 150), ce qui signifie que dans le cas d'une concession, la collectivité doit « veiller à ce que le contrat de concession ne comporte aucune clause anticoncurrentielle dont le respect par le concessionnaire pourrait être constitutif d'un abus. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une clause du contrat de concession interdisant au concessionnaire, à l'occasion du renouvellement de l'appel d'offres, de donner accès à une infrastructure ou à des informations essentielles permettant à ses concurrents de formuler une offre dans des conditions objectives et non discriminatoires. » (point 151).*

Enfin, pour favoriser la concurrence, la collectivité publique « *peut promouvoir la concurrence « pour le marché » en prévoyant une mise en concurrence régulière des opérateurs en raccourcissant la durée de la nouvelle concession.* » (point 156). En effet, « *la durée de la concession devrait être strictement proportionnée aux investissements que devra réaliser le nouveau concessionnaire pour honorer ses engagements en tenant compte de l'évolution à venir du fonctionnement des marchés [concernés]* » (point 157)

B – Les risques d'entente entre candidats à un appel d'offres juridiquement et/ou financièrement liés

L'Autorité commence par rappeler que « *peut être sanctionné tout échange d'informations qui altère le jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres.* Effectivement, l'Autorité constate que « *des échanges d'informations portant sur l'existence de concurrents, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent ainsi le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres et peuvent donc être sanctionnés.* » (point 174).

L'autorité s'adresse ensuite spécifiquement aux candidats à un appel d'offres appartenant à un même groupe ou entretenant des liens juridiques ou financiers et dispose que si ces entreprises « *souhaitent soumissionner au même appel d'offres, elles doivent en informer le maître d'ouvrage dans la présentation de leur offre et disposent des options suivantes :*

– *si chaque entreprise concernée dispose d'une autonomie commerciale pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue (directions différentes, moyens propres pour établir l'offre, capacité de production autonome...), elles peuvent choisir de déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante sans aucun échange d'information sur l'appel d'offres, ou déposer une offre commune permettant des concertations entre elles. En revanche, elles ne peuvent pas déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles ;*

– *si les entreprises concernées ne sont pas autonomes commercialement, elles ne peuvent présenter qu'une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré. Il est donc interdit à des entreprises qui appartiennent au même groupe et qui ne sont pas autonomes commercialement de présenter chacune une offre, car il est certain que ces offres ne seront pas indépendantes et conduiront la collectivité publique à se méprendre sur le véritable degré de concurrence sur le marché (risque d'offres de couverture, de répartition de marché...).* » (point 184)

L'identification d'une entente dans le cadre d'un appel d'offres est établie dès lors « *que la preuve est rapportée qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu, ou peut l'être, et ce afin d'échapper au principe de l'indépendance des offres et fausser le jeu d'une libre concurrence.* » (point 185).

D'ailleurs, la jurisprudence considère systématiquement qu'une entente dans le cadre d'un appel d'offres « *est grave par nature, indépendamment de l'importance du marché*

affecté et de la durée de cette affectation puisqu'elle a pour objet de faire directement échec au processus de mise en concurrence et pèse in fine sur les contribuables. » (point 188).

C – Les risques d'abus de position dominante dans le cadre d'un appel d'offre

Bien que ces risques soient plus rares que le risque d'ententes lors d'un appel d'offres, l'Autorité rappelle tout de même que « *l'exploitation abusive d'une position dominante par une entreprise à l'occasion d'un appel d'offres peut fausser le processus de mise en concurrence et dès lors être sanctionnée par l'Autorité de la concurrence.* » (point 190).

Parmi les pratiques prohibées, l'Autorité relève que le « *refus de la part de l'opérateur en position dominante de donner accès à des infrastructures ou informations essentielles à ses concurrents les empêchant de participer à un appel d'offres.* » (point 190).

Pour limiter le risque d'abus de position dominante commis par le candidat sortant, l'Autorité suggère aux personnes publiques de « *veiller à transmettre le même niveau d'informations à tous les candidats au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, en particulier lorsque ces informations émanent du concessionnaire sortant.* » (point 228).

Pour conclure, l'Autorité recommande aux personnes publiques de prévoir dans le dossier d'appel à candidature « *une brève définition des pratiques anticoncurrentielles et des sanctions susceptibles d'être encourues par les candidats en cas de non-respect du droit de la concurrence.* » (point 230).

À la suite de cet avis, l'ACNC a publié un « [guide à l'attention des acheteurs publics et des entreprises : liste des points de contrôle dans le cadre d'appel d'offres](#) », disponible sur son site internet – Espace pédagogique, pour aider les maîtres d'œuvre et les candidats à la maîtrise d'ouvrage à comprendre les règles du droit de la concurrence.

III. Les avis relatifs au droit de la concurrence et au fonctionnement de l'ACNC

A - Réforme des seuils de contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail.

Saisie par le gouvernement pour dresser un bilan du contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail entre le 21 novembre 2013, date de l'entrée en vigueur de la « loi antitrust » et le 6 août 2019,

l'Autorité a rendu un avis n° [2019-A-03](#)⁹⁹ lui permettant de proposer une réforme des seuils de déclenchement du contrôle de ces opérations.

1. Les opérations de concentration

L'Autorité relève dans son avis que les seuils initialement prévus par l'article Lp. 431-2 du code de commerce « *[conduisaient] à faire entrer dans le champ du contrôle un très grand nombre d'opérations n'ayant aucune influence négative sur la concurrence.* » (point 30)

La pratique décisionnelle fait clairement ressortir que les opérations de concentration susceptibles de causer des difficultés au regard du droit de la concurrence sont celles « *impliquant des entreprises réalisant déjà un chiffre d'affaires significatif individuellement sur le territoire et qui, collectivement, dépassent largement le seuil de 600 millions F.CFP.* » (point 32).

Ainsi, l'Autorité a constaté que sur 37 dossiers notifiés entre le 21 novembre 2013 et le 6 août 2019, seules 4 opérations ont donné lieu à un examen approfondi en raison d'un doute sérieux d'atteinte à la concurrence et trois opérations seulement ont conduit à une autorisation sous réserve d'engagements pour mettre fin à des préoccupations de concurrence. Les cas problématiques concernaient systématiquement des entreprises réalisant déjà un chiffre d'affaires significatif individuellement sur le territoire et qui, collectivement, dépassaient largement le seuil de déclenchement du contrôle de 600 millions F.CFP.

L'Autorité en déduit qu'il était nécessaire d'opérer « *une réforme des seuils de déclenchement du contrôle des opérations de concentration spécifique à la Nouvelle-Calédonie.* » (point 37)

Elle a donc recommandé de :

« – *doubler le seuil du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration en Nouvelle-Calédonie en le faisant passer de 600 millions F.CFP à 1,2 milliard F.CFP ;*

– *introduire un nouveau seuil de chiffre d'affaires réalisé individuellement par au moins deux des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration en Nouvelle-Calédonie qui pourrait être supérieur ou égal à 200 millions F.CFP ;*

– *introduire une exception à l'obligation de notification lorsque l'opération envisagée ne produit aucun effet en Nouvelle-Calédonie.* » (point 38).

2. Les opérations dans le secteur du commerce de détail

Dès l'instauration du dispositif, le seuil de déclenchement du contrôle des opérations dans le secteur du commerce de détail, fixé par l'article Lp. 432-1 à 350 m², avait fait l'objet de

⁹⁹ Avis n° 2019-A-03 du 22 août 2019 relatif à la modification des seuils de contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail

discussions, eu égard notamment aux observations formulées à ce sujet par le Conseil d'État et l'Autorité métropolitaine de la concurrence.

Le Conseil d'État recommandait en effet de retenir le seuil de 600 m² suggéré par l'Autorité métropolitaine *« afin de limiter le risque que le dispositif soit regardé comme portant une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi d'assurer en Nouvelle-Calédonie une concurrence suffisante dans le commerce de détail »*. En effet, selon la haute juridiction, un seuil trop bas *« [aurait] pour conséquence de soumettre au dispositif de contrôle un très grand nombre de situations, dont beaucoup n'auront aucune influence négative sur la concurrence »*. (point 43)

La pratique du gouvernement puis de l'ACNC depuis la mise en œuvre du dispositif ont confirmé cette analyse puisque *« sur les 36 opérations dans le secteur du commerce de détail examinées, seules 6 d'entre elles ont donné lieu à des décisions d'autorisation sous engagement (avec ou sans examen approfondi) tandis que les 30 autres ont été autorisées de manière inconditionnelle, car elles ne posaient aucun problème de concurrence.»* (point 45). Ainsi, *« Les 6 opérations ayant donné lieu à des autorisations sous engagements concernaient des ouvertures de commerce de détail à dominante alimentaire supérieures à 1500 mètres carrés de surfaces de vente totales. »* (point 46)

Appliquer le seuil de 600 m² initialement envisagé, aurait *« permis de réduire de 16 % le nombre des opérations notifiées à l'ACNC et à la DAE »*. (point 52)

En conséquence, l'Autorité a recommandé de :

« – fixer le seuil de déclenchement du contrôle à 600 mètres carrés comme l'avaient déjà suggéré l'Autorité métropolitaine de la concurrence et le Conseil d'État ;

– introduire une exception à l'application de ce seuil visant à contraindre un opérateur disposant d'une part de marché égale ou supérieure à 25 % sur la zone de chalandise concernée de notifier toute opération dans le secteur du commerce de détail, quelle que soit la surface de vente concernée.

Cette exception vise à éviter les manœuvres de contournement du contrôle des opérations dans le secteur du commerce de détail par les opérateurs ayant déjà acquis une puissance de marché significative sur la zone de chalandise concernée. » (point 49)

Pour améliorer la lisibilité de la réglementation en vigueur, l'Autorité a également proposé de :

« – codifier, dans la partie réglementaire du code de commerce, les arrêtés n° 2018-41/GNC et n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification ;

– supprimer l'obligation de présenter, dans le dossier de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail, le permis de construire accordé par la Province en cas de création ou d'agrandissement d'un commerce de détail dont la surface de vente serait supérieure à 2500 mètres carrés. » (point 57)

3. La mise en œuvre de ces recommandations dans le cadre de la loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne

Ces différentes propositions ont été prises en compte par le gouvernement dans le cadre de la loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne du 20 janvier 2020, sur laquelle l'Autorité a également été consultée et a rendu son avis n° [2019-A-05](#) précité.

L'Autorité confirme dans cet avis, que la modification de ces seuils est positive en ce qu'elle « *devrait alléger la charge de travail des entreprises concernées et de l'Autorité pour qu'elle se concentre sur les opérations les plus importantes.* » (point 307)

En revanche, elle précise n'être pas favorable à la proposition formulée par la Fédération des industries de Nouvelle-Calédonie, qui était de relever davantage le seuil individuel pour le passer de 200 à 500 millions F. CFP. En effet, « *au moins trois opérations de concentration ayant fait l'objet d'un examen approfondi en raison de l'identification de préoccupations de concurrence n'auraient pas pu être contrôlées si ce seuil avait été en vigueur.* » (point 306). Finalement, cette proposition de la FINC n'a pas été retenue.

D'autre part, l'Autorité approuve une modification apportée dans le projet du gouvernement, qui concerne l'exception visant à contraindre un opérateur disposant d'une part de marché égale ou supérieure à 25 % sur la zone de chalandise concernée à notifier toute opération.

Le projet de loi du pays introduit un nouveau critère pour être soumis à cette notification obligatoire : la réalisation par l'entreprise concernée d'un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions F.CFP.

L'Autorité estime que cet ajout, introduit « *pour répondre à une préoccupation du syndicat des commerçants qui estime qu'il peut être parfois difficile d'apprécier si sa part de marché est égale ou supérieure à 25 %* », est positif « *d'autant que la précision ne devrait pas restreindre fondamentalement le champ du contrôle réalisé par l'Autorité, car la plupart des entreprises (ou groupe d'entreprises) disposant de 25 % ou plus de part de marché (estimée en surface de vente) en Nouvelle-Calédonie réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions de F. CFP.* » (points 315-316)

B – Autres modalités de fonctionnement

Dans le cadre de son avis n° [2019-A-05](#) précité, l'Autorité approuve d'autres mesures introduites par la loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, qui ont un impact direct sur le fonctionnement et l'organisation de l'ACNC.

En premier lieu, l'Autorité approuve la modification des modalités de calcul des sanctions pécuniaires applicables aux entreprises en cas de pratiques anticoncurrentielles.

Auparavant, le plafond de ces sanctions était fixé à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie ce qui d'une part, désavantageait « *les entreprises calédoniennes, qui réalisent l'essentiel de leur chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie, par rapport aux entreprises installées hors du territoire, lesquelles ne réalisent qu'un chiffre d'affaires*

marginal sur les marchés calédoniens par rapport à leur chiffre d'affaires total » et d'autre part, s'avérait « peu dissuasif à l'égard des entreprises non calédoniennes ». (points 320-321)

Il sera désormais fait référence, non au chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie, mais au chiffre d'affaires mondial.

L'Autorité estime donc que les nouvelles sanctions des pratiques anticoncurrentielles seront à la fois « *plus justes à l'égard des entreprises calédoniennes, et plus dissuasives à l'égard des entreprises extérieures à la Nouvelle-Calédonie.* » (point 318)

En deuxième lieu, l'Autorité est favorable à l'élargissement du nombre de membres non permanents de l'Autorité, qui est porté de quatre à cinq. Elle considère notamment que « *l'augmentation proposée permettrait de faciliter l'organisation des séances au sein de l'Autorité.* » (point 326)

En troisième lieu, l'Autorité formule deux recommandations complémentaires pour intégrer de nouvelles modifications dans le projet de loi du pays.

D'une part, elle propose que le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie puisse la saisir en cas de pratiques anticoncurrentielles, ce qui n'était pas prévu jusqu'alors. Elle souligne que « *l'action de l'État en Nouvelle-Calédonie peut conduire le Haut-commissaire à soupçonner l'existence de pratiques anticoncurrentielles, particulièrement dans le cadre des procédures de marché public de l'État en Nouvelle-Calédonie, qui sont susceptibles comme toute procédure de commande publique de donner lieu à des ententes illicites.* » (point 332)

D'autre part, elle suggère d'améliorer la procédure de saisine de l'Autorité dans le cadre d'une demande de régulation de marché.

Elle estime que le délai accordé à l'Autorité pour rendre son avis sur une demande de régulation de marché devrait être porté à 40 jours ouvrés au lieu d'un mois.

Elle rappelle que « *le délai d'un mois actuellement accordé à l'Autorité pour rendre son avis est insuffisant pour exercer de manière satisfaisante et efficace sa fonction consultative* » (point 337)

Cette recommandation a été suivie puisque la modification a été intégrée dans la loi du pays.

De plus, l'Autorité souligne que « *l'examen d'un dossier de demande de régulation nécessite pour le service d'instruction de l'Autorité un travail d'enquête et d'analyse complexe.* » En conséquence, pour accorder un délai suffisant au service d'instruction, il lui semble nécessaire que le dossier puisse « *être transmis non pas à l'issue de l'instruction par les services de la Nouvelle-Calédonie, mais dès sa réception réputée complète par la DAE.* » (point 336).

La modification suggérée pour intégrer cette nouvelle modalité ne sera toutefois pas prise en compte dans la version finale de la loi du pays du 20 janvier 2020.

IV. Les avis rendus en matière de restrictions aux importations ou à la mise sur le marché

En 2019, l'Autorité a adopté un avis sur une proposition de loi du pays introduisant des mesures de restrictions quantitatives aux importations et à la mise sur le marché de certains écrans solaires pour des motifs environnementaux et de santé publique (A) et a rendu un autre avis dans le cadre de la nouvelle procédure spécifique de demande de mesures de régulation de marché (B).

A – Avis relatif à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens

La proposition de loi du pays qui a donné lieu à l'avis [n° 2019-A-04](#) « *introduit (...) un régime ayant directement pour effet de soumettre l'accès à un marché, en l'occurrence, celui des écrans corporels solaires en Nouvelle-Calédonie, à des restrictions quantitatives.* » (point 4).

Comme l'Autorité avait déjà eu l'occasion de l'indiquer, notamment dans le cadre de son avis n° 2018-A-08 sur la loi relative à l'interdiction de mise sur le marché de produits plastiques, « *s'il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur la nécessité ou la pertinence d'une mesure législative, elle est néanmoins compétente pour formuler des recommandations lorsque celles-ci lui paraissent de nature à contribuer à un fonctionnement plus concurrentiel d'un secteur économique ou de marchés déterminés en Nouvelle-Calédonie.*

Les constatations et recommandations contenues dans le présent avis ont donc vocation à apporter au congrès un éclairage, sous le prisme du droit de la concurrence, de la proposition de loi du pays envisagée. » (point 6).

Comme elle a pu le faire dans le cadre de ses précédents avis, l'Autorité évalue l'impact sur le jeu de la concurrence de cette proposition de loi du pays.

1. Sur l'existence d'une atteinte à la liberté d'entreprendre pour un motif de protection de l'environnement et de la santé publique

L'Autorité constate que les mesures prévues vont bien limiter la liberté d'entreprendre puisque « *La proposition de loi du pays va conduire à écarter des marchés de l'approvisionnement et de la distribution au détail les fournisseurs, importateurs et distributeurs d'écrans corporels solaires comportant de l'oxybenzone et de l'octinoxate en Nouvelle-Calédonie.* » (point 106).

Toutefois, elle rappelle que « *le législateur calédonien peut adopter des mesures législatives ou réglementaires contraires au droit de la concurrence* » (point 102), notamment lorsque la mesure peut être justifiée par un motif d'intérêt général et à condition que les atteintes à la liberté d'entreprendre n'aient pas un caractère « *excessif, disproportionné ou déséquilibré.* » (point 108).

En l'espèce, « *l'interdiction d'importation puis de mise sur le marché d'écrans solaires comportant des perturbateurs endocriniens en Nouvelle-Calédonie est susceptible de limiter la liberté d'entreprendre de certains opérateurs pour des motifs de protection de l'environnement et de santé publique reconnus par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* » (point 114).

L'Autorité note également que « *cette proposition de loi du pays n'introduit aucune discrimination entre opérateurs locaux et étrangers, tous soumis à la même interdiction d'importer ou de mettre sur le marché des écrans solaires comportant des perturbateurs endocriniens (oxybenzone et octinoxate).* » (point 113).

2. Sur le caractère adapté et proportionné de l'atteinte à la liberté d'entreprendre

S'appuyant sur la « notion de conciliation » entre la sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'entreprendre développée par le Conseil Constitutionnel, l'Autorité va rechercher si l'atteinte constatée est proportionnée aux objectifs environnementaux et de santé publique poursuivis.

L'Autorité constate que la future loi ne sera pas neutre pour les professionnels du secteur puisque que « *l'interdiction d'importation des écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens générera une contrainte nouvelle pour les importateurs et les distributeurs calédoniens qui se trouveront, en outre, responsables de l'importation ou de la mise sur le marché des produits jugés illicites.* » (point 119).

La proposition « *contraint ainsi les acteurs de ce secteur à réorienter leur approvisionnement vers des produits exempts des composants chimiques prohibés de manière contraignante puisque les seules crèmes solaires autorisées seraient celles ne contenant pas de perturbateurs endocriniens (oxybenzone et octinoxate).* » (point 120).

Toutefois, l'Autorité relève que cet impact sera très limité du fait :

– d'une substituabilité intra-marque avérée pour chacun des fabricants impactés

Ainsi, les fabricants concernés « *pourront choisir de distribuer d'autres produits substituables de leur gamme en Nouvelle-Calédonie* » (point 131) et « *les importateurs-grossistes calédoniens auront la possibilité de les solliciter pour distribuer des produits de même marque répondant aux critères fixés par la proposition de loi du pays* » (point 132).

– d'un effet stimulant sur l'offre de produits substituables plus respectueux de l'environnement

En effet, l'interdiction d'importation et de mise sur le marché « *devrait nécessairement avoir un impact positif sur les fabricants et les grossistes qui distribuent ces produits en Nouvelle-Calédonie étant donné un report probable de la demande vers les écrans corporels solaires sans perturbateurs endocriniens, à commencer par ceux contenant un filtre minéral qui disposent d'une image de marque plus « positive » (ou « eco-friendly ») que les autres.* » (point 137).

En outre, cette mesure « *pourrait également stimuler la création d'entreprises calédoniennes qui souhaitent se positionner dans un futur proche sur le marché des écrans corporels solaires sans perturbateurs endocriniens et respectueux des récifs coralliens, qui veilleront notamment à ce que leurs produits ne comportent pas non plus de nanoparticules d'oxyde de zinc ou de dioxyde de titane.* » (point 138).

3. Sur l'absence d'impact inflationniste de la mesure d'interdiction

L'Autorité évalue également l'éventuel impact de l'interdiction instaurée sur les prix.

À cet égard, elle relève que « *Dans la mesure où la proposition de loi du pays n'interdit pas l'importation et la distribution de l'ensemble des écrans solaires corporels (...) le risque inflationniste du fait d'une réduction drastique de l'offre peut désormais être écarté (...)* » (point 145).

L'Autorité constate que si deux des produits les moins chers du marché sont écartés du marché après l'adoption de cette loi, le risque d'une hausse des prix demeure « *très limité dans la mesure où il existe déjà de nombreux produits substituables (...) à des prix comparables et émanant de très grandes marques. Cette offre diversifiée devrait permettre de garantir le maintien d'une concurrence forte (...).* » (point 151).

L'Autorité souligne enfin que « *l'intensification de la concurrence (...) pourrait conduire, à l'inverse, à diminuer le niveau moyen des prix pratiqués sur ces produits (...).* » (point 153).

B - Avis relatif à une demande de régulation de marché dans le secteur des tubes et tuyaux

1. Confirmation de la méthode d'analyse de l'Autorité dans le cadre d'une demande de régulation de marché

Dans son avis n° [2019-A-06](#)¹⁰⁰, l'Autorité rend pour la première fois un avis selon la nouvelle procédure d'examen des demandes de régulation de marché, introduite par la loi du pays n° 2019-5 du 6 février 2019 *portant régulation des marchés*. L'article Lp. 413-13 du code de commerce précise que cet avis doit être rendu dans un délai d'un mois¹⁰¹. À défaut, il est réputé donné.

Cette loi consacre « *une nouvelle méthode d'analyse des mesures de régulation de marché au regard de 8 objectifs et d'au moins quatre catégories d'engagements obligatoires dont l'appréciation est confiée au gouvernement, après analyse de la DAE.* » (point 99).

Toutefois, cette nouvelle procédure ne remet pas en cause la méthode d'analyse retenue par l'Autorité dans le cadre d'une demande d'avis du gouvernement pour apprécier « *du*

¹⁰⁰ Avis n° 2019-A-06 du 24 décembre 2019 relatif à la demande d'avis sur une demande de protection de marché de la société Etablissements de Saint-Quentin – Nobel Industries (ESQ)

¹⁰¹ Comme indiqué supra, ce délai a été rallongé à 40 jours ouvrés par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 afin de tenir compte d'une des recommandations de l'Autorité.

point de vue du droit de la concurrence, les mesures tarifaires ou quantitatives susceptibles d'être accordées à l'ensemble des entreprises du secteur concerné. » (point 100).

L'Autorité avait exposé cette méthode d'analyse dans son avis n° [2018-A-09](#) du 9 novembre 2018 portant sur cinq demandes de protection de marché.

À cet égard, l'Autorité rappelle dans son avis n° [2019-A-06](#) précité, que « *dès lors qu'une mesure de régulation de marché renforce nécessairement le pouvoir de marché des opérateurs locaux en réduisant ou en supprimant la concurrence des produits importés, l'Autorité estime légitime de vérifier si cette mesure conduit à placer au moins l'un des opérateurs en position dominante sur les marchés concernés ou à renforcer sa position dominante, de sorte qu'il pourrait alors en abuser. Si tel est le cas, l'Autorité considère qu'il convient d'analyser la demande régulation de marché et les engagements proposés par l'entreprise en contrepartie, au regard des mêmes critères d'exemption que ceux mentionnés à l'article Lp. 421-4 du code de commerce (...).* » (point 101).

2. Application de la méthode d'analyse à la demande de régulation de marché de la société ESQ

L'avis de l'Autorité était requis sur une demande formulée par la société ESQ, spécialisée dans la fabrication et dans le négoce de matériel PVC, fonte et chlore. Bénéficiant entre 2014 et le dernier trimestre de l'année 2019 de mesures de type « STOP » sur les tubes et tuyaux en matière plastique et étant les seuls producteurs locaux, la société ESQ et sa filiale Plastinord étaient **en position monopolistique sur les marchés de la production et de la commercialisation des produits protégés.**

La demande de régulation de marché portait à la fois sur une demande initiale et le renouvellement de certaines de mesures de type « STOP » accordées avant l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2019-5 précitée, en fonction des produits concernés.

Après avoir rappelé que l'article 7 de cette loi exclue expressément la saisine obligatoire pour avis de l'Autorité en cas de demandes de renouvellement, l'Autorité considère que « *le gouvernement conserve toujours la possibilité de demander à l'Autorité de donner son avis sur toute question de concurrence en application de l'article Lp. 462-1 du code de commerce.* » (point 7) En l'espèce, le commissaire du gouvernement a confirmé en séance que « *la volonté du gouvernement était bien de saisir l'Autorité pour rendre un avis sur l'ensemble des demandes formulées.* » (point 8).

La méthode d'analyse de l'Autorité consiste à rechercher si, à l'instar d'une pratique d'entente anticoncurrentielle susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article Lp. 421-4 du code de commerce, les mesures de protection demandée qui conduisent à placer le demandeur en situation monopolistique sur les marchés concernés :

- contribuent au progrès économique ;
- réservent une part substantielle du profit qui en résulte aux utilisateurs ;
- présentent un risque d'élimination substantielle de la concurrence ;

– s'avèrent indispensables pour parvenir à l'objectif poursuivi, ou si d'autres mesures moins attentatoires à la concurrence pouvaient être privilégiées.

a) Sur la contribution au progrès économique

En l'espèce, la société ESQ a formulé des demandes de régulation de marché sous la forme de mesures « STOP » pour six catégories de tubes et tuyaux pendant une durée de cinq ans. Elle fait valoir que l'octroi des mesures STOP « *permettront de maintenir son appareil de production (...) et de maintenir 20 emplois (...)* ». De plus, elle a formulé une série d'engagements à l'appui de sa demande, qui devrait lui permettre d' « *élargir sa gamme de produits et [d']entrer dans le champ du référentiel calédonien des normes de construction (RCNC) à compter de son entrée en vigueur prévue mi-2020* » (point 104).

Toutefois, l'Autorité relève différentes critiques formulées par les personnes interrogées dans le cadre de l'instruction. Elle note que selon l'analyse de la direction des affaires économiques « *ces éléments seraient insuffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels résultant d'une mesure d'interdiction totale d'importation de produits concurrents répondant aux besoins essentiels des utilisateurs de tubes et tuyaux en Nouvelle-Calédonie.* » (point 106)

À titre d'exemple, les utilisateurs interrogés ont déploré « *l'étroitesse de la gamme proposée et l'absence d'investissements dans une nouvelle usine pour développer des produits innovants* » (point 107), et la chambre de métiers et de l'artisanat s'interroge sur la capacité de la société à approvisionner en quantité suffisante la marché, le niveau de qualité, et le respect des normes des produits.

L'Autorité note également que la société « *ne s'engage (...) pas à créer de nouveaux emplois* » (point 115). En effet, la société ESQ propose des engagements permettant le maintien de l'effectif salarié tout en le subordonnant à deux conditions :

- les mesures de protection requises devront être accordées ;
- l'environnement économique devra rester stable

Toutefois, la société ne précise pas ce que recouvre la notion « *d'environnement économique stable* » ni « *ce qu'il adviendrait sur le maintien de l'emploi si l'une des conditions visées supra n'était pas remplie.* » (point 115).

L'Autorité déplore également une imprécision dans les engagements, « *la société ESQ [faisant] état d'une politique de Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences et d'un partage de la richesse au travers de l'accord d'intéressement sans toutefois préciser selon quelle proportion et quelle modalité.* » (point 116).

L'Autorité reconnaît néanmoins que « *le maintien des effectifs permettrait de stabiliser les équilibres existants (...), car il n'est pas exclu qu'à défaut d'obtenir des mesures de type « STOP », les emplois dans le secteur de la production soient supprimés dans l'entreprise.* » (point 117).

Elle en déduit que la société demanderesse « ne démontre pas que les mesures de type « STOP » sollicitées et les engagements proposés contribuent positivement au « progrès économique ». » (point 117).

Elle note que dans l'hypothèse où la société ESQ n'obtiendrait pas les protections demandées, « étant donné le différentiel de prix des produits importés,¹⁰² [elle] aurait intérêt à développer son activité de négoce et pourrait reclasser tout ou partie de ses salariés sur cette activité (en particulier dans la logistique). » (point 118).

L'ouverture des importations sur les produits concernés pourrait également avoir un impact positif sur les prix des produits fabriqués par la société ESQ. En effet, « l'élargissement du choix des produits proposés associés à la baisse des prix résultant de la libéralisation des importations conduirait la société ESQ à baisser ses propres tarifs pour maintenir ses volumes de vente au bénéfice des utilisateurs finaux, la FCBTP ayant reconnu en séance qu'à niveau de prix équivalent, les utilisateurs privilégieraient les produits fabriqués localement. » (point 119).

L'Autorité souligne enfin que « la baisse des prix et l'élargissement de l'offre des tubes et tuyaux en Nouvelle-Calédonie pourraient donc avoir un impact positif sur l'index BT21 et le coût des loyers, lesquels sont revalorisés sur la base de ce dernier. » (point 120)

b) Sur la part du profil éventuel qui en résulterait

Comme le rappelle l'Autorité, la mesure qui ne contribue pas positivement au progrès économique ne peut, par principe, « réserver aux utilisateurs la moindre part de progrès. » (point 121).

En l'espèce, l'Autorité signale également que les tiers ayant formulé des observations dans le cadre de l'instruction « s'accordent pour considérer que les mesures demandées auront un impact négatif sur leur activité et sur la concurrence en général en consolidant la position monopolistique de la société ESQ et le risque de constitution d'une rente injustifiée. » (point 122).

c) Sur le risque d'élimination substantielle de la concurrence

L'Autorité rappelle que « les mesures d'interdiction des importations (STOP) profitant à un opérateur en situation de monopole ou de quasi-monopole en Nouvelle-Calédonie conduisent inévitablement à éliminer de manière substantielle la concurrence sur les marchés, d'autant plus lorsque l'instruction montre que l'émergence de nouveaux entrants potentiels sur le territoire calédonien est peu probable, comme en l'espèce. » (point 132)

Ces mesures « conduiront à restreindre substantiellement la concurrence sur les tubes et tuyaux les plus utilisés en Nouvelle-Calédonie par rapport à un régime d'importation libre, comme cela a déjà été constaté sur la période 2015-2019, et ce même s'il demeure une

¹⁰² « Il ressort de l'instruction que les produits fabriqués localement restent 40 à 150 % plus onéreux que les produits importés. » (point 92)

pression concurrentielle en raison de la possibilité pour certains importateurs de contourner les mesures de protection mises en œuvre. » (point 134)

Elles viendront « conforter la position dominante de la société ESQ à la fois en tant que société disposant d'un monopole sur les produits des catégories de tarifs douaniers sous STOP (à travers sa filiale également) et en tant que société contrôlée par les groupes Socimat et Sorocal, très présents sur le marché du négoce des matériaux de construction et en particulier des tubes et tuyaux (qui se trouveraient eux-mêmes renforcés). » (point 135).

L'Autorité soulève à cet égard un risque de discrimination tarifaire. La société ESQ appartient au groupe Socimat dont les sociétés « *détiennent, en 2018, [80-90] % des parts du marché des tubes et tuyaux* ». Dès lors, l'octroi de la mesure sollicitée « *aura pour conséquence de contraindre les importateurs/distributeurs concurrents, non seulement à s'approvisionner localement auprès de la société ESQ sur les marchés protégés, mais également à se retrouver en concurrence avec la société ESQ et le groupe Socimat sur l'importation de tubes et tuyaux libres.* » Un risque de discrimination tarifaire est donc à craindre « *d'une part, entre la société ESQ et ses filiales et, d'autre part, entre la société ESQ et les autres distributeurs, et ce d'autant qu'en la matière aucun engagement n'a été pris par la société demanderesse.* » (point 137).

d) Sur le caractère indispensable des mesures demandées

L'Autorité rappelle des principes qu'elle avait eu l'occasion de développer dans le cadre de ses précédents avis en matière de protection de marché.

Tout d'abord, « *Dès lors qu'il n'est pas démontré que les mesures de régulation de marché demandées contribuent au progrès économique, elles ne peuvent avoir un caractère indispensable.* » (point 138).

En tout état de cause, elle rappelle que les mesures de régulation tarifaire doivent être préférés aux mesures de protection quantitatives dans la mesure où elles ne conduisent pas « *à une élimination substantielle de la concurrence* » et sont susceptibles « *de réserver aux utilisateurs une part du profit qui en résulte, malgré le renchérissement du prix des produits importés, à travers l'accroissement des recettes fiscales de la collectivité, l'élargissement du choix offert aux utilisateurs (dont l'accès aux produits les plus innovants) et le renforcement de la pression concurrentielle sur les opérateurs locaux, producteurs comme distributeurs grossistes, favorisant ainsi la baisse des prix ou l'amélioration de la qualité des produits offerts.* » (point 140).

En l'occurrence, le gouvernement a partiellement suivi les recommandations de l'ACNC en décidant, le 14 janvier 2020, d'alléger les mesures de régulation de marché en vigueur pour le secteur des tubes et tuyaux en PVC en supprimant 4 des 6 mesures STOP dont bénéficiait la société ESQ et en accordant un quota toutes origines et provenances

(QTOP) pour l'importation de 70 tonnes sur les deux autres types de tuyaux visés par la demande de régulation de marché pour une durée de deux ans¹⁰³.

V. Les avis rendus en matière de réglementation des prix

Saisie par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, l'Autorité a rendu un avis n° [2019-A-05](#) précité dans lequel elle émet plusieurs recommandations concernant le dispositif « Bouclier-Qualité-Prix » (ci-après : «BQP») inséré dans cette loi au titre des mesures de lutte contre la vie chère¹⁰⁴.

La loi du pays va consacrer juridiquement le BQP, qui constitue un nouveau dispositif de réglementation des prix.

A – Un dispositif institué en urgence et inspiré des procédures en place dans les départements et régions d'outre-mer

1. Un premier dispositif mis en place sans encadrement légal spécifique pour éviter les risques liés à la sortie du « gel des marges »

L'Autorité a étudié à plusieurs reprises en 2018 les causes de la vie chère en Nouvelle-Calédonie¹⁰⁵ et a analysé les effets sur le jeu de la concurrence de la réglementation des prix mises en œuvre par les gouvernements successifs pour tenter de lutter contre ce phénomène depuis de longues années¹⁰⁶.

De manière générale et comme elle le rappelle dans son avis n° [2019-A-05](#) précité, l'Autorité souligne que « *la multiplication de ces réglementations, par dérogation au principe de liberté des prix qui découle de la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution, n'a pas permis une baisse structurelle des prix des produits et services offerts aux consommateurs calédoniens entre 2010 et 2017.* » (point 28)

Par ailleurs, dans son avis n° [2018-A-02](#)¹⁰⁷, l'Autorité avait été amenée à examiner plus particulièrement la mise en place par la Nouvelle-Calédonie d'un dispositif temporaire,

¹⁰³ Voir le communiqué du gouvernement : <https://gouv.nc/actualites/14-01-2020/le-secteur-des-tuyaux-souvre-la-concurrence>.

¹⁰⁴ Dans le cadre de cette demande d'avis, l'Autorité se prononce également sur les dispositions relatives à la profession de mandataire judiciaire (voir infra point I) et sur les dispositions relatives aux seuils de déclenchement du contrôle de l'Autorité en matière d'opérations de concentration et d'opérations dans le secteur du commerce de détail (voir infra point III).

¹⁰⁵ Voir les avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 et n° 2018-A-10 du 10 décembre 2018.

¹⁰⁶ Voir notamment les avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 et n° 2018-A-05 du 13 août 2018.

¹⁰⁷ Avis n 2018-A-02 du du 17 mai 2018 relatif au projet de loi du pays modifiant les dispositions de l'article Lp. 442-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et, au projet de loi du pays modifiant les articles Lp. 411-2

mais généralisé de plafonnement des marges en valeur de toutes les entreprises calédoniennes ou de plafonnement de marge en taux dans quatre secteurs spécifiques (alimentaire, hygiène, matériaux de construction et pièces détachées), qui s'est appliqué jusqu'au 1er octobre 2019, soit pendant une durée de 12 mois. Ce dispositif était destiné à lutter contre le risque inflationniste résultant de l'introduction de la taxe générale sur la consommation.

L'Autorité avait souligné dans cet avis les risques de ce dispositif sur le fonctionnement normal de la concurrence et constate dans son avis n° 2019-A-05 précité que si « *le dispositif temporaire et généralisé de gel des marges des entreprises calédoniennes a atteint l'objectif de neutralisation du risque inflationniste lié à la mise en place de la TGC* » (point 45), « *ce mouvement de baisse des prix s'est accompagné d'un ralentissement de l'activité économique en Nouvelle-Calédonie qui résulte de nombreux facteurs.* » (point 47)

En outre, comme le résume l'Autorité « *il est apparu urgent de trouver une "solution de sortie" du contrôle des marges afin d'éviter un ressaut d'inflation au détriment des consommateurs.* », en particulier sur les produits de grande consommation (point 18).

C'est dans ce but que le gouvernement a négocié en urgence en septembre puis en octobre 2019 des accords interprofessionnels de modération des prix d'un panier d'une centaine de produits de grande consommation, en s'appuyant sur les dispositions générales du code de commerce.

En effet, l'article Lp. 411-2 du code de commerce, qui définit les modes de fixation des prix en cas de réglementation des prix, prévoit notamment la possibilité de conclure un « *engagement annuel de stabilité ou de baisse des prix ou de marges approuvé et étendu par le gouvernement* ».

Un premier accord interprofessionnel portait sur un panier de produits de grande consommation et de première nécessité, dit BQP « sec » tandis que le deuxième accord portait sur un panier dit BQP « frais », composé de fruits et légumes frais, de viandes et de poissons.

Ces accords ne rentraient pas dans le champ de consultation obligatoire de l'Autorité, qui n'a donc pas été amenée à se prononcer au moment de leur conclusion, mais s'inscrivaient déjà dans le prolongement d'une recommandation formulée par l'Autorité dans son avis n° 2018-A-02 précité, qui préconisait de privilégier la conclusion de tels accords en cas de dérive manifestement excessive des prix suite à l'introduction de la TGC (Recommandation n° 6).

et Lp. 412-4 du code de commerce, certaines dispositions de la loi du pays n°2016-15 du 30 septembre 2016 ainsi que les dispositions spécifiques de remboursement des taxes sur les stocks.

2. Un dispositif inspiré du mécanisme mis en place dans les départements et régions d'outre-mer

Le BQP calédonien est directement inspiré du dispositif mis en place par la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 *relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer*, dite "loi Lurel", dans les départements et régions d'outre-mer (ci-après : « DROM »).

Comme en Nouvelle-Calédonie, la cherté de vie représente une difficulté et un enjeu important pour les DROM.

À la suite de mouvements sociaux de grande ampleur dans les DROM, le législateur national a donc introduit différents dispositifs de régulation, dont celui du BQP, qui repose sur « *la négociation, dans chaque collectivité ultramarine et chaque année, d'un accord de modération du prix global d'une liste de produits de grande consommation et, en cas d'échec de la négociation, la définition par le préfet, par voie d'arrêté, des modalités d'encadrement du prix de ces produits, instaurant ainsi un "bouclier qualité prix" (BQP).* » (point 345)

Si un prix maximal est fixé, chaque distributeur garde « *la possibilité de fixer le prix de chaque produit en fonction de sa stratégie commerciale et de ses coûts.* » (point 66).

Ainsi, ce dispositif constitue « *une mesure d'encadrement des prix, tout en ne supprimant pas toute forme de concurrence entre les opérateurs, qui restent libres de fixer le prix de chaque produit au sein de la liste comme bon leur semble, dès lors que le prix global de la liste respecte le plafond fixé par l'accord négocié.* » (point 369)

L'Autorité a constaté globalement que, dans les DOM, « *ce dispositif a effectivement permis de baisser sensiblement les prix des produits concernés entre 2013 et 2019* » (point 67) (-15,8 % à La Martinique, -14,5 % à La Réunion, -11,1 % en Guadeloupe et -3,2 % à Saint-Pierre-et-Miquelon) » (point 68).

Elle note toutefois que le dispositif pourrait être amélioré pour renforcer son efficacité, sur la base des observations formulées d'une part, par la commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale, qui a rendu un rapport d'information trois ans après l'entrée en vigueur de la loi Lurel, et d'autre part, par l'Autorité de la concurrence métropolitaine dans son avis n° 19-A-12¹⁰⁸.

B – La consécration du BQP calédonien

1. Un dispositif légal et contraignant

Si les deux accords interprofessionnels conclus en septembre et octobre 2019 s'appuyaient sur les dispositions générales du code de commerce, l'avant-projet de loi du

¹⁰⁸ Avis n° 19-A-12 du 4 juillet 2019 concernant le fonctionnement de la concurrence en Outre-Mer

pays sur lequel s'est prononcée l'Autorité a consacré par des dispositions légales spécifiques le BQP calédonien.

L'avant-projet de loi prévoit l'introduction d'un nouvel article Lp. 411-2-1 selon lequel :

« I. - *En complément des mesures mentionnées à l'article Lp. 411-2, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut négocier chaque année avec les organisations professionnelles représentatives des secteurs de la production locale, de l'importation, de la distribution et du commerce de détail, ainsi qu'avec les principales entreprises de ces secteurs, un accord en vue de la fixation du prix maximal global d'une liste limitative de produits parmi ceux mentionnés au II de l'article Lp. 411-2. La liste des produits concernés ainsi que son prix maximal global peut varier en fonction de la surface de vente considérée.* »

Il est prévu en cas d'échec des négociations que le gouvernement puisse fixer le prix maximal global de la liste.

Les commerces qui rentrent dans le cadre du dispositif¹⁰⁹ sont soumis à une obligation de disponibilité des produits et à des obligations d'affichage, notamment le prix global de la liste des produits concernés.

Enfin, le non-respect par les commerces des prix plafond, de la composition des paniers ou encore des obligations de disponibilité ou d'affichage sont passibles d'une sanction administrative qui ne peut excéder deux millions de francs CFP par manquement constaté.

Ce mécanisme de sanction constitue une spécificité du BQP calédonien par rapport au BQP des DROM dont le non-respect n'est pas sanctionné. L'Autorité signale également d'autres différences entre les deux dispositifs, notamment l'obligation de disponibilité des produits et de mise en avant par un affichage approprié en Nouvelle-Calédonie¹¹⁰.

2. Un dispositif moins attentatoire à la concurrence

Comme les accords interprofessionnels des 27 septembre et 28 octobre 2019, le dispositif légal du BQP « *permet de concilier une mesure d'encadrement du prix d'une liste de produits, une nécessaire démarche de négociation sur ce prix et sur le contenu de la liste, tout en maintenant de la concurrence entre les opérateurs sur la fixation du prix de chaque produit.* » (point 102).

Bien que constituant une nouvelle mesure d'encadrement des prix, l'Autorité considère qu'elle porte une atteinte adaptée et proportionnée à la liberté d'entreprendre.

Ainsi, « ***Le dispositif du BQP pourrait être considéré, à première vue, comme une nouvelle contrainte imposée aux entreprises calédoniennes au regard du principe***

¹⁰⁹ Surfaces commerciales de plus de 500 m², les surfaces commerciales de moins de 500 m² restant libres de participer au dispositif sur la base du volontariat.

¹¹⁰ Voir les points 118 et 119.

de libre fixation des prix qui découle du principe constitutionnel de liberté d'entreprise. » (point 121)

« **Toutefois**, l'Autorité observe que ce **dispositif a vocation à prendre le pas sur d'autres mesures de réglementation des prix plus attentatoires à la liberté d'entreprendre**, tels ceux visés au 1° (fixation d'un prix en valeur absolue), 2° (fixation d'une marge maximum en valeur absolue), 3° (fixation d'un taux directeur de révision annuel des prix), 5° (fixation d'un taux de marge maximum) et 7° (accord préalable du gouvernement pour fixer les prix) du I de l'article Lp. 411-2 du code de commerce. » (point 122).

« En effet, dans le dispositif BQP, le gouvernement ne fixe pas directement le prix des produits concernés ou le taux de marge des acteurs économiques participant à ce dispositif, mais conduit les principaux acteurs économiques impliqués en amont et en aval de la chaîne de distribution de produits de grande consommation, à se mettre d'accord sur un prix maximum global d'un panier de produits représentatifs de la consommation des Calédoniens et présentant des garanties de qualité. Ce n'est qu'à défaut d'accord que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pourra fixer la liste des produits et le prix maximal du panier considéré ainsi que les surfaces de vente concernées. » (point 123).

Le BQP ne constitue donc « **qu'une déclinaison du 4° du I de l'article Lp. 411-2 du code de commerce** qui autorise déjà le gouvernement à fixer les prix des produits alimentaires et non alimentaires d'origine locale ou importée « sous forme d'engagement annuel de stabilité ou de baisse des prix ou de marge, approuvé et étendu par le gouvernement » et que le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel ont admis au nom de la protection du consommateur contre le risque inflationniste en Nouvelle-Calédonie. » (point 124).

Comme pour toute mesure de réglementation des prix, l'Autorité a néanmoins procédé à un examen des effets anticoncurrentiels potentiels selon sa grille classique d'analyse, présentée notamment dans le cadre de son avis n° 2018-A-02¹¹¹.

Dans le cas du BQP, l'Autorité note en premier lieu que « *la réintroduction de la liberté dans la fixation des prix de chaque produit du BQP pourvu que l'ensemble respecte le plafond maximal réglementaire devrait permettre d'écarter le risque d'alignement à la hausse des prix du panier (« effet taquet ») de même que le risque d'homogénéisation des prix des produits du panier par les distributeurs, d'autant que les produits du BQP demeurent soumis à la concurrence par les prix des produits substituables n'entrant pas dans le BQP.* » (point 127).

« *En deuxième lieu, l'obligation pour le distributeur de s'assurer de la disponibilité des produits inclus dans le BQP quitte à remplacer la référence qu'il avait choisie par une autre référence de qualité au moins équivalente devrait également conduire à écarter les risques d'indisponibilité (« effet d'éviction ») ou de réduction de la qualité (« effet de dégradation ») des produits proposés.* » (point 128).

¹¹¹ Voir les points 148 à 175 de l'avis n° 2018-A-02.

En troisième lieu, si « *un report de marge sur d'autres produits non inclus dans le BQP ("effet de rattrapage")* » ne peut être exclu, une procédure d'injonction structurelle pourrait être mise en œuvre par l'Autorité si la pratique était imputable à « *une entreprise en position dominante ou disposant de 25 % ou plus de part de marché dans sa zone de chalandise et réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions de F. CFP et qu'elle la conduisait à pratiquer des prix ou des marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées.* » (point 129).

En dernier lieu « *un "effet de contournement" est possible si la définition des références choisies n'est pas suffisamment précise dans leurs caractéristiques, notamment en termes de poids et/ou contenance.(...) Cet écueil devrait toutefois pouvoir être écarté si la liste des produits inclus dans le BQP est claire et précise.* » (point 130).

Cette analyse confirme que « *si l'instauration du dispositif du BQP est susceptible de porter atteinte à la liberté des prix qui découle de la liberté d'entreprendre, celle-ci apparaît moins attentatoire qu'une réglementation des prix ou des marges par catégorie de produits à laquelle ce dispositif se substitue partiellement.* » (point 131).

« *L'Autorité en déduit que la réforme proposée est adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le gouvernement dans le contexte de sortie du contrôle généralisé des marges des entreprises calédoniennes afin d'éviter un « ressaut d'inflation » dommageable aux consommateurs et contribuer à l'objectif de lutte contre la vie chère.* » (point 132).

Pour rappel, ce nouveau cadre légal est en outre conforme à **la recommandation n° 6 émise par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans son avis n° 2018-A-02**, au terme de laquelle à l'issue du dispositif temporaire de contrôle des marges, si celui-ci était maintenu, « *L'Autorité recommand[ait] de privilégier l'approbation d'engagement annuel de baisse des prix ou, à défaut d'accord, la fixation d'un prix maximal en valeur absolue sur tout ou partie du territoire, pour une période de six mois, renouvelable une fois après évaluation du dispositif devant le congrès* » (point 133).

3. L'espoir d'un impact positif sur le jeu de la concurrence qui reste à confirmer

Dans la mesure où les distributeurs restent libres de fixer leurs prix par produits, le dispositif devrait inciter ces derniers « *à négocier au mieux leur prix de revient et à pratiquer une concurrence par les prix par rapport au système antérieur où tous les distributeurs avaient intérêt à se mettre au plafond de marge en valeur ou en taux ("effet taquet") qui leur était applicable sur l'ensemble des produits qu'ils proposaient.* » (point 136).

Si l'Autorité considère « *qu'elle manque d'un recul évident pour évaluer l'efficacité de la mise en place des BQP "sec" et "frais" depuis le 1er octobre et le 1er novembre 2019 pour lutter contre la vie chère, et éviter en particulier un "ressaut d'inflation" du fait de la sortie du contrôle généralisé des marges des entreprises calédoniennes dans tous les secteurs de l'économie* » (point 137), certains indicateurs positifs ont relevés.

Il semble en effet que « **les distributeurs calédoniens se sont appropriés le BQP comme instrument de développement de la concurrence entre les enseignes et qu'ils utilisent la souplesse du dispositif pour modifier plusieurs fois par semaine la composition de leurs BQP lorsqu'ils réussissent à obtenir des tarifs plus intéressants sur certaines références grâce à leur plateforme d'achats ou leurs négociations avec les grossistes plutôt que de sortir le produit en « promotion » en dehors du BQP.** » (point 140).

L'Autorité a également constaté « **que des efforts avaient été déployés pour accroître la visibilité du BQP par les consommateurs dans certaines enseignes.** » (point 141).

Elle relève également que « **d'après les premiers éléments recueillis sur le niveau des prix (...) les distributeurs sont en deçà des prix plafonds réglementaires tant sur le BQP "sec" que sur le BQP "frais"** » (point 145), même s'il convient de nuancer ce constat pour le BQP "frais", dès lors que la valeur de ce panier est proportionnelle à sa composition. Si les distributeurs sélectionnent les produits les moins chers « **l'effort de prix que suppose la mise en œuvre du BQP "frais" est inévitablement diminué.** » (point 152).

Enfin, « **L'Autorité observe que la stabilisation des prix constatée en octobre 2019 est concomitante à l'instauration du BQP "sec". Même s'il n'est pas permis, à ce stade, d'en conclure que ce dispositif a joué un rôle dans la modération des prix constatée faute de recul suffisant, il apparaît que les distributeurs calédoniens n'ont pas, au lendemain de la sortie du contrôle généralisé des marges, profité d'un effet d'aubaine pour augmenter les prix dans le cadre d'un effet de rattrapage.** » (point 163).

4. Un dispositif qui reste perfectible

Au cours de l'instruction, l'Autorité a recueilli les observations de différents professionnels qui ont pu notamment s'exprimer au regard de leur expérience suite à la mise en œuvre des BQP « sec » et « frais » de 2019.

Une première série d'observations est formulée concernant le processus de négociation. Une partie des personnes interrogées considère notamment « **qu'il aurait été pertinent d'associer aux discussions les sociétés appartenant au secteur du transport maritime et de l'acconage et les associations de consommateurs et représentants des salariés.** » (point 167).

Sur le champ d'application du BQP, « *les représentants des consommateurs et des salariés reprochent au dispositif de léser les populations éloignées des grandes surfaces* », même si l'Autorité souligne « **que plus de 90 % de la population calédonienne se situe à moins de 30 minutes en voiture d'une des enseignes ayant mis en œuvre le BQP et plus de 75 % à moins de 15 minutes.** » (points 169 et 173).

La majorité des remarques formulées porte enfin sur la composition du BQP et sur les prix des produits.

Si l'Autorité note « *globalement une satisfaction quant à la diversité des produits et une certaine réserve quant à la qualité et au niveau de prix du BQP calédonien,*

malgré la part prépondérante de répondants qui se sont abstenus » (point 178), diverses critiques sont formulées : aspect nutritionnel insuffisamment pris en compte, composition et niveau des prix du BQP « frais » à revoir, manque de clarté concernant la combinaison de critères de qualité et de prix, nécessité d'accroître la visibilité et la compréhension du dispositif pour les consommateurs...

Si plusieurs des répondants sont favorables à un regroupement des produits BQP dans un même rayonnage, l'Autorité considère qu'une telle solution pourrait limiter « la possibilité de comparaison, et in fine la concurrence inter-marques, entre les produits BQP et d'autres produits substituables non inclus dans le BQP, susceptibles d'être moins chers (en particulier les marques de distributeurs). Or, il paraît nécessaire de laisser au consommateur l'arbitrage dans ses choix de consommation, qu'il s'agisse pour lui de favoriser le critère budgétaire, en prenant le produit le moins cher, ou celui qualitatif. » (point 187).

L'Autorité s'interroge également sur « la clé de répartition entre marques de distributeurs, produits locaux et produits importés de marques par rapport à l'objectif d'amélioration du ratio qualité/prix poursuivi par le BQP. » (point 188).

En ce qui concerne le BQP « sec », l'Autorité relève que « la liste générique applicable alloue une part significative de 30 % aux produits locaux “secs” et “qu'il s'agit exclusivement de productions bénéficiant de mesures de régulation de marché quantitatives (STOP ou quotas) limitant fortement la pénétration sur le marché calédonien de produits concurrents importés. » (point 190).

En conséquence, « l'Autorité s'interroge sur la capacité des producteurs locaux à répondre à la demande en cas de succès du BQP » (point 191). En outre, « A considérer que les capacités de production des industriels locaux sont sous-utilisées et qu'ils pourraient augmenter leurs volumes de production pour répondre à une augmentation de la demande, l'Autorité s'interroge alors sur la contrepartie, en termes de baisse de prix, qui est proposée sur les produits locaux composant le BQP alors que ce dispositif est susceptible d'améliorer leurs volumes de vente et qu'ils sont déjà largement protégés de la concurrence. » (point 193).

L'Autorité émet dans son avis plusieurs recommandations afin de contribuer à améliorer l'efficacité du BPQ en abordant différentes pistes :

- la procédure de négociation du BQP ;*
- la composition et le prix plafond du BQP ;*
- l'amélioration de la lisibilité du BQP à l'égard des consommateurs ;*
- le champ territorial du BQP et la mobilisation des surfaces de vente de moins de 500 m2.*

Le détail de ces recommandations et leur suivi est présenté ci-après.

VI. Le suivi des recommandations de l'ACNC en 2019

Les tableaux ci-après rappellent chaque recommandation formulée par l'ACNC dans ses 6 avis rendus en 2019 et précisent si elles ont été intégralement suivies (verts), partiellement suivies (orange), en cours de mise en œuvre par voie réglementaire (jaune) ou si elles ont été rejetées (rouge) par le gouvernement et le congrès. Lorsque l'ACNC n'a pas connaissance du suivi ou non de ses recommandations, celles-ci sont notées en blanc. Il s'agit le plus souvent de recommandations à mettre en œuvre par d'autres institutions que le gouvernement et le congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Au total, 10 recommandations ont été entièrement ou partiellement suivies, 4 devraient l'être sous réserve de l'adoption d'un texte réglementaire tandis que 3 ont été expressément écartées.

Bilan des 23 recommandations émises en 2019				
Totalement suivie	Partiellement suivie	En attente d'un texte réglementaire	Non suivie	Suivi non connu
9	1	4	3	6
39 %	4 %	17 %	13 %	26 %

Avis 2019-A-01 « Profession de mandataire liquidateur »	
<p>Rec 1 : à court terme, afin de pouvoir nommer rapidement au moins un autre mandataire-liquidateur, privilégier la voie professionnelle :</p> <ul style="list-style-type: none"> – en simplifiant l'accès à la profession par la dispense d'examen des professionnels du droit ou du chiffre et remplacer le critère actuel tenant à « la gestion d'entreprise » par des critères de sélection plus précis et adaptés à l'expérience des professionnels concernés 	Article 17 de la loi relative à la croissance de l'économie calédonienne
<ul style="list-style-type: none"> – en incitant les représentants des ordres professionnels concernés à développer de manière régulière des actions de communication sur les conditions d'accès à la profession et à mettre en place des dispositifs de formation professionnelle adaptés à la reconversion des professionnels du droit et du chiffre. 	NC

<p>Rec 2 : Pour améliorer la transparence de la procédure de recrutement par la voie professionnelle :</p> <ul style="list-style-type: none"> – instaurer une communication claire présentant les différentes étapes d’examen des candidatures par la commission territoriale ; – rendre publiques les décisions anonymisées de la commission territoriale et de préciser dans le courrier de notification de la décision les modalités de recours possibles et les délais associés. 	<p>En attente d’un texte réglementaire</p>
<p>Rec 3 : Pour améliorer les garanties d’impartialité des membres de la commission territoriale et son fonctionnement :</p> <ul style="list-style-type: none"> – remplacer, au sein de la commission territoriale, le « président du tribunal mixte de commerce » par un « membre de la juridiction commerciale du premier degré désigné par le premier président de la cour d’appel de Nouméa » ; – préciser que le magistrat du siège de la cour d’appel de Nouméa, désigné par le premier président, «ne soit pas le magistrat en charge de l’examen des appels dans les dossiers de procédure collective » ; – élargir la composition de la commission territoriale à deux nouveaux membres ayant la qualité de professeurs ou maîtres de conférences de droit, de sciences économiques ou de gestion ; 	<p>Article 17 de la loi relative à la croissance de l’économie calédonienne</p>
<p>Rec 3 bis : – améliorer le fonctionnement de la commission en précisant les règles de nomination à la présidence, en fixant une durée de mandat limitée et en prévoyant des conditions de quorum et de vote.</p>	<p>En attente d’un texte réglementaire</p>
<p>Rec 4 : Pour encourager les étudiants calédoniens à devenir mandataire-liquidateur à moyen terme, évaluer l’opportunité de créer un diplôme local d’aptitude à la profession de mandataire-liquidateur assorti d’un stage professionnel réalisé en dehors du territoire (d’une durée à définir).</p>	<p>Option étudiée puis rejetée par le GNC</p>
<p>Rec 5 : Supprimer le monopole légal de la fonction de mandataire-liquidateur en prévoyant expressément la possibilité pour le tribunal mixte de commerce de nommer des mandataires « hors liste » parmi les « personnes physiques justifiant d’une expérience ou d’une qualification particulière », selon des critères d’incompatibilité adaptés au territoire, pour leur confier les dossiers de liquidation les plus simples, en s’assurant qu’ils puissent être éligibles au fonds d’indemnisation des dossiers impécunieux le cas échéant.</p>	<p>Article 17 de la loi relative à la croissance de l’économie calédonienne</p>
<p>Rec 6 : Au sein du TPI, se doter des moyens d’appliquer, dans les meilleurs délais, la procédure de liquidation judiciaire simplifiée dans les dossiers pour lesquels elle est rendue obligatoire par l’article L. 641-2 du code de commerce, pour accélérer le traitement de ces dossiers.</p>	<p>NC</p>
<p>Rec 7 : Engager une réflexion, impliquant l’ensemble des parties prenantes, sur la révision des tarifs réglementés des prestations de mandataire-liquidateur pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> – prévoir expressément le versement d’un droit fixe au mandataire-liquidateur dans toute ouverture de procédure collective afin d’éviter toute incitation à privilégier la liquidation judiciaire ; 	<p>En attente d’un texte réglementaire</p>

- évaluer selon quelles modalités une affiliation auprès de l’association de garanties sur les salaires serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l’actif en procédure de liquidation ;
 - viser une tarification assurant un équilibre entre couverture des coûts et rémunération raisonnable des mandataires-liquidateurs, en privilégiant une méthode consistant à orienter le revenu global des professionnels vers leurs coûts globaux majorés plutôt qu’une tarification à l’acte ;
- Dans ce cadre, évaluer l’impact sur l’attractivité de la profession, la rémunération des mandataires-liquidateurs et sur les entreprises débitrices ou créancières de :
- la suppression du droit proportionnel de 5 % sur la contestation des créances (hors créances salariales) considérée comme sur-rémunérateur par rapport à la mission réellement effectuée pour le remplacer par un droit fixe comme en métropole ;
 - d’une éventuelle modulation du droit fixe de procédure en fonction de la taille et de l’effectif de l’entreprise concernée.

Avis 2019-A-02 « Secteur de l’électricité »

Les recommandations formulées dans cet avis étaient destinées à éclairer et conseiller la ville de Nouméa, à l’origine de la saisine, sur les bons comportements à adopter dans le cadre de l’appel d’offres. Ils ne peuvent en tant que tels faire d’objet d’une vérification.

Avis 2019-A-03 « Seuils des opérations de concentration et dans le secteur du commerce de détail »

Rec 1 : En ce qui concerne les opérations de concentration :

- doubler le seuil du chiffre d’affaires total réalisé par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration en Nouvelle-Calédonie en le faisant passer de 600 millions F.CFP à 1,2 milliard F.CFP ;
- introduire un nouveau seuil de chiffre d’affaires réalisé individuellement par au moins deux des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration en Nouvelle-Calédonie qui pourrait être supérieur ou égal à 200 millions F.CFP ;
- introduire une exception à l’obligation de notification lorsque l’opération envisagée ne produit aucun effet en Nouvelle-Calédonie pour éviter qu’une opération de concentration réalisée hors du territoire calédonien par des entreprises ayant d’autres filiales actives en Nouvelle-Calédonie ne soit notifiée à l’Autorité alors que l’opération en cause produit ses effets hors du territoire.

Rec 2 : En ce qui concerne les opérations dans le secteur du commerce de détail :

- fixer le seuil de déclenchement du contrôle à 600 mètres carrés comme l’avaient déjà suggéré l’Autorité métropolitaine de la concurrence et le Conseil d’État ;
- introduire une exception à l’application de ce seuil visant à contraindre un opérateur disposant d’une part de marché égale ou supérieure à 25 % sur la zone de chalandise concernée de notifier toute opération dans le secteur du commerce de détail quelle que soit la surface de vente concernée.

<p>Rec 3 : En ce qui concerne la lisibilité de la réglementation et la simplification des formalités administratives :</p> <p>– codifier, dans la partie réglementaire du code de commerce, les arrêtés du 9 janvier 2018 concernant les modalités d’application et le contenu du dossier de notification d’une opération de concentration (n° 2018-41) et d’une opération dans le secteur du commerce de détail (n° 2018-43) ;</p>	<p>En attente d’un texte réglementaire</p>
<p>Rec 3 bis : – supprimer l’obligation de présenter, dans le dossier de notification d’une opération dans le secteur du commerce de détail, le permis de construire accordé par la Province en cas de création ou d’agrandissement d’un commerce de détail dont la surface de vente serait supérieure à 2500 m².</p>	

<p align="center">Avis 2019-A-04 « Écrans solaires corporels »</p>	
<p>Dans cet avis, l’Autorité a estimé que la proposition de loi ne devrait pas avoir d’impact significatif sur le fonctionnement concurrentiel des marchés en cause ni d’effet inflationniste sur les écrans solaires corporels, mais elle n’a pas formulé de recommandations.</p>	

<p align="center">Avis 2019-A-05 « Loi du pays Croissance »</p>	
<p>Rec 1 : préciser, au I de l’article Lp. 411-2-1, que le comité de l’observatoire des prix mentionné à l’article Lp. 412-1 du code de commerce rend un avis public sur chaque projet d’accord annuel sur le BQP avant son adoption définitive afin de pouvoir l’amender le cas échéant. Il conviendra en conséquence de lui accorder les moyens de réaliser cette mission.</p>	
<p>Rec 2 : au I de l’article Lp. 411-2-1, compléter la première phrase pour inclure dans le dispositif de négociation les entreprises de fret maritime et aérien, les transitaires et les sociétés d’acconage pour qu’ils participent à l’effort de réduction des coûts de manière à les répercuter sur les prix de détail.</p>	
<p>Rec 3 : réduire les taxes à l’importation (droits de douane, TSPA, TRM) des produits importés inclus dans le BQP et exiger des contreparties sur les prix et/ou la qualité aux producteurs locaux lorsque leurs produits sont sélectionnés dans le BQP alors qu’ils bénéficient déjà de mesures de régulation de marché. À défaut, les alléger ou les supprimer.</p>	<p align="center">NC</p>
<p>Rec 4 : Prévoir la transmission régulière des volumes de vente des produits inclus dans le BQP pour adapter le contenu du panier aux besoins réels de la population calédonienne avant chaque renégociation annuelle du BQP ainsi que des éléments permettant d’appréhender la marge réalisée par les différents acteurs sur le panier.</p>	<p align="center">NC</p>
<p>Rec 5 : ne pas assigner au BQP d’autres objectifs qu’un meilleur ratio qualité/prix.</p>	
<p>Rec 6 : concernant le BQP « sec », engager un effort supplémentaire pour baisser le prix plafond du panier ou pour améliorer la diversité des produits proposés en 2020 étant donné les écarts constatés entre les prix réels et le prix plafond par catégorie de surfaces de vente.</p>	<p align="center">NC</p>

<p>Rec 7 : sur le BQP « frais », pour sa partie Fruits et Légumes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - à très court terme, lever certains quotas à l'importation sur les fruits et légumes les plus consommés en Nouvelle-Calédonie et peu produits entre janvier et avril selon le calendrier de production de la chambre d'agriculture. À défaut, réintroduire un mécanisme d'encadrement des prix maximums des fruits et légumes les plus consommés en Nouvelle-Calédonie dès le stade de la sortie du champ jusqu'au détaillant pendant la saison chaude. - à moyen terme, l'intérêt du BQP « frais » et de sa composition dépendra beaucoup du choix opéré par le gouvernement concernant la levée ou non des quotas sur les fruits et légumes durant les périodes de faible production locale. En cas de maintien des quotas, le BQP « frais » devrait, en contrepartie, être élargi à un nombre de références plus significatif pour un prix maximum inférieur aux prix réellement pratiqués par certains magasins spécialisés proposant des paniers de fruits et légumes comparables, mais labellisés biopacifika ou Agriculture responsable. 	
<p>Rec 8 : renforcer la lisibilité du dispositif par un affichage standardisé de la liste des produits composant le BQP, attractif et lisible à l'entrée du magasin ; améliorer la compréhension du dispositif par une campagne de communication gouvernementale à la télévision ou à la radio et instaurer, au plus vite, l'application mobile de comparaison des prix à partir des données de l'observatoire des prix pour offrir aux consommateurs les outils permettant de faire jouer la concurrence.</p>	
<p>Rec 9 : conduire une négociation ad hoc avec les représentants des petites surfaces de vente, à commencer par le groupement professionnel des gérants des stations-services de Nouvelle-Calédonie, pour les inciter à adhérer au dispositif du BQP, quitte à l'adapter en contrepartie d'une exonération de sanction en cas de manquement non délibéré à la réglementation.</p>	NC

Avis 2019-A-06 « Régulation de marché ESQ »	
<p>L'Autorité avait recommandé de ne pas accorder les 5 mesures de type « STOP » sollicitées par la société ESQ soulignant que ces mesures conduiraient à maintenir sa position monopolistique sur les marchés des produits protégés et à renforcer sa position dominante (et celle du groupe Socimat auquel elle appartient) sur l'ensemble des marchés de la fourniture et de la commercialisation de tubes et tuyaux en Nouvelle-Calédonie alors que les engagements proposés en contrepartie apparaissaient insuffisants.</p>	<p>3/5 TD ne sont pas soumis à des STOP 2/5 TD font l'objet d'un QTOP</p>

Ce rapport est édité par le service de l'imprimerie de
la Direction des achats du patrimoine et des moyens
de la Nouvelle-Calédonie – Dépôt légal : juin 2020



Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie



7 rue du général Galliéni, 98800 Nouméa



contact@autorite-concurrence.nc



(+687) 25 14 03



<https://autorite-concurrence.nc>



<https://www.facebook.com/ACNC988/>



<https://twitter.com/ACNC988>



<https://www.linkedin.com/company/acnc988>