



PRATIQUE DE L'ACNC EN 2020

SOMMAIRE

Les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles	60
A. Compétence de l’Autorité	60
1. Une compétence territoriale qui s’impose à toute entreprise exerçant une activité économique en Nouvelle-Calédonie	60
2. La répartition des compétences entre l’Autorité de la concurrence et le juge administratif lorsque des pratiques sont mises en œuvre par des opérateurs publics	61
B. Les différentes procédures mises en œuvre en 2020	64
1. La procédure d’engagements	64
2. La procédure de non-contestation des griefs	65
3. Les mesures conservatoires	66
C. Définition des marchés pertinents	67
1. La diffusion d’œuvres cinématographiques en salles	68
2. Le marché de la viande ovine	68
3. Le marché des glaces industrielles	69
D. Qualification des comportements	70
1. Les ententes anticoncurrentielles	70
2. Les pratiques d’exclusivité d’importation	70
3. Les abus de position dominante	72
E. Les différents types de décisions au fond	76
1. Les décisions de rejet et d’irrecevabilité	76
2. Les décisions de sanction pécuniaire	76
3. Les décisions d’engagements	79
Les décisions contentieuses en matière de pratiques commerciales restrictives	82
A. Compétence de l’Autorité	82
1. Sur les délais de paiement	82
2. Sur la transparence des relations commerciales	84
B. Procédure devant l’Autorité	85
1. Le procès-verbal d’infraction	86
2. Le débat contradictoire	86
C. Types de sanctions	87
1. Sanctions pécuniaires	87
2. Sanction de publication	89
3. L’injonction	90
Les décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales	91
Les décisions relatives aux opérations de concentrations	91
A. Le champ d’application du contrôle	91
1. La notion de concentration	91
2. Les seuils de contrôle applicables en 2020	94
B. La procédure de contrôle intervient avant la réalisation de l’opération	95
1. Le principe du contrôle <i>a priori</i>	95
2. L’exception : l’octroi exceptionnel d’une dérogation pour réaliser l’opération avant l’autorisation de l’Autorité	95
3. Les sanctions en cas de non-respect du contrôle <i>a priori</i>	96
C. La délimitation des marchés pertinents	96
1. Dans le secteur à dominante alimentaire	97
2. Dans le secteur de l’énergie photovoltaïque	99
3. Dans le secteur agricole	102
4. Dans les secteurs de l’industrie et des mines	104
5. Dans les secteurs de la banque et des assurances	107
6. Dans le secteur des pièces automobiles	110
7. Dans le secteur de la santé	112
8. Dans le secteur de l’édition	113

D. L'analyse concurrentielle	115
1. Les effets horizontaux	115
2. Les effets coordonnés	120
3. Les effets verticaux	123
4. Les effets congloméraux	125
E. Les mesures correctives	129
1. Les mesures structurelles	129
2. Les mesures comportementales	131
Les décisions relatives aux opérations dans le secteur du commerce de détail	133
A. Le champ d'application du contrôle	133
B. La procédure de contrôle	134
C. La délimitation des marchés pertinents	134
1. Les marchés amont de l'approvisionnement en produits alimentaires	135
2. Les marchés aval de la distribution au détail	136
D. L'analyse concurrentielle	141
1. Les effets horizontaux	141
2. Les effets verticaux	143
E. Les mesures correctives	145
1. Sur les risques de verrouillage par les intrants par la société Serdis	146
2. Sur le risque de partage d'informations confidentielles et stratégiques par le biais de la société Serdis	147
3. Sur les risques de verrouillage par les intrants par la société Agrical	147
4. La désignation d'un mandataire indépendant	148
Les avis et les recommandations de l'Autorité	150
A. Les avis relatifs à des demandes de mesures de régulation de marché	151
B. Les avis rendus sur des projets de texte législatif ou réglementaire	158
C. L'avis relatif au mécanisme de la formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie	163
1. Les facteurs exogènes expliquant la cherté de la vie en Nouvelle-Calédonie	164
2. Les facteurs règlementaires et comportementaux renchérisant le prix des PGC en Nouvelle-Calédonie	166
3. La structure de coûts des opérateurs en Nouvelle-Calédonie	167
4. Les recommandations de l'Autorité	168
D. Les recommandations de l'Autorité concernant le dispositif dérogatoire de remboursement dans le secteur aérien et touristique	169
1. Les incidences concurrentielles et macro-économiques du projet de délibération	170
2. Les recommandations de l'Autorité	171
E. Le suivi des recommandations de l'Autorité en 2020	172
Jurisprudence des juridictions de contrôle	178

Les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles

L'Autorité a adopté en 2020 **six décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles**, dont une décision de sanction, une décision d'acceptation d'engagements, deux décisions relevant l'irrecevabilité pour incompétence ou le rejet pour défaut d'éléments probants et une décision de mesures conservatoires.

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 mis en œuvre sur le territoire calédonien**.

L'article Lp. 462-7 du code de commerce prévoit les pratiques relevant du Titre II se prescrivent en cinq années « *s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.* »

1. Une compétence territoriale qui s'impose à toute entreprise exerçant une activité économique en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité de la concurrence est compétente pour veiller au libre jeu de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. Dès lors, toute entreprise ayant une activité de production, de distribution ou de services sur le territoire calédonien est tenue de respecter le droit de la concurrence calédonien, sous peine d'être sanctionné par l'Autorité, quelle que soit sa nationalité.

En 2019, l'Autorité avait déjà eu l'occasion de sanctionner des entreprises d'envergure internationale non-implantées en Nouvelle-Calédonie pour avoir mis en œuvre des accords exclusifs d'importation pour la fourniture d'appareils et de pièces d'ascenseurs¹².

En 2020, l'Autorité a également été conduite à mettre fin à des pratiques d'exclusivité d'importation mises en œuvre par des producteurs étrangers et des grossistes-importateurs locaux. Ainsi, dans sa décision n° [2020-PAC-02](#) du 7 septembre 2020¹³, l'Autorité a engagé une procédure à l'encontre de la société belge Ysco, productrice et exportatrice de glaces industrielles vers la Nouvelle-Calédonie qui a donné lieu à une procédure d'engagements dont elle assure le suivi.

Cette décision rappelle que la pratique anticoncurrentielle consistant à accorder une exclusivité d'importation à un distributeur calédonien, même si elle constitue une **spécificité du droit de la concurrence calédonien** et ultramarin¹⁴, est pleinement **opposable aux entreprises étrangères ayant une activité économique en Nouvelle-Calédonie**.

¹² Décisions n° [2019-PAC-04](#) et [2019-PAC-05](#).

¹³ Décision n° [2020-PAC-02](#) du 7 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Ysco SA dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie.

¹⁴ Ces pratiques sont prohibées dans les DOM.

2. La répartition des compétences entre l’Autorité de la concurrence et le juge administratif lorsque des pratiques sont mises en œuvre par des opérateurs publics

En 2019, l’Autorité a été saisie de nombreuses plaintes à l’encontre d’opérateurs publics¹⁵.

Il est expressément prévu à l’article Lp. 410-1 du code de commerce que **l’ensemble des opérateurs économiques est soumis au livre IV du code de commerce**, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, **y compris lorsqu’il s’agit de personnes publiques** :

« Les dispositions du présent livre s’appliquent à 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. »

Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal des conflits¹⁶, l’Autorité de la concurrence n’est pas toujours compétente pour appréhender d’éventuelles pratiques anticoncurrentielles des opérateurs publics, qui relèvent, dans certaines circonstances, de la compétence du seul juge administratif.

De façon classique, le partage des compétences entre le juge administratif et l’Autorité peut être résumé de la manière suivante :

- Lorsque les pratiques ou la décision en cause traduisent l’exercice de prérogatives de puissance publique ou portent sur l’organisation même du service public, **le juge administratif est exclusivement compétent** pour apprécier la légalité de ces **actes unilatéraux** au regard du droit de la concurrence qui leur est opposable. 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 comme de la décision d’attribuer ou non les contrats publics¹⁷ ;
- Lorsque ces pratiques ou décisions unilatérales sont **détachables de l’exercice de prérogatives de puissance publique** et qu’elles présentent un caractère économique,

¹⁵ Deux-tiers des plaintes déposées pour des pratiques anti-concurrentielles concernaient des opérateurs publics.

¹⁶ S’agissant de la gestion du domaine public, le Tribunal des conflits a jugé, dans sa décision Aéroports de Paris et compagnie Air France c/TAT European Airline Sarl, du 18 octobre 1999, que les décisions par lesquelles les personnes publiques exercent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, même lorsque ces décisions constituent des actes de production, de distribution ou de service au sens de l’article L. 410-1 du code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence et qu’il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions. En l’espèce, le Tribunal des conflits a estimé « que les décisions de regrouper à l’aérogare d’Orly-Ouest les activités du groupe Air-France et de refuser à la société TAT European Airlines d’ouvrir de nouvelles lignes à partir de cette aérogare qui se rattachent à la gestion du domaine public constituent l’usage de prérogatives de puissance publique ; [...] ». Dans le même sens, la Cour de cassation a jugé que « les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d’un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et qui peuvent constituer des actes de production, de distribution et de services au sens de l’article 53 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 entrant dans son champ d’application, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence » (arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000, « Semmaris », n° 98-11800). Enfin, l’arrêt Gisserot du Tribunal des conflits, du 4 mai 2009 (décision du 4 mai 2009 du Tribunal des conflits, « Société Editions Jean-Paul Gisserot », n° C3714, au recueil), a confirmé que l’Autorité n’est pas compétente pour connaître « des décisions ou actes portant sur l’organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ».

¹⁷ Conseil d’Etat, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 25/10/2017, 399407, Decaux

L'Autorité de la concurrence est seule compétente pour contrôler le respect des règles de la concurrence¹⁸ ;

- Lorsqu'une pratique commise ou une décision adoptée dans le cadre d'un **contrat administratif qui 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 est 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**.

Il ressort également de la jurisprudence du Tribunal des conflits que les contrats passés par une **société d'économie mixte locale**, en dehors de ceux mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique dans le cadre d'un mandat confié par la collectivité à la SEM, sont, par nature, des actes de droit privé qui relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence.

En conséquence, l'Autorité doit parfois faire usage de l'article Lp. 462-8 du code de commerce et se déclarer incompétente pour connaître de la plainte qui lui est soumise : « *L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article Lp. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence* » (soulignement ajouté).

Dès lors que la saisine concerne un opérateur public, l'Autorité examine si les pratiques alléguées entrent ou non dans le champ d'activité du service public et s'il s'agit ou non d'un marché ouvert à la concurrence.

Dans sa décision n° [2020-PAC-01](#), l'Autorité a clairement constaté que **l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) disposait d'un monopole légal d'importation de viande ovine** au titre d'une délibération du Congrès 26 mai 2003, confortée par la loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1^{er} et 2 de cette délibération et déclaré, en conséquence, la saisine irrecevable. L'Autorité a d'ailleurs rappelé que le Conseil Constitutionnel a considéré, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité « *qu'en égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF en complément de sa mission de service public par la délibération du 26 mai 2003 ne revêt pas un caractère disproportionné* »¹⁹.

L'Autorité a également déclaré deux autres saisines irrecevables en ce qu'elles visaient des pratiques clairement mises en œuvre dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique relevant de la compétence exclusive du juge administratif.

Dans la décision n° [2020-PAC-04](#) du 5 octobre 2020²⁰, l'Autorité a considéré que les pratiques alléguées étaient, pour certaines d'entre elles, insuffisamment caractérisées (voir *infra*) et, pour les autres, qu'elles n'entraient pas dans son champ de compétence. En l'espèce, la société plaignante reprochait notamment à la Province Sud, à la mairie de Dumbéa et à la société d'économie mixte SECAL de s'être entendues pour accorder des aides publiques à un

¹⁸ Décision du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999, préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, affaire « Aéroports de Paris »

¹⁹ Conseil constitutionnel n° 2012-258 QPC, 22 juin 2012.

²⁰ Décision n° [2020-PAC-04](#) du 5 octobre 2020 relative à des pratiques dans le secteur de la diffusion cinématographique en salles dans le Grand Nouméa

nouvel entrant dans le secteur de la diffusion cinématographique en salle. Or, il ressortait de l’instruction que les pratiques dénoncées par l’opérateur en monopole de fait sur ce marché résultaient de décisions administratives dont l’Autorité n’avait pas à connaître.

Dans la décision n° [2020-PAC-05](#) du 12 novembre 2020²¹, l’Autorité a également jugé irrecevable la saisine de la société SDPS, exploitante du complexe hôtelier Ramada, à l’encontre de la société EEC, délégataire de la ville de Nouméa pour la distribution et la fourniture d’électricité. En l’espèce, la société EEC a cessé d’appliquer le tarif préférentiel accordé par délibération du Congrès²² aux professionnels de l’hôtellerie, au complexe hôtelier du Ramada. La décision de la société EEC est intervenue après la cession de certaines unités de l’hôtel à des propriétaires particuliers et l’inertie de la SDPS, malgré de nombreuses relances d’EEC pour que soient réalisés les travaux nécessaires à la distinction, sur le poste de transformation électrique, des unités hôtelières des unités d’habitation. La SDPS considérait être en situation de dépendance économique à l’égard de la société EEC, seul opérateur de fourniture d’électricité sur la commune de Nouméa.

Cependant, l’Autorité a estimé que la décision de la société EEC faisant grief à la SDPS avait été prise en vertu de son contrat de délégation de service public et en application de la réglementation calédonienne en vigueur en matière de tarification de l’électricité. S’agissant d’un **acte unilatéral ne pouvant pas être détaché de l’exercice de prerogatives de puissance publique, les pratiques reprochées n’entrent pas dans le champ de compétence de l’Autorité** et doivent être examinées par le juge administratif.

Tout autre était la situation dans la saisine déposée par la Société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) à l’encontre de l’établissement public Office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT-NC). En effet, si le secteur des télécommunications est règlementé et les activités qui relèvent du service public des télécommunications sont confiées à l’OPT-NC, le cadre légal du monopole de l’OPT-NC, tel que défini par le code des Postes et Télécommunications, n’était pas limpide.

Dans la décision n° [2020-MC-01](#) l’Autorité a considéré que les textes en vigueur ne conféraient pas expressément de monopole à l’OPT-NC sur le marché de la fourniture de capacités de connectivité internationales et qu’en conséquence, les **pratiques** reprochées à l’OPT-NC sur ce marché **ne ressortaient pas de l’exercice de prerogatives de puissance publique**. Il a donc été enjoint à l’OPT-NC, au titre de mesures conservatoires, de transmettre à la SCCI une proposition d’interconnexion au réseau local des télécommunications pour lui permettre de faire avancer son projet de câble sous-marin entre la Nouvelle-Calédonie et l’Australie.

A rebours de la position de l’Autorité, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie (TANC), saisi par la SCCI sur la nouvelle grille tarifaire de l’OPT-NC, a jugé que le monopole de l’OPT-NC était « implicitement mais nécessairement » contenu dans les textes en vigueur²³. C’est également l’interprétation retenue par la Cour d’appel de Paris, saisie en appel de la décision de l’Autorité par l’OPT-NC, qui a considéré, dans un arrêt du 29 octobre 2020, que la volonté des élus calédoniens était manifestement de confier le monopole des

²¹ Décision n° [2020-PAC-05](#) du 12 novembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d’électricité en Nouvelle-Calédonie

²² Délibération n°25 du 19 juillet 1996

²³ Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 2000052, 06 août 2020.

télécommunications intérieures et extérieures à l'OPT-NC²⁴ (voir *infra* : Les recours contre les décisions de l'ACNC).

Si cet arrêt qui fait l'objet d'un pourvoi en cassation était confirmé, l'Autorité ne pourrait à l'avenir être saisie de pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC dans le secteur des télécommunications. Sauf évolution du cadre législatif calédonien, la situation serait alors comparable à celle de la métropole jusqu'en 1997, date d'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications et de création d'une autorité de régulation indépendante.

B. Les différentes procédures mises en œuvre en 2020

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 à des préoccupations de concurrence soulevées par le service d'instruction dans le cadre d'une enquête 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° [2020-PAC-02](#) du 7 septembre 2020²⁵, la société Ysco a sollicité la mise en œuvre de cette procédure d'engagements.

Il était reproché aux sociétés Ysco et Serdis la mise en œuvre d'une pratique d'exclusivité d'importation prohibée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce ayant pour conséquence un refus de vente par Ysco de ses produits à la société plaignante, les Etablissements Bargibant. Lors des auditions menées par le service d'instruction, la société Ysco a immédiatement reconnu les préoccupations de concurrence soulevées et transmis au service d'instruction les éléments démontrant la mise en œuvre d'un accord d'exclusivité avec la société Serdis. Pour sa part, la société Serdis a nié avoir participé à un tel accord.

Dans sa décision n° [2020-PAC-02](#), l'Autorité note que « *Ysco s'est effectivement placée dans un processus de transparence et de coopération vis-à-vis de l'Autorité en transmettant au service d'instruction tous les éléments de preuve permettant de confirmer l'existence d'une pratique concertée avec la société Serdis visant à lui accorder des droits exclusifs d'importation sur les produits de marque « Ysco », sans lesquels l'Autorité n'aurait pu exiger de mettre fin à cette pratique, les sociétés Serdis et Ysco n'étant liées par aucun contrat d'exclusivité formel* » (point 112).

L'offre d'engagements de la société Ysco a donné lieu à un test de marché auquel seule la saisissante, la société Etablissements Bargibant a répondu. L'Autorité a demandé en séance à la société Ysco d'amender ses engagements initiaux afin de s'assurer que la concurrence intramarque et intermarques entre les distributeurs de la société Ysco en Nouvelle-Calédonie soit rétablie de façon pérenne. La société Ysco ayant accepté en séance les propositions de

²⁴ Cour d'appel de Paris, n° 20/08910, 29 octobre 2020.

²⁵ Décision n° [2020-PAC-02](#) du 7 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Ysco SA dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie.

modification demandées par l’Autorité, ces engagements sont devenus obligatoires pour la société Ysco à compter de la notification de la décision.

Bien qu’elle ait reconnu son implication dans les accords litigieux, la **société Ysco n’a donc pas fait l’objet de sanction puisqu’elle a pleinement coopéré avec le service d’instruction et pris l’initiative de déclencher la procédure d’engagements avant la notification des griefs.**

Par ailleurs, cette décision a également mis en lumière un aspect procédural important en matière de **réparation de préjudice lié à des pratiques anticoncurrentielles** en rappelant que l’Autorité « *n’est pas compétente pour réparer le préjudice subi par la société plaignante du fait des préoccupations de concurrence constatées au cours de l’instruction* » et que « *l’entreprise plaignante peut, le cas échéant, exercer une action en responsabilité devant le tribunal mixte de commerce* » (point 109).

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, et le cas échéant de proposer des engagements pour réduire encore davantage le risque de sanction encouru.

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. Il est entendu que l’entreprise **s’engage en outre à modifier son comportement pour l’avenir.**

Ces éléments sont pris en compte par l’Autorité pour fixer le montant de la sanction.

Dans le cadre de la décision n° [2020-PAC-03](#) du 7 septembre 2020²⁶, il était **reproché à la société Serdis d’avoir sollicité la mise en œuvre et le maintien d’accords exclusifs d’importation à son profit**, de façon contraire aux dispositions de l’article Lp. 421-2-1 du code de commerce. Après avoir contesté les faits reprochés pendant toute la procédure d’instruction, la société mise en cause a finalement souhaité bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs à la suite de la réception de la notification des griefs.

La déclaration de non-contestation des griefs de la société Serdis et son offre d’engagements ont été actés par procès-verbal.

L’Autorité a pris acte du choix de la société Serdis impliquant une **renonciation « expresse, complète et dépourvue d’ambiguïté » et suffisante « 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 108).

Concernant les engagements formulés par la société mise en cause, l’Autorité rappelle dans cette décision que « *les engagements proposés dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs peuvent être de nature comportementale ou structurelle mais ne peuvent en aucun cas se borner à ne pas ou ne plus violer les règles de concurrence* » (point 139).

²⁶ Décision n° [2020-PAC-03](#) du 7 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Serdis SAS dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie.

De fait, **les engagements proposés par la société Serdis dans la cadre de la procédure de non-contestation des griefs n'ont pas été considérés comme suffisamment substantiels pour justifier une réduction supplémentaire de la sanction encourue.**

C'est ainsi que l'engagement de la société Serdis visant à informer l'ensemble de ses fournisseurs de l'interdiction posée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce a été considéré comme insuffisant pour justifier une atténuation de la sanction encourue. De même, l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité n'a pas été jugé suffisant, l'Autorité considérant que ces programmes devraient avoir vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente ou lorsqu'elles appartiennent à un groupe international, à l'instar de la société Serdis.

3. Les mesures conservatoires

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. »*

Selon les dispositions de l'article Lp. 461-3 du code de commerce, *« le président, ou le vice-président, peut adopter seul les décisions prévues à l'article Lp. 462-8 et à l'article Lp. 444-1. Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues aux articles Lp. 431-5, Lp. 432-3 et Lp. 464-1, sous réserve que le sens de la décision soit en accord avec la proposition du service d'instruction. »*

Les mesures conservatoires sont prononcées dans l'attente de l'adoption d'une décision au fond. Elles doivent être proportionnées à ce qui est nécessaire pour **faire face à l'urgence qu'engendrent les pratiques dénoncées.**

Lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de **vérifier en premier lieu si la saisine au fond est recevable et si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants.** Le rejet de la saisine au fond entraîne celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celles-ci. **En deuxième lieu, l'Autorité apprécie si les critères fixés par l'article Lp. 464-1 précité sont remplis.**

Dans sa décision n° [2020-MC-01](#) du 2 juillet 2020²⁷, l'Autorité s'est prononcée sur une demande de mesures conservatoires jointe à la saisine au fond de la Société Calédonienne de Connectivité Internationales (SCCI) pour des pratiques mises en œuvre par l'Office des postes et télécommunications (OPT-NC)

L'Autorité ayant considéré que l'OPT-NC ne disposait pas de monopole légal sur le marché de la fourniture de capacités de connectivité internationales (voir *supra*) et qu'il était susceptible d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, elle a rappelé au point 411 de la décision que *« Le bien-fondé d'une demande de mesure conservatoire doit (...) s'apprécier alternativement au regard de l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. En pratique, il*

²⁷ Décision n° [2020-MC-01](#) relative à une demande de mesures conservatoires de la SCCI pour des pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC.

s'agit d'apprécier si trois critères cumulatifs sont remplis à savoir : la gravité de l'atteinte, son immédiateté et le lien de causalité entre les faits dénoncés et l'atteinte ».

L'Autorité a estimé que, dans le cas d'espèce, ces trois critères étaient bien remplis : les pratiques reprochées à l'OPT-NC, en formant une barrière à l'entrée, pouvaient avoir des conséquences irréversibles sur la santé économique de la SCCI et le marché des télécommunications dans son ensemble. Par conséquent, l'Autorité a **enjoint à l'OPT-NC de proposer à la SCCI une offre d'interconnexion au réseau local des télécommunications dans un délai de huit semaines** à compter de la notification de la décision.

Toutefois, **la Cour d'appel de Paris a annulé la décision de l'Autorité**, considérant en effet dans son arrêt du 29 octobre 2020, que *« l'OPT-NC dispose d'un monopole de droit sur l'exploitation des réseaux et services des télécommunications ouverts au public qui relèvent du service public des télécommunications en Nouvelle-Calédonie, et partant, qu'il dispose donc des droits exclusifs sur ces réseaux et services ».*

L'arrêt, en concluant que l'OPT-NC est en situation de monopole légal sur le marché concerné exclut la compétence de l'Autorité et annule la mesure conservatoire prononcée par l'Autorité.

La décision n° [2020-PAC-04](#) illustre, *a contrario*, le **rejet d'une demande de mesures conservatoires par l'Autorité sur le marché de la diffusion d'œuvres cinématographiques en salles dans le Grand Nouméa**. En l'espèce, la Société d'exploitation des cinémas Hickson (SECH) avait saisi l'Autorité pour des pratiques anticoncurrentielles de la part d'opérateurs publics et privés ayant bénéficié à un nouvel entrant sur le marché de la diffusion d'œuvres cinématographiques en salles.

L'Autorité a déclaré la saisine au fond pour partie irrecevable, car une partie des pratiques reprochées n'entrait pas dans son champ de compétence tandis que l'autre partie des pratiques a été rejetée pour défaut d'éléments suffisamment probants. Elle a, en conséquence, rejeté la demande de mesures conservatoires en rappelant la jurisprudence de la Cour de cassation du 9 octobre 2012, selon laquelle *« lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement 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 celle-ci ».*

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.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité s'est prononcée en 2020 sur les secteurs de l'importation et la commercialisation de la viande ovine, le secteur des glaces industrielles, le secteur cinématographique, le secteur des télécommunications et le secteur de la fourniture d'électricité.

1. La diffusion d'œuvres cinématographiques en salles

Dans la décision n° [2020-PAC-04](#) relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du cinéma, l'Autorité s'est appuyée sur la pratique décisionnelle métropolitaine et sur une étude de marché réalisée localement pour conclure à une segmentation du marché en fonction de la **typologie de consommation des œuvres cinématographiques**. Il existe classiquement différents services audiovisuels : la projection en salle, la vidéo à la demande, le service de télévision payant et les abonnements.

La segmentation de ces différents marchés repose essentiellement sur la **chronologie des médias**, qui correspond à la chronologie de diffusion des œuvres cinématographiques par les différents services audiovisuels. L'ouverture d'une fenêtre de diffusion marque la fermeture de la précédente et chaque mode de diffusion constitue un marché pertinent puisqu'ils sont chacun régis par des réglementations différentes et font l'objet d'une tarification différente. En particulier, du point de vue de la demande, le marché de la diffusion d'œuvres cinématographiques en salles repose sur le principe que les consommateurs sont prêts à payer plus cher pour visionner un film dès sa sortie.

Or, l'étude de marché, réalisée par le cabinet Cogito à la demande de la SECH en 2016, a permis à l'Autorité de confirmer l'existence d'un marché de la diffusion d'œuvre cinématographiques en salle en Nouvelle-Calédonie compte tenu du « *caractère spécifiquement social de ce type de consommation culturelle* » (point 90). Bien que la définition exacte du marché géographique ait été laissée ouverte, la délimitation de la zone de chalandise n'a pas soulevé de difficulté particulière dans la mesure où les deux opérateurs concernés se sont accordés pour considérer qu'elle est circonscrite, en l'espèce, à la zone du Grand Nouméa.

2. Le marché de la viande ovine

Dans sa décision n° [2020-PAC-01](#), l'Autorité a été conduite à examiner le secteur de la viande ovine en Nouvelle-Calédonie.

Elle a tout d'abord souligné que le secteur de la viande en Nouvelle-Calédonie est réglementé. Ainsi, l'importation et la commercialisation de viande relève du monopole légal de l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF), qui est un EPIC. Les tarifs d'achat de la viande locale et la commercialisation de la viande locale et de la viande importée sont réglementés, hors tarifs de vente au détail.

Le secteur de la viande en Nouvelle-Calédonie comprend la viande porcine, bovine et la viande ovine, laquelle représente 6 % de l'ensemble de la viande commercialisée sur le territoire calédonien. Seulement 2,1 % de la viande ovine consommée est produite localement nécessitant ainsi une importation de 98 %.

Le circuit de l'abattage et la commercialisation classique de la viande fonctionne avec un prix d'achat par l'OCEF à l'élevage, fixé par arrêté. Une fois l'abattage effectué, l'OCEF stocke et vend la viande à un prix fixé par arrêté aux différents acteurs qui distribuent de la viande aux consommateurs.

Le circuit de la filière ovine en Nouvelle-Calédonie présente néanmoins des spécificités car la prestation d'abattage par l'OCEF puis la commercialisation de la viande ovine par l'OCEF à un prix réglementé sont facultatives. En effet, historiquement la viande ovine est commercialisée

par les éleveurs locaux regroupés au sein de l'Interprofession Viande de Nouvelle-Calédonie (IVNC) à des tarifs librement négociés.

Malgré les spécificités du secteur de la viande en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause la définition des marchés pertinents retenue par la pratique décisionnelle métropolitaine et européenne, qui reconnaît l'existence d'un marché distinct pour chaque espèce animale abattue. Au sein du marché de la viande ovine, l'agneau est distingué du mouton qui se définit comme un ovin âgé de 12 mois et plus.

L'Autorité métropolitaine identifie également quatre segments du marché de la viande en fonction de ses stades de transformation, qui correspondent au cycle de traitement des animaux et de la viande : (i) la collecte, qui pour la viande ovine distingue le mouton de l'agneau ; (ii) le désossage et la découpe des carcasses ; (iii) la mise en barquette de viande prête à cuire, destinée au consommateur final et (iv) la transformation en produit élaboré de viande.

Enfin il existe différents segments en fonction de la forme de commercialisation : (i) fraîche, c'est-à-dire vendue à la coupe ou (ii) préemballée en rayon libre-service. En matière de viande fraîche la pratique décisionnelle métropolitaine a opéré une distinction selon le canal de distribution.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que l'OCEF exerce uniquement sur les marchés de première (collecte) et deuxième transformation (désossage et découpe). Pour sa part, la société Bargibant importe exclusivement des produits congelés issus du troisième et du quatrième stade de transformation qu'elle revend en état sur le marché aval de la distribution.

L'Autorité a conclu que l'OCEF et la société Bargibant n'interviennent pas sur le même marché de la commercialisation de la viande ovine et ne peuvent être en concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement de viande ovine importée en raison du monopole légal de l'OCEF.

3. Le marché des glaces industrielles

Par analogie avec la pratique décisionnelle de l'Autorité métropolitaine pour les accords exclusifs dans les départements d'outre-mer, l'Autorité indique dans sa décision n° [2020-PAC-03](#) 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 91).

En l'espèce, l'Autorité a été conduite à définir les marchés amont et aval des glaces industrielles en s'inspirant de la pratique décisionnelle métropolitaine tout en soulignant les spécificités locales sur ces marchés

Traditionnellement, la pratique décisionnelle métropolitaine distingue deux familles de produits alimentaires surgelés : (i) ceux qui après décongélation sont utilisés par le consommateur comme un produit frais et (ii) les glaces, crèmes glacées et sorbets qui sont consommés en l'état. Au sein de cette dernière famille de produits, la pratique décisionnelle

distingue les glaces consommées à domicile et hors domicile. Il est également opéré une distinction entre les glaces artisanales et les glaces industrielles²⁸.

En Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a considéré que l'on retrouve la distinction entre la glace consommée à domicile et la glace consommée hors domicile dans les restaurants ou en collectivités (RHD) ainsi que la distinction entre la fabrication de glaces artisanales (L'Atelier Gourmand, Les fraisières de Païta...) et la fabrication de glaces industrielles. L'Autorité souligne néanmoins que la production locale de glaces industrielles bénéficie de mesures de régulation de marché destinées à écouler prioritairement les produits locaux par rapport aux produits importés jusqu'au 5 février 2024. Il s'agit d'une forte barrière à l'entrée sur le marché qui limite la concurrence des glaces importées sur le territoire.

En l'espèce, s'agissant de pratiques d'exclusivité d'importation, l'Autorité a considéré que les marchés pertinents étaient celui de « *la fabrication et commercialisation, par les industriels, d'une part, et celui de l'importation et de la distribution par des opérateurs locaux importateurs-distributeurs, d'autre part, de glaces industrielles, en Nouvelle-Calédonie* » (point 83).

D. Qualification des comportements

Dans le cadre de ses décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité doit déterminer si les comportements allégués par le plaignant ou les pratiques notifiées dans le cadre d'une auto-saisine sont constitutifs d'une entente anticoncurrentielle, d'un accord exclusif d'importation ou d'un abus de position dominante.

1. Les ententes anticoncurrentielles

Les ententes anticoncurrentielles sont prohibées 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° [2020-PAC-04](#) précitée, l'Autorité devait notamment se prononcer sur **l'existence d'une éventuelle entente** affectant le marché de l'exploitation de salles de cinémas dans le secteur du Grand Nouméa. La SECH reprochait principalement aux collectivités locales et aux aménageurs publics de s'être entendus sur une « *accumulation d'aides publiques* » ayant abouti au « *surdimensionnement du projet mK2* », futur concurrent du multiplex Cinécité.

Toutefois, outre le fait **que l'instruction n'a pas permis de déceler la mise en œuvre d'une entente** entre les collectivités et les opérateurs mis en cause dont le but aurait été de « *tuer le Cinécité* », l'Autorité **n'a pas constaté que le nouvel entrant bénéficiait**, comme le soutenait la plaignante, **d'un excès d'aides**. La saisine de la SECH a donc été rejetée, faute d'éléments probants, sur le fondement de l'article Lp. 462-8 du code de commerce.

2. Les pratiques d'exclusivité 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.* »

²⁸ Voir la décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 00-D-82 du 26 février 2001

Assimilables à des restrictions verticales, ces accords ou pratiques concertées constituent 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 pratiques dans les départements d'outre-mer.

Les décisions précitées n° [2020-PAC-02](#) et n° [2020-PAC-03](#) visent des pratiques d'exclusivité d'importation entre la société Serdis, grossiste calédonien, et la société Ysco, entreprise belge de production de glaces. Elles apportent à cette occasion des précisions concernant les principes qui régissent l'examen de telles pratiques.

Les accords exclusifs d'importation constituent une forme d'entente et, par analogie avec la pratique décisionnelle de l'Autorité métropolitaine pour les accords exclusifs dans les départements d'outre-mer, l'Autorité indique dans sa décision n° [2020-PAC-03](#) que « *La forme de l'accord est indifférente (contrat écrit ou non, clauses expresses ou tacites etc.), dès lors que celui-ci a pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises. Ainsi, les stipulations des différents contrats ou accords conclus par certains fournisseurs avec des distributeurs implantés en Nouvelle-Calédonie par lesquels les fabricants leur accordent la distribution à titre exclusif, qu'ils soient ou non formalisés, sont susceptibles d'être prohibées sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.* » (Points 87-88).

En l'espèce, l'accord n'a pas été formalisé. La pratique a été identifiée par des échanges de mails apportés lors de l'instruction par une des parties et par la preuve d'un refus de vente de la société Ysco à l'égard d'un distributeur concurrent de la société Serdis.

Dans ces deux décisions, l'Autorité rappelle néanmoins que les exclusivités d'approvisionnement prohibées par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce peuvent toutefois être exemptées sur le fondement de l'article Lp. 421-4 (IV) du même code, dès lors que : « *les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». Il incombe alors à l'entreprise qui souhaite bénéficier de cette exemption d'apporter la preuve de la nécessité de consentir de telles exclusivités (point 89).

En l'espèce, les parties n'ont pas contesté les griefs ou les préoccupations de concurrence qui leur avaient été adressés et n'ont donc pas argué d'une éventuelle possibilité d'exemption.

Sur le plan procédural, l'Autorité souligne, conformément à la jurisprudence nationale, que « *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 94).

Au cas d'espèce, l'Autorité a considéré que « *la pratique d'exclusivité d'importation entre Ysco et Serdis à laquelle a veillé activement le chef de produits surgelés de la société Serdis a eu pour objet d'empêcher l'exercice du libre jeu de la concurrence entre distributeurs susceptibles d'importer des glaces de cette marque et a effectivement restreint le jeu de la concurrence en raison des refus de vente opposés à la société Bargibant de la part de la société Ysco* » (point 105).

L'Autorité précise que cette pratique a eu d'autant plus d'effet que « *la concurrence est déjà atténuée par des mesures de régulation de marché limitant les capacités d'importation, et donc la concurrence intermarques* » (point 121) et qu'« *elle intervient dans le secteur des produits de grande consommation et vise spécifiquement une marque de glaces de premier prix répondant prioritairement aux besoins des consommateurs calédoniens les plus modestes disposant d'un pouvoir d'achat restreint et des collectivités publiques, soucieuses d'acheter au meilleur prix, dans le cadre d'appels d'offres pour des prestations de restauration collective* » (Point 122).

3. Les abus de position dominante

L'article Lp. 421-2 du code de commerce prohibe « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

L'Autorité rappelle que cette prohibition ne vise pas le fait d'être en position dominante sur un marché mais bien les pratiques abusives que peuvent mettre en œuvre une entreprise en position dominante sur un marché. Il s'ensuit qu'avant d'alléguer l'existence d'un éventuel abus, encore faut-il démontrer au préalable l'existence d'une position dominante sur un marché.

a. Le préalable : être en position dominante sur un marché

Dans la décision n° [2020-PAC-04](#), la SECH dénonçait, entre autres, des pratiques d'abus de position dominante de la SECAL résultant de l'utilisation de subventions croisées lui ayant permis d'adopter un comportement prédateur en cédant « *à vil prix* » un terrain au futur opérateur concurrent de la SECH pour exploiter un complexe cinématographique.

Cependant, l'Autorité constate que « *la SECH ne définit pas le marché sur lequel la SECAL se trouverait en position dominante, condition pourtant indispensable à la sanction d'un éventuel abus* » (point 137).

L'Autorité précise à cet égard que : « *la SECAL est certes la seule chargée de l'aménagement de la ZAC CUK en tant que concessionnaire mais elle n'exerce aucune activité commerciale sur cette ZAC. Elle n'est donc pas en mesure d'utiliser d'éventuelles ressources tirées de son activité de concessionnaire pour subventionner d'autres activités concurrentielles [...] Elle n'est donc pas susceptible de mettre en œuvre une pratique de prix prédateurs sur un marché concurrentiel qui pourrait conduire à évincer la SECH, puisqu'elle ne se trouve pas en concurrence avec la SECH* » (point 140).

b. Différents types d'abus de position dominante

Le refus d'accès à une infrastructure essentielle :

Dans la décision n° [2020-MC-01](#), l'Autorité a tout d'abord rappelé les conditions dans lesquelles le **refus d'accès à une infrastructure essentielle** par un opérateur en position dominante sur un marché ouvert à la concurrence est susceptible de constituer un abus de position dominante selon la jurisprudence et la doctrine (point 345).

L'abus est constitué si :

- L'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- L'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval, ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- L'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- L'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- Et l'accès à l'infrastructure est possible.

L'Autorité a également souligné qu'en vertu de la jurisprudence, le refus ou la mise en œuvre de manœuvres dilatoires de la part d'un opérateur en position dominante pour donner accès à une infrastructure essentielle à un tiers sur un marché ouvert à la concurrence est susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante (point 355).

Enfin, l'Autorité a précisé que la question du **niveau de tarification offert par l'opérateur détenteur d'une infrastructure essentielle** est centrale pour apprécier le fonctionnement du jeu de la concurrence sur le marché. En effet, le tarif d'interconnexion impacte directement la capacité d'un nouvel entrant à se positionner sur le marché (point 357).

S'agissant des télécommunications, l'Autorité a rappelé les principes posés par la Banque mondiale dans son « Manuel sur la réglementation des télécommunications », qui fait état de ce que, lorsque le marché est ouvert à la concurrence : *« De véritables problèmes peuvent apparaître si une entreprise dominante facture à ses concurrents des prix d'interconnexion sensiblement supérieurs aux coûts. Premièrement, cela dissuade les autres opérateurs d'entrer sur le marché et freine l'ouverture à la concurrence. Deuxièmement, ce sont les clients des concurrents qui paieront finalement ces prix excessifs. Troisièmement, ces prix excessifs peuvent fournir une source de recettes que l'entreprise dominante peut utiliser pour financer des pertes dues, par exemple, à des mesures de fixation des prix agressives dans le but de faire sortir les concurrents d'un marché. »* (Point 358)

En ce qui concerne plus spécifiquement les principes d'interconnexion communément admis, la Banque mondiale rappelle que lorsque les marchés de télécommunications sont ouverts à la concurrence :

- *« Les modalités d'interconnexion ne doivent pas établir de discrimination abusive entre les opérateurs ou entre la propre exploitation d'une entreprise dominante et celle de concurrents qui assurent l'interconnexion ;*
- *Les taxes d'interconnexion devront d'une manière générale être fondées sur les coûts ;*
- *Le fait qu'un opérateur historique ne maîtrise pas ses coûts ne devrait pas avoir de répercussions sur le montant de la redevance demandée aux opérateurs qui assurent l'interconnexion ;*
- *Les modalités et les procédures types devraient être publiées pour l'interconnexion avec les opérateurs dominants ;*
- *Les redevances liées aux obligations de service universel devraient être identifiées séparément et être dissociées des taxes d'interconnexion ;*

- *Un régulateur indépendant (ou un tiers) devrait résoudre rapidement et équitablement les différends relatifs à l'interconnexion* » (point 359).

Les ventes liées :

Dans la décision n° [2020-MC-01](#), l'Autorité a rappelé la jurisprudence européenne et française pour qualifier des pratiques de ventes liées d'abus de position dominante.

L'Autorité rappelle que, dans un arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft Corp. c/ Commission, affaire T -201/04, le Tribunal de l'Union européenne a considéré qu'une vente liée peut constituer un abus de position dominante sous quatre conditions cumulatives : « *premièrement, le produit liant et le produit lié sont deux produits distincts ; deuxièmement, l'entreprise concernée détient une position dominante sur le marché du produit liant ; troisièmement, ladite entreprise ne donne pas aux consommateurs le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié ; quatrièmement, la pratique en cause restreint la concurrence* » (point 362).

De même, l'Autorité métropolitaine de la concurrence a rappelé, dans sa décision n° 15-D-16 du 27 novembre 2015, que :

- L'entreprise concernée doit être en monopole sur le marché du produit liant ;
- Le produit liant et le produit lié doivent être deux produits distincts ;
- L'entreprise concernée ne permet pas au client d'obtenir le produit liant sans le produit lié (point 363).

L'Autorité relève également qu'en cas de ventes liées, le caractère abusif d'une tarification peut s'apprécier en fonction des volumes achetés, en déterminant si les rabais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre à son égard, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (point 381).

Enfin, l'Autorité a aussi fait sienne la jurisprudence selon laquelle il n'est pas nécessaire que le client soit juridiquement contraint ou ait pris expressément l'engagement de s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise dominante. Il suffit que l'objet ou l'effet des incitations offertes soit de lier les clients au producteur dominant » (point 382).

Les pratiques de prix prédateurs et de subventions croisées :

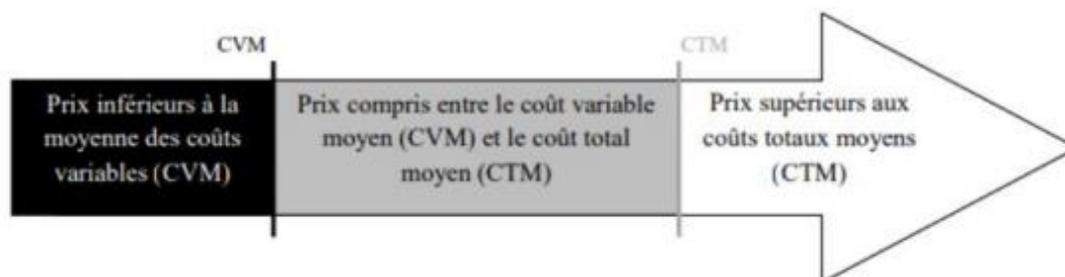
Dans la décision n° [2020-PAC-04](#), l'Autorité a rappelé qu'« *est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre qu'elle présente sur un marché concurrentiel situé en amont ou en aval, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle. Cette pratique de subvention croisée a déjà été sanctionnée au regard de la jurisprudence* » (point 139).

Cependant, la saisine de la SECH sur ce point a été rejetée pour défaut d'éléments suffisamment probants, la plaignante n'ayant pas été capable de démontrer la position dominante de la SECAL sur aucun marché et les pièces du dossier ayant permis de constater que les conditions d'acquisition du terrain ne dérogeaient pas aux conditions normales de

marché et que les aides publiques accordées à son concurrent n'étaient ni illégales ni excessives par rapport à celles accordées à la SECH pour la construction de son multiplex.

Dans la décision n° [2020-MC-01](#), l'Autorité a rappelé les critères déjà mentionnés dans sa décision n° 2019-PAC-02 du 2 octobre 2019 pour démontrer des pratiques d'éviction par les prix de la part d'une entreprise en position dominante qui peuvent être résumés par le schéma suivant (points 390-393).

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



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

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).

S'agissant de l'appréciation des prix pratiqués dans la « zone noire », l'Autorité rappelle que, selon une jurisprudence constante, si « *la vente au-dessous des coûts variables suffit à caractériser une stratégie prédatrice, ce critère ne peut être appliqué lorsqu'un prix n'est inférieur au coût variable moyen que de façon épisodique* ».

Concernant l'appréciation de la « zone grise », l'Autorité rappelle également que « *dans la mesure où l'entreprise couvre a minima ses coûts évitables moyens, il est nécessaire de prouver son intention d'éliminer toute concurrence pour caractériser une pratique de prédation, la charge de la preuve incombant au cas d'espèce au plaignant et/ou à l'Autorité de la concurrence* », étant précisé que, comme l'a rappelé la Cour de cassation, il n'appartient pas à l'Autorité de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (Cass. Com, 19 janvier 2016, pourvois n° 14-21670 et 14-21671).

S'agissant plus spécifiquement de l'appréciation de pratiques de subventions croisées, l'Autorité a rappelé, dans la même décision, les grands principes dégagés par la jurisprudence française ayant également vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie, de la manière suivante :

« *Dans plusieurs décisions, le Conseil de la concurrence a considéré que 'le subventionnement croisé d'activités peut être sanctionné lorsqu'il est mis en œuvre par une entreprise dominante pour supporter une politique de prix bas sur le marché concurrentiel qui peut éventuellement*

être qualifiée soit de pratique de prédation, soit de pratique tarifaire ayant un effet d'éviction anticoncurrentiel'.

Dans sa décision du 6 octobre 2005, le Conseil de la concurrence a considéré que : 'la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée dans le cadre d'un monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel est susceptible d'être qualifiée au regard des règles de concurrence si deux conditions cumulatives sont réunies: il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de subvention, c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts, il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté ait été utilisé pour présenter des offres anormales (prix prédateur ou perturbation durable du marché)'.

De plus, la cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 28 juillet 2016, que, dans le cas d'une entreprise ou d'un organisme ayant à la fois des activités de service public et des activités marchandes, 'la preuve' d'une pratique tarifaire visant à fixer, soit des prix 'dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un ou des concurrents(s)', soit à fixer des prix 'susceptibles de provoquer des effets, potentiels ou réels, d'éviction', peut notamment être rapportée 'par l'établissement de l'existence d'un subventionnement croisé, en ce que celui-ci atteste que l'entreprise en position dominante est en mesure de conserver sur une longue période des prix inférieurs à ses coûts à long terme et par conséquent d'exclure ses concurrents (prédations ou effet d'éviction)' » (points 403 à 405).

E. Les différents types de décisions au fond

En matière de pratique anticoncurrentielle, l'Autorité est susceptible de rendre plusieurs types de décisions au fond : irrecevabilité, rejet pour défaut d'éléments probants, non-lieu, sanction pécuniaires, injonctions, acceptations d'engagements.

1. Les décisions de rejet et d'irrecevabilité

Deux des six décisions rendues en 2020 en matière de pratiques anticoncurrentielles (n° [2020-PAC-01](#) et n° [2020-PAC-05](#)) sont des décisions d'irrecevabilité car les pratiques alléguées n'entraient pas dans le champ de compétence de l'Autorité .

La décision n° [2020-PAC-04](#) est une décision qui conclut pour partie à l'irrecevabilité de la saisine et pour partie au rejet pour défaut d'éléments suffisamment probants (voir *supra*).

2. Les décisions de sanction pécuniaire

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 en cas de pratique anticoncurrentielle peut atteindre 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe.

En 2020, l'Autorité a sanctionné pécuniairement une entreprise dans le cadre de la décision n° [2020-PAC-03](#) précitée, rendue à la suite d'une procédure de non-contestation des griefs, pour avoir mis en œuvre un accord exclusif d'importation dans le secteur des glaces industrielles.

Dans cette affaire, la société Serdis avait demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs qui permet de diminuer de moitié le montant maximal de la sanction encourue, qui ne peut dès lors excéder 2,5 % du chiffre d'affaires mondial, 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 simplifiée²⁹, comme tel est le cas en l'espèce, la sanction encourue dans la limite du plafond précité, ne peut excéder 89,5 millions F.CFP.

Pour déterminer le montant réel de la sanction pécuniaire, dans la limite des plafonds susmentionnés, l'Autorité se fonde sur trois critères : la gravité des pratiques, le dommage à l'économie et la situation individuelle de l'entreprise.

La gravité des pratiques :

S'agissant des pratiques d'exclusivité d'importation, l'Autorité considère, à l'instar de la jurisprudence métropolitaine relative à de telles pratiques dans les départements et régions d'outre-mer, 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 119).

Bien que cette pratique ne **revête pas le même degré de gravité que les ententes et abus de position dominante**, l'Autorité estime que **la gravité d'une telle pratique dépend de sa durée et de ses effets sur le marché considéré, en particulier à l'égard des consommateurs.**

Dans sa décision n° [2020-PAC-03](#) relative à des pratiques mises en œuvre par la société Serdis SAS dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité souligne en effet que « *la gravité de la pratique est renforcée par le fait qu'elle intervient sur le marché des glaces industrielles sur lequel la concurrence est déjà atténuée par des mesures de régulation de marché limitant les capacités d'importation, et donc la concurrence intermarques* » (Point 121).

La gravité de la pratique est encore renforcée par le fait qu'elle « *intervient dans le secteur des produits de grande consommation et vise spécifiquement une marque de glaces de premier prix répondant prioritairement aux besoins des consommateurs calédoniens les plus modestes disposant d'un pouvoir d'achat restreint et des collectivités publiques qui dans le cadre de la restauration collective sont soucieuses d'acquérir leurs produits au meilleur prix* » (Point 122).

En l'espèce, l'instruction a permis d'établir que la pratique avait duré 6 ans et s'est maintenue alors même que l'Autorité avait largement communiqué sur la prohibition des pratiques d'accord exclusif d'importation auprès des entreprises calédoniennes depuis 2018.

²⁹ 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.* »

Le dommage à l'économie :

Dans sa décision n° [2020-PAC-03](#) précitée, l'Autorité rappelle tout d'abord les principes généraux relatifs à l'application de ce critère. Elle souligne ainsi que, sans avoir à établir une « *évaluation précise de ce dommage* », il lui appartient d'évaluer son « *importance* », conformément aux termes de l'article Lp. 464-2 du code de commerce. Cela 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 126).

Pour évaluer l'ampleur de l'infraction et par conséquent son impact sur l'économie l'Autorité tient compte de la couverture géographique, la part de marché cumulée des parties dans le secteur concerné, la durée de la pratique, ses conséquences conjoncturelles ou structurelles et des 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 qu'elles ont conduit à placer la société Serdis en situation de monopole pour la distribution de la marque faisant l'objet de l'accord d'exportation exclusive. Cette pratique a donc nécessairement eu pour effet de **supprimer la concurrence intramarque au détriment de la demande locale.**

Néanmoins, **au titre des circonstances atténuantes**, l'Autorité note que les glaces de marque Ysco ne constituent qu'une **faible part de marché** des glaces industrielles distribuées en Nouvelle-Calédonie. Elle constate également que la société Serdis dispose d'une faible part de marché sur le marché de la distribution des glaces industrielles relativement à celle de la société Etablissements Bargibant sur le même marché.

L'Autorité conclut, en l'espèce, que « *le dommage économique est avéré et demeure contenu* ».

La situation individuelle de l'entreprise :

Le niveau de la sanction infligée doit être proportionnée à la gravité de la pratique et au dommage à l'économie mais doit également tenir compte de la situation individuelle de l'entreprise. **La sanction pécuniaire prononcée par l'Autorité ne doit pas mettre l'entreprise mise en cause en difficulté financière mais doit être suffisamment dissuasive pour inciter l'entreprise concernée à respecter la loi à l'avenir.**

Dans sa décision n° [2020-PAC-03](#) précitée, l'Autorité a constaté que la société Serdis est l'un des principaux grossistes-importateurs en Nouvelle-Calédonie et qu'elle appartient à un groupe de sociétés de dimension internationale. Elle bénéficie d'une **situation financière saine et confortable.**

L'Autorité a également tenu compte du **comportement de la société mise en cause.** Outre le fait que la société Serdis était à l'origine de la pratique d'exclusivité d'importation et de son maintien, l'Autorité a constaté que son représentant, auditionné par le service d'instruction, était l'auteur de cette pratique et l'a pourtant réfutée tout au long de la procédure. L'Autorité a donc relevé cet élément en tant que circonstance aggravante pour fixer le montant de la sanction.

Cette affaire illustre donc le fait **que le mensonge est de nature à aggraver le montant de la sanction susceptible d'être infligée par l'Autorité.** A l'inverse, **la transparence et la coopération immédiate de l'entreprise peuvent lui permettre d'échapper à toute sanction**

pécuniaire lorsqu'elle prend l'initiative de mettre fin aux préoccupations de concurrence soulevées dans le cadre de l'instruction, comme le démontre par exemple la décision n° [2020-PAC-02](#), relative à l'acceptation des engagements proposés par la société Ysco pour mettre fin à la pratique d'exclusivité d'importation dont bénéficiait la société Serdis.

Le calcul du montant des sanctions :

Dans sa décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs, pour calculer le montant de base des sanctions pécuniaire, l'Autorité avait pris en compte la valeur des ventes de l'ensemble des catégories de produits ou services en relation avec l'infraction constatée en Nouvelle-Calédonie

Cependant, dans la décision n° [2020-PAC-03](#) relative à des pratiques d'exclusivité d'importation de la société Serdis, l'Autorité a décidé de ne pas retenir cette méthode de calcul car elle ne permettait pas de prononcer une sanction suffisamment dissuasive et proportionnée à la gravité des faits. En l'espèce, elle aurait en effet conduit à limiter le montant maximum de la sanction à « *moins de 0,01 % (du) chiffre d'affaires global réalisé en Nouvelle-Calédonie* » par l'entreprise mise en cause (point 136).

Or, la Cour d'appel de Paris a récemment confirmé que : « *l'Autorité peut s'écarter de cette méthode dans les cas particuliers où la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part. En l'absence de dispositions légales [...] sur la méthode comptable à appliquer au chiffre d'affaires de référence pour déterminer l'assiette de la sanction, l'Autorité était libre d'adopter la méthode qui lui semblait la plus appropriée pour répondre aux principes d'individualisation et de proportionnalité de la sanction (...)* »³⁰.

Ainsi, l'Autorité a-t-elle toute liberté pour déterminer, dans la limite des plafonds maximum légaux, le montant réel de la sanction pour qu'elle soit à la fois dissuasive et proportionnée à la gravité de la pratique, au dommage à l'économie et qu'elle tient compte de la situation individuelle de l'entreprise.

3. Les décisions d'engagements

L'article Lp. 464-2 (I) du code de commerce dispose notamment que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut (...) accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles Lp. 421-1, Lp. 421-2 et Lp. 421-2-1.* ».

Comme l'indique le point 6 du **communiqué de procédure n° [2019-02 du 21 mai 2019](#) relatif à la procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie**, la procédure d'engagements a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie volontairement, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant.

³⁰ Cour d'appel, Paris, 18 Juin 2020 – n° 19/088267.

Le point 9 de ce communiqué souligne que, dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public, l'Autorité peut rendre des décisions d'engagements, non pour satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence ».

Le point 10 souligne par ailleurs que la procédure d'engagements s'applique à des situations « *qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles et auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements* ».

En principe, la décision de l'Autorité acceptant des engagements et les rendant obligatoires (ci-après, la « décision d'engagements ») intervient à l'issue d'une procédure plus rapide et plus flexible que celle conduisant à un constat d'infraction.

En 2020, l'Autorité a prononcé une seule décision d'engagements au bénéfice de la société Ysco, initialement poursuivie dans la même affaire que la société Serdis, pour des pratiques d'exclusivité d'importation.

Sur le plan procédural, à la différence de la société Serdis, la société Ysco a immédiatement fait savoir au service d'instruction qu'elle tenait à se mettre en conformité avec la loi calédonienne reconnaissant les préoccupations de concurrence liées à l'exclusivité de fait accordée à la société Serdis. En outre, la société Ysco a transmis au service d'instruction tous les éléments de preuve permettant de confirmer l'existence d'une pratique concertée avec la société Serdis visant à lui accorder des droits exclusifs d'importation sur les produits de marque « Ysco », sans lesquels l'Autorité n'aurait pu exiger de mettre fin à cette pratique, les sociétés Serdis et Ysco n'étant liées par aucun contrat d'exclusivité formel et la société plaignante ayant été livrée en 2016 et 2018 par la société Ysco pour les produits de sa marque (points 111-112).

Le comportement de la société Ysco a donc conduit le service d'instruction à disjoindre la saisine dirigée par la société plaignante contre Ysco et Serdis et l'Autorité à statuer sur ces deux dossiers de façon très différente. Dans la décision n° [2020-PAC-02](#), le service d'instruction a accepté la mise en œuvre d'une procédure d'engagements proposée par la société Ysco et l'Autorité a finalement accepté ce choix ainsi que les engagements proposés.

Cette décision fût d'abord l'occasion pour l'Autorité de préciser que, dans le cadre de la mise en œuvre d'une procédure d'engagements, **il appartient à l'entreprise de mettre fin au plus vite aux préoccupations de concurrence soulevées par le service d'instruction sans attendre la décision de l'Autorité**. Elle a ainsi considéré que : « *le caractère "actuel" des pratiques susceptibles d'entrer dans le champ de la procédure d'engagements est apprécié au moment où l'entreprise demande au service d'instruction à pouvoir bénéficier de la procédure d'engagements* ». L'Autorité en a conclu que « *contrairement à l'interprétation littérale de la société Ysco, le point 10 du communiqué de procédure n° 2019-02 n'empêche aucunement une entreprise ayant demandé à bénéficier de la procédure d'engagements de mettre fin aux pratiques dénoncées dans les meilleurs délais afin de rétablir au plus vite le jeu de la concurrence, sans attendre l'issue de la procédure devant l'Autorité* » (point 115).

L'Autorité a également rappelé qu'elle n'est pas compétente pour accorder des dommages et intérêts du fait du préjudice subi par l'entreprise concurrente victime des préoccupations de concurrence soulevées dans le cadre de la procédure d'engagements, tout en ajoutant qu'il est toujours possible pour cette entreprise de saisir le tribunal mixte de commerce dans le cadre d'une action en responsabilité civile (point 109).

L'Autorité rappelle en effet que : « **les juridictions de droit commun ont déjà pris en compte des décisions d'engagements dans le cadre d'actions en responsabilité civile en métropole.** Ainsi, en 2014, la cour d'appel de Paris a admis la recevabilité du recours en dommages et intérêts formé par la société DKT pour des pratiques ayant conduit à l'adoption d'une décision avec engagements par l'Autorité de la concurrence métropolitaine et a précisé que "la procédure d'engagements n'est pas en soi de nature à priver la société de son intérêt à agir". De même, en 2017, le Tribunal de grande instance Paris a reconnu la responsabilité d'une entreprise à raison de pratiques anticoncurrentielles soulevées dans le cadre d'une décision d'engagements, jugement confirmé par la cour d'appel de Paris qui a considéré que, si une décision d'acceptation d'engagements constitue, dans la plupart des cas, un simple commencement de preuve, il ne peut être exclu "qu'elle y trouve des éléments suffisants en soi à fonder la responsabilité de l'opérateur"(point 108).

Sur le fond, l'Autorité a accepté les engagements de la société Ysco. Dans un premier temps, la société Ysco a proposé la mise en conformité de ses contrats actuels et futurs, sous le contrôle de l'Autorité. Elle s'est également engagée à informer les distributeurs et les importateurs établis en Nouvelle-Calédonie du fait que « *Conformément aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, la société YSCO SA n'accorde aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie ni aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle* ». La société Ysco s'engageait également à publier un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* et à informer par courrier le syndicat des importateurs de la Nouvelle-Calédonie sur le sens de la décision de l'Autorité. Dans un deuxième temps, à la suite du test de marché portant sur les engagements proposés par la société Ysco et de la séance devant l'Autorité, la société Ysco a modifié ses engagements pour prendre en compte les remarques de l'Autorité, les préciser et en renforcer les termes.

La décision n° [2020-PAC-02](#) témoigne essentiellement de l'importance pour une entreprise de coopérer avec l'Autorité de manière la plus transparente possible et, pouvoir le cas échéant, échapper au risque de sanction pécuniaire à travers la procédure d'engagements.

Les décisions contentieuses en matière de pratiques commerciales restrictives

En 2020, en matière de pratiques commerciales restrictives, l'Autorité a adoptée cinq décisions de sanction ayant pour objet le non-respect des délais de paiement entre professionnels. L'une d'elles concernait également un défaut de transparence commerciale.

A. Compétence de l'Autorité

Le contrôle de l'Autorité en matière de pratiques restrictives de concurrence s'exerce sur l'ensemble des pratiques prohibées par le titre IV « De la transparence et des pratiques restrictives de concurrence » du livre IV « De la liberté des prix et de la concurrence » du code de commerce.

L'article Lp. 444-2 précise cependant que l'action de l'Autorité pour la sanction des manquements mentionnés au titre IV se prescrit par trois années révolues à compter du jour où le manquement a été commis, s'il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement.

Le titre IV concerne :

- Les pratiques portant atteinte à la transparence des relations commerciales (remises accordées sans contrepartie, délivrance de facture non-conforme, non-respect des obligations relatives aux conditions générales de vente ou d'achat ...) ;
- Les pratiques restrictives de concurrence (refus de vente injustifié, revente à perte...);
- Les règles relatives aux délais de paiement entre professionnels.

1. Sur les délais de paiement

En matière de délais de paiement, l'article Lp. 443-1 du code de commerce dispose tout d'abord que le délai de paiement correspond au délai compris entre la date de la remise de la marchandise à l'acheteur et la date d'échéance des délais fixés par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

L'article Lp. 443-2 vient préciser ces premières dispositions en fixant le délai de règlement des sommes dues au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, sauf exceptions prévues par arrêtés du gouvernement.

Dans le cadre de la décision n° [2020-PCR-01](#) du 11 mai 2020, l'Autorité a constaté que la société Vale-NC avait adopté des conditions générales d'achat (CGA) prévoyant un délai de paiement à 45 jours à partir de la date effective de réception de la facture par son service comptabilité. La décision n° [2020-PCR-03](#) a par la suite concerné la société Koniambo Nickel SAS (KNS) pour des CGA affichant un délai de règlement à « 30 jours fin de mois à compter de la date de réception de la facture conforme ». Puis, au travers de la décision n° [2020-PCR-04](#), l'Autorité a montré que les CGA de la Société Le Nickel (SLN) imposaient une durée de paiement ayant varié de « 30 jours calendaires, le 15 du mois suivant » à « 30 jours calendaires fin de mois », ce délai commençant à courir « à compter de l'approbation de la facture par le client ». L'Autorité a donc pu établir que ces trois entreprises étaient en situation d'infraction vis-à-vis de la réglementation en vigueur.

Si Vale NC justifie ses agissements par les **difficultés financières** auxquelles elle fait face et que KNS et la SLN évoquent l'existence de **contraintes de vérification comptable** les empêchant de régler leurs fournisseurs dans les délais légaux, **l'Autorité rappelle toutefois que ces situations ne peuvent constituer un motif d'exonération de la réglementation en matière de délais de paiement.**

L'Autorité a également été amenée à contrôler les pratiques de la société Dumez-GTM dans le cadre de la décision n° [2020-PCR-02](#) du 31 août 2020. Il a ainsi été constaté que la société Dumez-GTM imposait à ses fournisseurs, depuis plus de cinq ans, des CGA prévoyant des délais de paiement à « *60 jours fin de mois à partir de la date d'émission de la facture* ».

A titre de justification, la société Dumez-GTM a indiqué subir d'importants **retards de paiement de la part des acheteurs publics** qui constituent sa principale clientèle, limitant ainsi sa capacité à payer ses propres fournisseurs dans le délai imparti par la loi. A cet égard, l'Autorité souligne qu'**elle n'est pas compétente pour appréhender les délais de paiement des acteurs publics.** La société Dumez-GTM a également fait valoir qu'une partie de ses fournisseurs se situait hors du territoire calédonien pour atténuer l'impact du non-respect des délais de paiement sur l'économie calédonienne. L'Autorité a toutefois rappelé qu'à partir du moment où la prestation de services est réalisée sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, la loi calédonienne s'applique, **y compris à l'égard des fournisseurs établis en dehors du territoire comme à l'égard des filiales du même groupe** (point 53). Enfin, elle a considéré que **“les règles relatives aux délais de paiement peuvent (...) être considérées comme des “lois de police”** auxquelles il ne peut être dérogé même par la voie contractuelle (point 53).

Il faut souligner que **la position de l'Autorité concernant le caractère impératif des dispositions du Livre IV du code de commerce s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de cassation** qui a qualifié les pratiques anticoncurrentielles et/ou restrictives de concurrence « *de lois de police dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociales ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application* »³¹.

Par ailleurs, la société Dumez a fait valoir que seules ses CGA ayant été contrôlées, il n'était pas possible pour l'Autorité, en l'absence de contrôle *in concreto*, de vérifier si les délais de paiement pratiqués excédaient bien les délais légaux. L'Autorité a néanmoins écarté l'argument car le **calcul du délai de rotation du poste fournisseurs** (selon la méthode de l'INSEE retenue par la Banque de France) à partir des bilans de la société Dumez-GTM faisait état d'un délai moyen de paiement de 82 jours sur la période 2017-2019 (point 55). En outre, au cours de la séance, **la société a immédiatement admis pratiquer des délais de paiement supérieur au délai légal maximal.**

Dans la décision n° [2020-PCR-05](#) du 18 décembre 2020, l'Autorité a également **sanctionné un fournisseur** en situation d'infraction avec la réglementation relative aux délais de paiement, dans le cadre d'un **contrôle in concreto**. En effet, le contrôle des factures émises par la Société de Services pétroliers (SSP) à l'égard de la société Mining Nickel Company (MNC) faisait état de délais de paiement variant de 28 à 58 jours. Ces échéances démontrent la mise en œuvre d'un délai de paiement à 30 jours « fin de mois » à compter de la livraison de la marchandise, reflétant les termes du contrat signé avec la société NMC. Le service

³¹ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 8 juillet 2020, 17-31.536.

d'instruction a estimé dans un procès-verbal d'infraction que cette situation était **susceptible de procurer à la SSP un avantage concurrentiel indu**.

La SSP a soutenu que les délais qu'elle pratique lui sont imposés par ses clients et qu'elle dispose d'une faible marge de négociation. Dans ces circonstances, l'Autorité a considéré que **l'infraction constatée en matière de délais de paiement, née de la relation contractuelle entre les deux entreprises, était partagée à la fois par le client et par le fournisseur-créancier**. La SSP s'est donc vue infliger une sanction pécuniaire modérée d'un montant de 2,5 millions de francs CFP sur le fondement de l'article Lp. 443-3 du code de commerce.

Dans l'ensemble des décisions rendues en matière de délais de paiement, l'Autorité a pris soin de rappeler **l'importance du respect des dispositions concernées, garantes d'un fonctionnement économique sain et vertueux**, l'infraction à l'article Lp. 443-2 du code de commerce constituant automatiquement une atteinte grave à l'ordre public économique.

A deux reprises, elle a indiqué à l'entreprise contrevenante que **les CGA du client demeuraient subsidiaires et ne pouvaient pas se substituer aux conditions générales de vente (CGV) du fournisseur**, conformément aux termes de l'article Lp. 441-6. Une telle pratique est en effet susceptible de caractériser un déséquilibre significatif au sens de l'article Lp. 442-6 du code de commerce. Néanmoins, compte tenu de la modification immédiate des CGA litigieuses par les entreprises concernées, l'Autorité n'a pas engagé de poursuite sur ce fondement.

Enfin, l'Autorité a souligné à chaque occasion **le devoir d'exemplarité des entreprises sanctionnées qui sont toutes des grandes entreprises calédoniennes** et dont l'impact sur le tissu économique calédonien est important.

2. Sur la transparence des relations commerciales

La transparence des relations commerciales est régie par le Chapitre I^{er} du Titre IV du Livre IV du code de commerce. En 2020, l'Autorité a eu l'occasion de vérifier la conformité des pratiques avec les articles relatifs aux règles de facturation et aux conditions générales de vente des entreprises.

Selon l'article Lp. 441-3 du code de commerce :

« La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire pendant une durée d'un an à compter du jour de la transaction nonobstant les obligations légales et comptables de conservation des documents commerciaux.

La facture numérotée doit mentionner les éléments suivants :

- *Le nom des parties ainsi que leur adresse ;*
- *La date de la vente ou de la prestation de service ;*
- *La quantité ;*
- *La dénomination précise du bien ou de la prestation de service ;*
- *Le prix unitaire des produits et marchandises vendus ;*
- *Le prix unitaire hors taxe ainsi que le taux et le montant de la taxe correspondante pour les prestations de service soumises, le cas échéant, à une taxation ;*
- *Toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de service, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ;*

- *Le prix de vente détail maximum licite lorsqu'il résulte des dispositions d'une réglementation des prix particulière en vigueur ;*
- *La somme nette totale à payer.*

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé. »

Quant au IV de l'article Lp. 441-6, relatif aux conditions générales de vente, il prévoit que :

« IV. Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date.

Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Elles sont d'un montant au moins équivalent à celui qui résulterait de l'application d'un taux égal à trois fois le taux de l'intérêt légal en cours. » (Soulignement ajouté).

Dans la décision n°[2020-PCR-05](#) susmentionnée, **l'Autorité a constaté que les factures émises par la SSP à l'égard de la société NMC n'étaient pas conformes aux exigences légales en matière de transparence. En effet, elles ne comportaient ni le taux de pénalité en cas de retard de paiement par le client, ni les conditions d'escompte en cas de paiement anticipé.** Ces manquements ont été constatés sur 100 % de l'échantillon des factures réceptionnées. De plus, les conditions générales de vente de la SSP, de même que le contrat avec la société NMC, mentionnaient **un taux de pénalité en cas de retard de paiement égal à "une fois et demie le taux d'intérêt légal"**.

Pour expliquer la cause de ces infractions, la SSP a d'une part plaidé son ignorance de la loi calédonienne en vigueur et d'autre part fait valoir que les mentions manquantes étaient prévues au contrat qui la lie avec la société NMC.

L'Autorité a écarté ces deux arguments. Elle a considéré que **la méconnaissance par un opérateur d'une réglementation qui lui est applicable est constitutif d'une faute** et ne peut servir de justification, ceci d'autant moins que la SSP est une grande entreprise qui dispose de ressources en termes d'expertise juridique (point 64). L'Autorité relève encore que les **dispositions du code de commerce sont sans ambiguïté** quant aux mentions devant obligatoirement apparaître sur les factures de même que sur le taux des pénalités de retard applicables. Elle s'accorde enfin avec la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris selon laquelle : *« les mentions exigées par l'article L. 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent »*³².

B. Procédure devant l'Autorité

Etant l'une des rares autorités indépendantes au monde à traiter des pratiques commerciales restrictives, le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie prévoit une procédure spécifique devant l'Autorité garantissant un délai de traitement raisonnable dans le respect du débat contradictoire.

³² Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2017, n°14/15714

1. Le procès-verbal d'infraction

Suivant l'article Lp. 444-1, **les agents assermentés de l'Autorité sont compétents pour constater une quelconque violation au Titre IV du Livre IV du code de commerce**. Les articles Lp. 450-1 et Lp. 450-2 du code de commerce précisent que les agents assermentés sont fondés à établir, après constatation, des procès-verbaux d'infraction, transmis au rapporteur général de l'Autorité ainsi qu'aux personnes intéressées.

Dans le cadre du débat contradictoire préalable à la décision n°[2020-PCR-02](#), la société Dumez-GTM concluait dans ses observations écrites à l'insuffisance du procès-verbal de l'Autorité pour caractériser une quelconque infraction aux dispositions relatives aux délais de paiement. La société mise en cause avançait notamment le fait que le procès-verbal, en s'appuyant exclusivement sur des CGA et un modèle de lettre de commande, ne pouvait aucunement préjuger du délai réellement pratiqué par l'entreprise.

L'Autorité a ainsi eu l'occasion de rappeler que **le procès-verbal dressé par l'agent assermenté « fait foi jusqu'à preuve du contraire »**³³ ; l'infraction y étant mentionnée est donc effectivement constituée tant qu'une preuve contraire n'est pas apportée. En l'espèce, la société n'ayant apporté aucun élément matériel de nature à démontrer que les faits reprochés dans le procès-verbal n'étaient pas avérés, celui-ci a fait foi de l'infraction constatée.

En conséquence, **lorsqu'une entreprise est mise en cause par le procès-verbal d'un agent assermenté de l'Autorité en matière de PCR, la responsabilité d'apporter, le cas échéant, la preuve contraire, lui revient exclusivement**. Cette preuve est apportée dans le cadre du débat contradictoire par tout moyen.

2. Le débat contradictoire

Conformément à l'article Lp. 444-1, le rapporteur général de l'Autorité communique le procès-verbal d'infraction et informe par écrit les parties mises en cause des sanctions encourues. Il mentionne également leur droit à prendre connaissance des pièces du dossier et de se faire assister par le conseil de leur choix. Il invite également les parties à présenter, dans un délai d'un mois, leurs observations écrites et éventuellement orales. Cette notification est un point essentiel de la procédure puisqu'elle permet le respect des droits des personnes mises en cause, comme l'exige le principe du contradictoire.

A l'occasion de cette étape de la procédure, les sociétés Vale, KNS et SLN ont souhaité bénéficier d'une audition avec le service d'instruction pour présenter leurs observations orales ; elles ont également présenté des observations écrites, avant ou après leur audition par le service d'instruction. Les sociétés Dumez-GTM et SSP ont exclusivement transmis des observations écrites à l'Autorité.

Le service juridique de l'Autorité est par la suite chargé de répondre aux observations des parties et de présenter les éléments du débat contradictoire en séance afin d'éclairer la formation de jugement de l'Autorité, qui pourra, si elle les estime pertinents, retenir les arguments des parties et / ou du service juridique pour déterminer le montant des

³³ Tiré de l'article L450-2 du code de commerce de l'Etat, cité par l'article Lp.450-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

éventuelles sanctions. Les parties sont également invitées à répondre à la présentation du service juridique et aux questions éventuelles des membres du collège en séance.

L'Autorité rend sa décision dans les conditions prévues à l'article Lp. 461-3 du code de commerce qui prévoit que :

« L'autorité de la concurrence siège en formation de trois membres minimum, composée du président ou en son absence du vice-président, et de deux membres non permanents désignés pour chaque séance conformément au règlement intérieur de l'autorité de la concurrence. La formation de l'autorité de la concurrence délibère à la majorité de ses membres. En cas de partage égal de voix, la voix du président de la formation est prépondérante. »

Toutefois, le V de l'article Lp. 444-2 précise que *« Le président, ou le vice-président de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, peut adopter seul la décision lorsque le rapporteur général propose un non-lieu ou lorsque le montant de l'amende n'excède pas 5 000 000 F.CFP pour les personnes morales et 1 000 000 F.CFP pour les personnes physiques ».*

En 2020, trois décisions ont été rendues par le président ou le vice-président seul et deux décisions ont été rendues de façon collégiale.

C. Types de sanctions

En matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, plusieurs types de sanctions sont susceptibles d'être infligées par l'Autorité.

1. Sanctions pécuniaires

Les sanctions pécuniaires en matière de pratiques restrictives de concurrence varient en fonction de la nature de la pratique constatée. En cas de non-respect des délais de paiement, ce montant est fixé à l'article Lp. 443-3 :

« Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 1 000 000 F CFP pour une personne physique et 5 000 000 F CFP pour une personne morale le fait de ne pas respecter les délais de paiement fixés en application des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2.

Le montant de l'amende administrative encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. »

Les manquements aux règles de facturation entre professionnels sont sanctionnés comme prévu à l'article Lp. 441-4 du code de commerce, d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 8,5 millions F. CFP pour une personne physique et 45 millions F.CFP pour une personne morale.

Le montant des sanctions est toujours évalué par l'Autorité dans le respect du principe de proportionnalité et en tant compte des circonstances propres à chaque espèce. De façon classique, l'Autorité apprécie donc la gravité de la pratique, l'éventuel dommage causé à l'économie et la situation individuelle de l'entreprise. Elle tient également compte de sa coopération au cours de la procédure.

© Sur la gravité de la pratique :

Dans toutes les décisions relatives à des infractions en matière de délais de paiement, l'Autorité a souligné que l'infraction commise par les entreprises mises en cause était nécessairement une pratique grave, car elle fragilise la situation financière des fournisseurs et contient en elle-même un risque de contagion à d'autres opérateurs économiques.

Il y a lieu de relever que, si l'Autorité a considéré que **l'absence de volonté de nuire ou l'ignorance des dispositions légales alléguées par les entreprises incriminées ne pouvaient constituer un motif d'exonération de la sanction**, la volonté de **bénéficier d'un avantage de trésorerie au détriment du fournisseur-créancier constitue un facteur aggravant**.

En 2020, ce facteur aggravant n'a été retenu à l'encontre d'aucune des cinq entreprises mises en cause. De fait, les entreprises ont toutes fait valoir qu'elles n'avaient jamais eu pour objectif de faire courir un quelconque risque à leurs partenaires commerciaux. En revanche, l'Autorité a tenu compte, pour évaluer le montant des sanctions, du fait que ces entreprises étaient toutes de **grandes entreprises calédoniennes, soumises à un devoir d'exemplarité**.

© Sur le dommage à l'économie :

Le dommage à l'économie s'apprécie au regard de la **durée et de l'envergure de la pratique**.

Dans les décisions n° [2020-PCR-01](#), [2020-PCR-02](#), [2020-PCR-03](#) et [2020-PCR-04](#), l'Autorité a constaté que les CGA litigieuses avaient été mises en œuvre de manière quasi-systématique par les sociétés Vale, Dumez-GTM, KNS et SLN à l'égard de leurs fournisseurs. De plus, l'Autorité a considéré que, étant donné la taille de ces entreprises et le nombre important de fournisseurs concernés, les pratiques reprochées ont nécessairement causé un préjudice important à l'économie calédonienne.

Concernant la durée des pratiques, seule la société Dumez-GTM se distingue par une durée particulièrement longue (plus de cinq ans) et un délai de paiement deux fois plus important que le délai maximum autorisé par la loi. Ces circonstances spécifiques ont donc conduit l'Autorité à déterminer à son encontre une sanction pécuniaire plus élevée que pour les autres cas d'espèce.

A contrario, le dommage à l'économie a été jugé moindre dans la décision n° [2020-PCR-05](#) relativement au non-respect des délais de paiement par la SSP, dans la mesure où le contrôle *in concreto* se limitait à sa relation bilatérale avec la société NMC et où le délai de 30 jours fin de mois avait été négocié par les deux parties, conduisant à l'Autorité à réduire le montant de la sanction maximale encourue de moitié.

© Sur la situation individuelle de l'entreprise et sa coopération :

Le montant de la sanction infligée prend également en considération la situation individuelle de l'entreprise. Il ne doit pas mettre l'entreprise mise en cause en difficulté mais il doit également être suffisamment dissuasif pour conduire l'entreprise concernée à modifier son comportement et inciter les autres entreprises du secteur à respecter leurs obligations légales.

L'Autorité s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence métropolitaine pour considérer qu'une **situation financière difficile** ne constitue pas en elle-même un motif d'exonération de la

sanction prévue par l'article Lp. 443-3³⁴. Toutefois, dans la décision n° [2020-PCR-04](#) l'Autorité a estimé que cette circonstance était susceptible de justifier une réduction de 10 % du montant de la sanction encourue par la société SLN (point 78).

A *contrario*, dans la décision n° [2020-PCR-03](#), l'Autorité n'a pas retenu l'argument de la société KNS qui excipait de ses difficultés financières puisque les comptes de son actionnaire minoritaire faisaient apparaître une trésorerie confortable malgré des pertes en 2019, tandis que le chiffre d'affaires de son actionnaire majoritaire avait augmenté de +84 % en 2018. L'Autorité a donc considéré que la société KNS était capable d'assumer les conséquences pécuniaires de son comportement fautif. Il faut donc retenir que **pour apprécier la situation individuelle d'une entreprise, l'Autorité prend en considération la situation de l'entreprise elle-même mais aussi celle du groupe auquel elle appartient ou des actionnaires qui la détiennent.**

Enfin, l'Autorité **a tenu également compte de la coopération de l'entreprise mise en cause lorsqu'elle s'est mise en conformité avec ses obligations légales avant même l'issue de la procédure.** Dans les décisions n° [2020-PCR-01](#), [2020-PCR-02](#) et [2020-PCR-04](#), l'Autorité a souligné que la démarche de mise en conformité initiée avant même la séance devant l'Autorité tendait à démontrer la bonne foi de l'entreprise et a accordé une réfaction de 10 % du montant de la sanction à ce titre.

2. Sanction de publication

Conformément au VI de l'article Lp. 444-1, « *La décision prononcée par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut être publiée aux frais de la personne sanctionnée selon des modalités précisées dans la décision. La décision est toujours publiée lorsqu'elle est prononcée en application du VII de l'article Lp. 441- 6 ou de l'article Lp. 443-3. Toutefois, le rapporteur général de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie doit préalablement avoir informé la personne sanctionnée, lors de la procédure contradictoire fixée au IV, de la nature et des modalités de la publicité envisagée* » (Soulignement ajouté).

Les modalités de publicité envisagée sont communiquées aux parties par le rapporteur général. L'Autorité statue ensuite sur le format retenu. Dans les décisions n° [2020-PCR-01](#), [2020-PCR-03](#), [2020-PCR-04](#) et [2020-PCR-05](#), la sanction de publication a pris la forme d'un communiqué rédigé par l'Autorité et paru dans les Nouvelles calédoniennes. La décision n° [2020-PCR-02](#) imposait une parution dans un journal spécialisé et comportait en outre une obligation de parution, via un lien html, sur le site Internet de l'entreprise, comme dans la décision n° [2020-PCR-05](#). L'Autorité décide du titre du communiqué, de la taille de la police et impose la présence du logo.

A l'issue du prononcé de la sanction n° [2020-PCR-05](#), il a été constaté que la société SSP avait négligé de respecter les consignes de formes imposées par l'Autorité. Conformément à la jurisprudence constante, **l'Autorité a considéré que cette exécution incomplète équivalait à une inexécution.** Le service d'instruction de l'Autorité a donc mis en demeure la SSP de remédier à cette situation, ce qui a été fait.

Dans la décision n° [2020-PCR-03](#), les sociétés KNS et SLN avaient fait valoir dans leurs observations qu'une sanction de publication serait préjudiciable à leur image et leur

³⁴ TGI Bordeaux, 7 février 2005. Cité par le rapport annuel 2006/2007 de la Commission d'examen des pratiques commerciales, page 57.

compétitivité internationales. L'Autorité a néanmoins rappelé que **l'obligation de publication s'impose dès lors que l'entreprise est sanctionnée sur le fondement de l'article Lp. 443-3 du code de commerce précité**. Elle a néanmoins pris en compte cet argument à l'égard des sociétés minières calédoniennes en ne donnant pas suite à la proposition du rapporteur général de publier la décision sur leur site internet pendant trois mois.

3. L'injonction

Conformément au II de l'article Lp. 444-1, l'Autorité peut, sur proposition des agents assermentés, « *enjoindre à toute entreprise de se conformer aux obligations mentionnées au présent titre, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite, dans un délai raisonnable* ».

Dans la mesure où la plupart des entreprises mises en cause pour des pratiques commerciales restrictives avaient veillé à mettre leurs documents contractuels et leurs procédures en conformité avec la réglementation en vigueur sans attendre le prononcé de la sanction, l'Autorité n'a fait usage de l'injonction visée au II de l'article Lp. 444-1 précité, qu'en une seule occasion.

Dans la décision [2020-PCR-05](#), l'Autorité a en effet enjoint la SSP de « *mettre en conformité ses documents contractuels, factures et conditions générales de vente dans le respect des articles Lp. 443-1, Lp. 443-2, Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce, dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la présente décision.* »

Comme pour les sanctions de publication, **l'Autorité doit être rendue destinataire de la preuve que l'injonction a bien été respectée.**

Les décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales

Dans le cadre de sa mission préventive, l'Autorité contrôle les opérations de concentration et les opérations de création, d'extension et de changement d'enseigne ou de secteurs des équipements commerciaux avant leur réalisation, lorsque certains seuils définis par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie sont dépassés. L'objectif de ce contrôle *a priori* est de permettre à l'Autorité de vérifier que ces opérations ne conduisent pas à la création ou au renforcement d'une position dominante ou d'une puissance d'achat sur les marchés concernés une fois autorisées, avec ou sans engagements ou injonctions.

Les décisions relatives aux opérations de concentrations

En 2020, l'Autorité a adopté quinze décisions en matière de concentration, soit deux fois plus qu'en 2019. Les opérations de concentration ont concerné des secteurs variés : agriculture, grande distribution, secteur sanitaire, éditique, banque-assurance, énergies renouvelables...

A. Le champ d'application du contrôle

Le champ d'application du contrôle de l'Autorité se définit au travers de deux critères : la notion de concentration, pouvant prendre des formes variées, et les seuils de contrôlabilité.

1. La notion de concentration

L'article Lp. 431-1 du code de commerce définit les opérations qui entrent dans le champ du contrôle des concentrations :

« I – Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. – La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. – Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise »

Ainsi, une opération de concentration peut consister soit en une fusion entre deux entreprises indépendantes, soit en une prise de contrôle directe ou indirecte de tout ou parties d'une ou plusieurs entreprises, soit en la création d'une entreprise commune conjointement contrôlée par deux entreprises indépendantes au moins.

Les décisions prises par l'Autorité en 2020 viennent à leur tour préciser les contours de la notion de concentration.

a. La notion de prise de contrôle

© Opération consistant en l'acquisition d'actifs :

Décision n° [2020-DCC-10](#) du 17 août 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par la société La Chery SAS de la société Cassiope SARL et à l'acquisition de l'activité fourniture de repas de la société Lunch NC

Les opérations de concentration contrôlées par l'Autorité peuvent concerner le changement de contrôle d'une ou plusieurs entreprises ou bien « *la prise de contrôle exclusif d'éléments d'actifs* »³⁵.

L'Autorité a eu l'occasion d'examiner ce type d'opération dans sa décision n° [2020-DCC-10](#) autorisant notamment l'acquisition de l'activité de fourniture de repas de la société Lunch NC par une filiale de la société La Chéry. L'Autorité a ainsi rappelé que l'achat d'éléments incorporels constitue bien une prise de contrôle au sens de l'article Lp. 431-1 2° du code de commerce.

Après analyse du marché, elle a autorisé l'acquisition d'éléments incorporels de la branche d'activité de fourniture de repas exploités par la société Lunch NC. Ces actifs étaient notamment constitués de l'exploitation de la fourniture de repas à la société Calédonie Santé SAS.

© Opérations interdépendantes :

Décision n° [2020-DCC-10](#) du 17 août 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par la société La Chery SAS de la société Cassiope SARL et à l'acquisition de l'activité fourniture de repas de la société Lunch NC

Décision n° [2020-DCC-14](#) du 28 décembre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par Monsieur et Madame Gehin de la SARL Best Supermarket et de la SARL Best Butcher

Décision n° [2020-DCC-15](#) du 28 décembre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par Monsieur Do de la SARL Michel Ange Tontouta, SARL Costaud's et la SCI Puay's

L'article Lp. 431-2 du code de commerce dispose que les opérations doivent « *avoir lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises* » pour être considérées comme une seule concentration à la date de la dernière opération.

La pratique décisionnelle retient que, pour être traitées comme une seule concentration, les opérations doivent être interdépendantes au regard de trois conditions cumulatives :

- (i) il doit exister un lien conditionnel entre les opérations ;
- (ii) les opérations doivent être réalisées par le même acquéreur ;
- (iii) chaque opération doit constituer en elle-même, une concentration.

Dans les trois décisions n° [2020-DCC-10](#), n° [2020-DCC-14](#) et n° [2020-DCC-15](#), l'Autorité a considéré que les opérations multiples qui lui étaient notifiées constituaient effectivement une seule et même opération de concentration.

³⁵ Point 37 de la décision n° [2020-DCC-10](#).

b. La notion d'entreprise commune de plein exercice

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome est soumise au contrôle de l'Autorité au titre du paragraphe II de l'article Lp. 431-1 du code de commerce en ce qu'elle est considérée comme une concentration.

La création d'une entreprise commune peut résulter de trois situations³⁶ :

- La création d'une structure commune totalement nouvelle ;
- L'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, si ces actifs permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités ;
- L'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante.

Pour être contrôlable, l'entreprise commune doit être de plein exercice, c'est-à-dire qu'elle doit opérer sur un marché, en y accomplissant toutes les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché.

Enfin pour être qualifiée d'entreprise commune, chacune des parties à sa création doit la contrôler de sorte que les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée ne peuvent être prises qu'après accord des parties.

© Entreprises communes résultant du passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint

Décision n° [2020-DCC-07](#) du 9 juillet 2020, relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par la SAEM Promosud aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles

Décision n° [2020-DCC-08](#) du 20 juillet 2020, relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Urban Solar par la Société d'équipement de la Nouvelle Calédonie (SECAL) aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles

Dans les décisions n° [2020-DCC-07](#) et n° [2020-DCC-08](#), l'Autorité a autorisé l'acquisition du contrôle conjoint d'entreprises existantes par de nouveaux actionnaires dans le secteur de la production d'électricité photovoltaïque. Les deux sociétés cibles Ouatom et Urban Solar appartenaient exclusivement à la société Enercal, par le biais de sa filiale EEN, et ont obtenu l'autorisation de création d'une entreprise commune avec l'entrée d'un nouvel actionnaire contrôlant.

L'Autorité rappelle, notamment à l'occasion de sa décision n° [2020-DCC-07](#), que les termes du pacte d'actionnaires signé par les parties sont déterminants pour évaluer la notion de contrôle conjoint.

© Entreprise commune résultant de la création d'une structure nouvelle

Décision n° [2020-DCC-01](#) du 13 janvier 2020 relative à la création en France de la société commune de plein exercice Archipels SAS par la Caisse des Dépôts et Consignations, EDF Pulse Croissance Holding SAS, ENGIE SA et La Poste SA

³⁶ Conformément au point 63 des lignes directrices 2020 de l'Autorité de la concurrence métropolitaine.

La décision n° [2020-DCC-01](#) illustre le recours à la méthode du faisceau d'indices pour apprécier la matérialité de l'autonomie ou de la dépendance d'une entreprise à l'égard de sa (ses) société(s)-mère(s) et ainsi déterminer s'il s'agit d'une entreprise commune de plein exercice.

En l'espèce, il était prévu dans le *term sheet* de l'opération notifiée à l'Autorité la parité des droits de représentation au sein du conseil stratégique. En outre, les décisions stratégiques étaient prises de manière commune. Il était également prévu qu'un président rémunéré pour sa fonction dirigerait l'entreprise créée.

La pratique décisionnelle considère qu'une entreprise est de plein exercice si, au-delà de son caractère commun et durable, elle bénéficie de ressources suffisantes pour fonctionner de manière indépendante sur un marché vis-à-vis des entreprises qui la contrôlent, c'est-à-dire être une entité économique autonome. Par conséquent, pour être qualifiée comme telle, elle doit accomplir les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur le marché.

En l'espèce, le *business plan* de l'entité prévoyait notamment des dépenses d'acquisition de matériel, de location d'un local propre à l'entreprise, de marketing et la création de plusieurs emplois dès 2020, qui seraient, dans un premier temps, financés par les sociétés mères pour ensuite devenir un financement autonome ou externe. En outre, l'Autorité a souligné qu'aucune des sociétés mères de la société Archipels ne propose à l'heure actuelle, l'offre de services que cette dernière commercialisera dans le secteur en cause. La société disposera donc de son propre accès au marché pour commercialiser, à titre onéreux, son offre de services auprès de ses clients et prospects.

L'Autorité a donc reconnu sa qualité d'entreprise commune de plein exercice.

2. Les seuils de contrôle applicables en 2020

La notification préalable 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.

Les seuils définis par cet article ont été modifiés par la loi du pays n° 2020-2 *de soutien à la croissance de l'économie calédonienne*³⁷, dans un souci de simplification générale du contrôle des opérations de concentration. Ce changement intervient au bénéfice des entreprises, dont les démarches sont simplifiées, et dans un souci d'efficacité pour l'Autorité.

Depuis le 30 janvier 2020, date de l'entrée en vigueur de cette loi du pays, les opérations devant être notifiées et contrôlées par l'Autorité sont celles qui répondent aux conditions cumulatives suivantes :

- Les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration réalisent un chiffre d'affaires total en Nouvelle-Calédonie supérieur à 1.2 milliards FCFP (au lieu de 600 millions F.CFP précédemment) ;
- Deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération réalisaient directement ou indirectement, un chiffre d'affaires égal ou supérieur à 200 millions FCPF en Nouvelle-Calédonie (nouvelle condition).

³⁷ Voir à ce sujet l'avis n° [2019-A-05](#) du 6 décembre 2019.

La loi du pays a également prévu que, par dérogation à ces nouveaux seuils de contrôlabilité, toute concentration qui ne produit « *aucun effet sur aucun marché en Nouvelle-Calédonie* » n'est pas soumise notification de la part de l'Autorité.

Une telle situation s'est présentée au début de l'année 2020 puisque l'Autorité a été amenée à contrôler, dans sa décision n° [2020-DCC-01](#) du 13 janvier 2020, la création en France métropolitaine de la société commune de plein exercice Archipels SAS par la Caisse des Dépôts et Consignations, EDF Pulse Croissance Holding SAS, ENGIE SA et La Poste SA, au motif que les parties à cette opération de concentration disposaient de filiales en Nouvelle-Calédonie dont le chiffre d'affaires réalisé ensemble sur le territoire dépassait le seuil de 600 millions de francs CFP.

Si l'opération était soumise au contrôle de l'Autorité à l'époque des faits, la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne permet désormais d'éviter la notification de ce type d'opération ne produisant « *aucun effet sur aucun marché en Nouvelle-Calédonie* »³⁸.

B. La procédure de contrôle intervient avant la réalisation de l'opération

1. Le principe du contrôle *a priori*

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 être réalisée qu'après son autorisation par l'Autorité.

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. L'arrêté en question prévoit notamment les délais, les formalités de dépôt et les modalités des échanges entre les entreprises et l'Autorité.

2. L'exception : l'octroi exceptionnel d'une dérogation pour réaliser l'opération avant l'autorisation de l'Autorité

Décision n° [2020-DCC-09](#) du 29 juillet 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti

L'article Lp. 431-4 du code de commerce prévoit que :

« En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties ayant procédé à la notification peuvent demander 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).

³⁸ Voir I de l'article Lp. 431-2 du code de commerce.

Cette procédure, rare et exceptionnelle, a été mise en œuvre en 2019 par l’Autorité dans sa décision n° [2019-DCC-07](#) du 27 novembre 2019 relative à une demande de dérogation au titre de l’alinéa 2 de l’article Lp. 431-4 du code de commerce formulée par la SARL Sogesti.

En 2020, l’Autorité a donc autorisé « *ex post* » l’opération de la société Sogesti dans sa décision n° [2020-DCC-09](#).

3. Les sanctions en cas de non-respect du contrôle *a priori*

L’article Lp. 431-8 du code de commerce précise notamment les sanctions applicables en cas de défaut de notification (I) ou de réalisation de l’opération avant la décision de l’Autorité (II).

☉ Les sanctions en cas de défaut de notification d’une opération de concentration :

Ainsi, le I de cet article précise que si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l’Autorité enjoint aux parties, sous astreinte, de notifier l’opération à moins de revenir à l’état antérieur à la concentration. En outre, elle peut infliger aux personnes auxquelles incombait la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s’élève, pour les personnes morales, à 5% de leur chiffre d’affaires hors taxes réalisé en Nouvelle-Calédonie lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu’a réalisé en Nouvelle-Calédonie durant la même période la ou les parties acquises et, pour les personnes physiques, à 175 000 000 F.CFP.

Dans sa décision n° [2020-DCC-07](#)³⁹, l’Autorité a été conduite à autoriser, *a posteriori*, l’acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom, le 25 octobre 2017, par la SAEM Promosud aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles, à la suite d’une démarche de régularisation engagée par la société Enercal. L’Autorité a par ailleurs sanctionné les parties pour défaut de notification d’une opération de concentration dans sa décision n° [2021-DN-01](#) rendue le 29 janvier 2021⁴⁰ en tenant compte, notamment de cette démarche de régularisation au stade de l’évaluation du montant de la sanction.

☉ La sanction en cas de réalisation anticipée d’une opération de concentration :

Le II de l’article Lp. 431-8 du code de commerce dispose que si une opération de concentration notifiée ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l’article Lp. 431-4 a été réalisée avant l’intervention de la décision de l’Autorité, celle-ci peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

L’Autorité n’a pas constaté ce type de comportement en 2020.

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(s) conformément aux principes du droit de la concurrence.

³⁹ Décisions n° [2020-DCC-07](#) du 9 juillet 2020, relative à l’acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par la SAEM Promosud aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles.

⁴⁰ Décision n° 2021-DN-01 du 29 janvier 2021 relative au défaut de notification de l’opération de concentration concernant la société Wi Hache Ouatom de la part des sociétés EEN, Enercal et Promosud.

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 et, d'autre part, sur la zone géographique.

Pour définir le marché pertinent, l'Autorité mobilise donc des indices identifiables du point de vue de l'offre, tels que la nature du bien ou du service, son utilisation et la stratégie commerciale dont il fait l'objet. L'Autorité analyse le degré de substituabilité des biens du point de vue de la demande, c'est-à-dire expliquer le comportement des demandeurs au-delà des caractéristiques physique et technique du produit ou service. Enfin, l'Autorité doit circonscrire le marché 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. Il s'agit de permettre, en partant du type de produit ou de service en cause, d'y inclure éventuellement d'autres produits ou services, si ceux-ci sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle.

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.

1. Dans le secteur à dominante alimentaire

La pratique décisionnelle de l'Autorité quant à la délimitation des marchés pertinents pour les opérations dans le secteur à dominante alimentaire est identique qu'il s'agisse d'opérations de concentrations ou d'opérations d'équipements commerciaux.

Décision n° [2020-DCC-02](#) du 15 janvier 2020 relative à l'ouverture d'un commerce de détail sous l'enseigne « Korail Ducos » d'une surface de vente de 630 m² situé dans la commune de Nouméa

Décision n° [2020-DCC-14](#) du 28 décembre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par Monsieur et Madame Gehin de la SARL Best Supermarket et de la SARL Best Butcher

Décision n° [2020-DCC-15](#) du 28 décembre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par Monsieur Do de la SARL Michel Ange Tontouta, SARL Costaud's et la SCI Puay's

Dans ces trois décisions, l'Autorité a consolidé les principes déjà énoncés dans le cadre de ses décisions 2018 et 2019⁴¹ concernant le secteur de la distribution à dominante alimentaire.

L'Autorité s'accorde avec la pratique décisionnelle métropolitaine et européenne en la matière et distingue deux catégories de marchés : « *d'une part, les marchés amont de l'approvisionnement en produits de consommation courante mettant en relation les entreprises de commerce de détail et leurs fournisseurs et, d'autre part, les marchés aval de la distribution de détail à dominante alimentaire, de dimension locale, qui mettent en présence les entreprises de commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens de consommation* » (point 18 de la décision n° [2020-DCC-02](#)).

Le marché amont de l'approvisionnement des grandes et moyennes surfaces :

Au sein du marché amont, l'Autorité envisage le fait que le marché de l'approvisionnement du secteur du commerce de détail puisse constituer un marché autonome des autres circuits de distribution.

L'analyse du marché amont s'opère par catégorie de produits. Le gouvernement de Nouvelle-Calédonie et l'Autorité retiennent une possible segmentation en fonction des familles et groupes de produits :

- (i) les produits de grande consommation ;
- (ii) le frais traditionnel ;
- (iii) le bazar ;
- (iv) l'électroménager/photo/cinéma/son (« *produits blancs et bruns* ») ;
- (v) le textile.

L'Autorité de la concurrence métropolitaine a également identifié un marché de l'approvisionnement en produits surgelés et en glaces et a envisagé, au sein de celui-ci, un marché spécifique de l'approvisionnement en glaces, crèmes glacées et sorbets.

Concernant le marché géographique, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie et l'Autorité retiennent, le plus souvent, une dimension géographique des marchés amont de l'approvisionnement circonscrits à la Nouvelle-Calédonie. En effet, en Nouvelle-Calédonie, en moyenne, 70 à 80 % de l'approvisionnement des enseignes de distribution de détail à dominante alimentaire provient de grossistes et producteurs locaux. Cela résulte du caractère très spécifique des circuits d'approvisionnement en produits de grande consommation et ses effets sur l'équilibre concurrentiel des marchés concernés, notamment en raison de la fragilité de certains produits, des goûts et habitudes alimentaires locales et des politiques locales de développement.

Dans les décisions n° [2020-DCC-14](#) et [2020-DCC-15](#), les parties notifiantes ont ainsi indiqué s'approvisionner exclusivement auprès de fournisseurs locaux. Dans la décision n° [2020-DCC-02](#), le magasin Korail Ducos a prévu de s'approvisionner auprès de la centrale d'achat à laquelle elle est affiliée (SN Import, partenaire Intermarché) à hauteur de 20 % de ses approvisionnements uniquement.

⁴¹ 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, n° 2019-DEC-02 du 6 mars 2019, n° 2019-DEC-03 du 21 novembre 2019.

© Le marché aval de la distribution au détail à dominante alimentaire :

L'Autorité distingue six catégories de commerce en utilisant notamment le critère de taille des magasins, leurs techniques de vente, leur accessibilité, la nature du service rendu et l'ampleur des gammes proposées :

- (i) hypermarchés (magasins à dominante alimentaire d'une surface de vente supérieure à 2 500 m²) ;
- (ii) supermarchés (entre 400 et 2 500 m²) ;
- (iii) le commerce spécialisé ;
- (iv) le petit commerce de détail (entre 120 et 400 m²) ;
- (iv) le maxi discompteur ;
- (v) la vente par correspondance.

Toutefois, l'Autorité souligne l'importance de l'étude du cas d'espèce car l'effet de seuil peut placer un magasin dans une certaine catégorie alors qu'il est susceptible de représenter un concurrent direct d'une autre catégorie de commerce.

De plus, il existe une concurrence asymétrique entre des catégories de magasin. En effet, un supermarché peut être considéré comme substituable à l'hypermarché mais la réciproque n'est pas vérifiée. En conséquence, l'Autorité indique que lorsque le magasin cible est un hypermarché, l'analyse est effectuée sur un marché comprenant uniquement des hypermarchés et sur un marché comprenant les supermarchés et les formes de commerces équivalentes (hypermarché, discompteurs et magasins populaires).

Dans sa décision n° [2020-DCC-02](#), l'Autorité a examiné une opération dans laquelle l'acquéreur était un supermarché et la cible avait une surface de vente de 8,5 m² exclusivement réservée à la vente de fruits de mer. Il s'agissait donc d'un magasin spécialisé. Or, cette surface était implantée dans le supermarché acquéreur et disposait de l'ensemble de l'infrastructure de ce dernier (parking, horaires d'ouverture, assortiment des produits...). L'Autorité a donc mené son analyse au regard de la catégorie des supermarchés.

En ce qui concerne la définition du marché géographique des supermarchés, l'Autorité estime dans cette décision comme dans les décisions n° [2020-DCC-14](#) et [2020-DCC-15](#), que la zone de chalandise correspond « *au marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et formes de commerces équivalentes situés à moins de 15 minutes de déplacement en voiture autour du magasin cible. Ces dernières formes de commerce peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs, les discompteurs et les magasins populaires* » (point 44).

2. Dans le secteur de l'énergie photovoltaïque

© Les marchés de l'électricité :

Décision n° [2020-DCC-03](#) du 5 février 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Tiéa Energie par la SAS JMB Solar

Décision n° [2020-DCC-07](#) du 9 juillet 2020 relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par la SAEM Promosud aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles

Décision n° [2020-DCC-08](#) du 20 juillet 2020 relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Urban Solar par la Société d'équipement de la Nouvelle Calédonie (SECAL) aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles

Décision n° [2020-DCC-11](#) du 8 septembre 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Focola par la SAS Enercal Energies Nouvelles

En Nouvelle-Calédonie le secteur de l'électricité est régulé par le gouvernement, avec l'appui de la Direction de l'Industrie, des Mines et de l'Énergie de Nouvelle-Calédonie, son service d'instruction (DIMENC)⁴². Il s'agit d'un secteur connu de l'Autorité, en raison d'un avis déjà rendu en 2019⁴³.

Le transport de l'énergie est assuré par un opérateur unique, titulaire d'une concession, dont les contrats qu'il passe avec un producteur d'électricité sont soumis à une autorisation préalable du gouvernement.

En revanche, la distribution publique de l'énergie peut être assurée par l'une ou l'autre des deux sociétés concurrentes (EEC et Enercal), suivant un contrat de concession de distribution, mais les prix de l'électricité au détail sont règlementés.

L'agrément du gouvernement est nécessaire également pour la vente d'électricité entre un producteur et l'opérateur de transport ou l'un des deux distributeurs. Les prix de vente sont également règlementés à l'exception des tarifs de vente en gros de l'énergie d'origine renouvelable proposés dans le cadre d'appel à projets.

Les autorités de concurrence, au travers de leur pratique décisionnelle, ont dégagé différents marchés au sein du secteur de l'électricité. En Nouvelle-Calédonie, du fait de la nature insulaire du territoire et de la forte régulation de ce marché, les services du gouvernement n'en ont retenu que trois :

- (i) le marché amont de la production et la vente en gros d'électricité ;
- (ii) le marché amont du transport ;
- (iii) le marché aval de la distribution⁴⁴.

Au sein du marché de la production et de la vente en gros d'électricité les autorités de concurrence métropolitaine et européenne n'ont jusqu'à présent fait aucune sous-segmentation selon la technologie utilisée pour produire l'électricité ou en fonction du

⁴² Voir l'avis de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a pas retenu l'existence sur le territoire d'un marché du négoce et d'un marché de la fourniture au détail de l'électricité et ses sous-segmentations. En effet, le modèle d'affaires typique pour les territoires ultramarins est celui de « l'acheteur unique », responsable de la gestion unifiée du système de transport et/ou de l'achat et de la vente centralisés de l'électricité, avec une intégration verticale transport/distribution caractérisée par un seul opérateur de transport et de distribution (deux en Nouvelle-Calédonie) assurant l'équilibre du système. Ce modèle est régulé à travers la réglementation mise en place : le consommateur calédonien, quel qu'il soit (particuliers ou professionnels), n'a pas la possibilité de choisir son fournisseur sur le marché de la distribution de l'électricité et ne peut passer directement un contrat de fourniture avec un producteur. Le client est obligé d'acheter au concessionnaire de distribution sélectionné par la commune de son lieu de résidence à un prix de vente fixé par le gouvernement. Ces contrats de concession sont attribués par les communes pour des durées relativement longues (en moyenne quinze ans). Voir l'arrêté n°2015-927/GNC.

caractère « renouvelable » ou non de la production de celle-ci puisque toutes les formes d'électricité se raccordent au même réseau.

Cette définition a été validée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui considère notamment « *qu'il importe de relever qu'en Nouvelle-Calédonie, le prix de vente de l'électricité du transporteur au distributeur et du distributeur au client final est fixé par le gouvernement, à ce stade, dans le cadre du 'mix énergétique', sans tenir compte du caractère renouvelable ou non de la production* »⁴⁵.

Dans ses décisions n° [2020-DCC-03](#), [2020-DCC-07](#), [2020-DCC-08](#) et [2020-DCC-11](#), l'Autorité a suivi le même raisonnement et défini le marché pertinent comme le marché global de la production et la vente en gros d'électricité en Nouvelle-Calédonie.

C Le marché du développement, de la construction, de la gestion et la maintenance de centrale photovoltaïque et ses sous-segmentations :

L'Autorité de la concurrence métropolitaine a envisagé que le marché du développement, de la construction, de la gestion et la maintenance de centrale photovoltaïque est un sous-segment du marché des ouvrages d'art et d'équipement industriel⁴⁶ et qu'il peut s'appuyer sur la définition de la commission européenne au sujet des fermes éoliennes. Cette définition distingue le marché selon les étapes essentielles de la construction et du développement, ainsi que l'orientation de l'exploitation « pour son compte propre » ou pour « un compte tiers ».

Dans sa décision n° [2020-DCC-03](#), l'Autorité a souligné que « *la partie notifiante développe et gère des centrales photovoltaïques en Nouvelle-Calédonie, principalement pour son compte propre (près de [80-90] % des capacités actuellement gérées le sont pour compte propre), en vue de la production et revente en gros d'électricité. Elle intervient également sur ce marché, dans une moindre mesure, pour compte de tiers, via la société Sunzil Pacific SAS. En revanche, la cible n'est pas présente sur ce marché puisque la centrale Tiéa Energie est exploitée par la société Ambi Energy en vertu d'un contrat d'entretien et de maintenance* » (point 61).

Par conséquent, l'Autorité s'accorde avec la pratique décisionnelle métropolitaine et celle du Gouvernement pour la définition de marché du développement, de la construction, de la gestion et de la maintenance de centrales photovoltaïques pour compte propre et pour compte de tiers.

Dans ses décisions n° [2020-DCC-07](#) et [2020-DCC-08](#), l'Autorité a précisé que ce marché peut-être sous-segmenté selon que l'opération concerne le développement, la construction, la gestion et la maintenance de centrales photovoltaïques de première ou de deuxième catégorie en Nouvelle-Calédonie. Les centrales photovoltaïques de première catégorie concernent les installations dont la puissance est supérieure ou égale à 250 kW pour celles situées sur l'île de la Grande Terre, et à 25kW pour les installations situées sur les autres îles de la Nouvelle-Calédonie. Les centrales photovoltaïques de deuxième catégorie sont les installations d'une puissance inférieure dans chaque zone concernée.

⁴⁵ Voir l'arrêté n°2015-927/GNC.

⁴⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 17-DCC-155 du 22 septembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusive de la société Quadran par la société Direct Énergie et la décision n°17-DCC-67 du 27 mai 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société La Compagnie du Vent par Engie.

A l'occasion de sa décision [2020-DCC-08](#), l'Autorité a continué à affiner la définition du marché pertinent en sous-segmentant le marché des centrales photovoltaïques de deuxième catégorie, tel que le proposait la partie notifiante, et en distinguant :

- Les installations d'une puissance installée inférieure à 250 kWc destinées à l'autoconsommation et dont les excédents en électricité produite pourront faire l'objet d'une revente au réseau électrique ;
- Les installations d'une puissance installée comprise entre 36 et 250 kWc sur la Grande Terre dont la totalité de la production d'électricité est revendue au réseau électrique et dont le développement fait l'objet d'un quota fixé par le gouvernement.

S'appuyant sur les observations de la DIMENC et les arrêtés du GNC⁴⁷, l'Autorité a considéré que cette sous-segmentation résultait d'une réglementation différente justifiant la définition de marchés distincts. En effet, l'Autorité a constaté d'une part que les centrales photovoltaïques de deuxième catégorie d'une puissance unitaire comprise entre 36 et 250 kWc ne sont pas soumises à une limitation de développement et d'autre part que le prix de revente de l'électricité produite, qui est réglementé, est différent pour les deux types de centrales de photovoltaïques de deuxième catégorie.

3. Dans le secteur agricole

Décision n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020 relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL

Dans cette décision, l'Autorité a autorisé le rapprochement des sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL en examinant les marchés sur lesquels les parties sont présentes en tant qu'acheteurs et les marchés sur lesquels elles sont présentes en tant que distributeurs.

L'Autorité a ainsi constaté que les parties étaient simultanément présentes sur les marchés amont de l'approvisionnement en matériel agricole, semences et nourriture animale ainsi que sur les marchés aval de la distribution au détail de matériel agricole, de la distribution de semences, de la distribution de clôtures et de la distribution d'aliments pour animaux.

a. Le marché amont de l'approvisionnement en matériel agricole

S'agissant de l'approvisionnement en matériel agricole à destination des professionnels, la pratique décisionnelle de l'autorité métropolitaine opère une segmentation des marchés par familles de produits⁴⁸.

En l'espèce, les parties à l'opération étaient actives, en tant qu'acheteurs, sur quatre familles de produits que sont les tracteurs, les machines et accessoires agricoles, le petit matériel agricole et les machines pour l'élevage, les pièces détachées pour le matériel agricole. Bien que l'Autorité retienne également ces quatre segments en tant que marchés pertinents, elle laisse toutefois la délimitation exacte des marchés de l'approvisionnement en matériel destiné au secteur agricole ouverte, dans la mesure où celle-ci n'est pas de nature à influencer l'analyse concurrentielle.

Eu égard au caractère insulaire de la Nouvelle-Calédonie, l'Autorité observe en outre que, faute de producteurs locaux, l'ensemble des produits sur les marchés du matériel agricole,

⁴⁷ Voir les arrêtés n° 2016-1931/GNC, n° 2019-2003/GNC, n° 2018-417/GNC et n° 2018-1225/GNC.

⁴⁸ Voir décision ADLC n° 10-DCC-86 du 4 août 2010.

des semences, des clôtures pour animaux sont importés principalement depuis l'Europe et l'Asie. Par conséquent, elle retient une dimension internationale pour chacun de ces segments de marché, tout en laissant ouverte la question de la délimitation exacte du marché géographique de l'approvisionnement d'aliments pour animaux.

En ces circonstances, l'Autorité a laissé ouverte la question du marché géographique sans préjudice pour son analyse.

b. Les marchés aval de la distribution

Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité métropolitaine segmente le marché aval de la distribution en autant de marchés qu'il existe de familles de produits⁴⁹, ce que l'Autorité admet également.

© Le marché aval de la distribution au détail de matériel agricole :

En tant que distributeurs, les parties étaient présentes sur les quatre grandes familles de produits que sont les tracteurs, les machines et accessoires agricoles, le petit matériel agricole et les machines pour l'élevage et les pièces détachées pour le matériel agricole. L'Autorité, tout en laissant ouverte leur délimitation exacte, a donc mené son analyse concurrentielle sur chacun de ces marchés.

Toutefois, pour tenir compte des spécificités tenant à l'offre et la demande sur le marché des tracteurs sur le territoire calédonien, elle a procédé à une segmentation de ce marché reposant sur la puissance du moteur, selon qu'elle est supérieure ou inférieure à 50cv, retenant ainsi la proposition des deux principaux concurrents des parties interrogés lors du test de marché.

En ce qui concerne la délimitation géographique de ces marchés, l'Autorité a retenu le territoire de la Nouvelle-Calédonie, tel que proposé par les parties à l'opération, dans la mesure où l'offre est calédonienne et la demande est répartie sur tout le territoire.

© Le marché aval de la distribution au détail de semences :

La pratique décisionnelle de l'Autorité métropolitaine distingue différents marchés :

- (i) la production et la commercialisation de semences ;
- (ii) la multiplication de semences ;
- (iii) l'agrofourriture en semences, pour lesquels il existe des sociétés dédiées spécifiquement à la production puis la commercialisation de chaque type de semence. Les trois principales gammes de semences sont les céréales, les pâturages et les plantes de couverture.

En l'espèce, l'Autorité a retenu dans son analyse concurrentielle le marché aval global de la distribution de semences destinées à l'agriculture traditionnelle. Elle a en outre constaté qu'il n'y avait pas lieu de retenir le marché de semences destinées à l'agriculture biologique puisqu'aucune des parties à l'opération ne distribue cette gamme.

L'Autorité a retenu comme délimitation géographique du marché tout le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

⁴⁹ Voir notamment les décisions ADLC n° 16-DCC-119 et n° 15-DCC-110 précitées.

Le marché aval de la distribution au détail de grillages pour animaux :

Si la proposition des parties concernant leur positionnement sur leur marché est importante pour permettre à l'Autorité d'apprécier les éléments qui lui sont soumis dans le dossier de notification, elle reste libre de s'en détacher pour proposer une définition plus pertinente, qu'elle soit ou non favorable aux parties.

Ainsi, concernant le marché aval de la distribution au détail de grillages pour animaux, les parties notifiantes ont proposé de retenir la définition du marché global de la distribution de clôtures. Toutefois, l'Autorité, a préféré retenir un sous-segment qui est celui de la distribution de grillage pour animaux, sur lequel sont actives les deux parties à l'opération.

La délimitation géographique proposée par les parties, à savoir le territoire de la Nouvelle-Calédonie, n'a pas quant à elle suscité de remise en cause.

Le marché aval de la distribution au détail d'aliments pour animaux :

L'autorité métropolitaine comme le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie distinguent en matière d'alimentation animale un marché amont et un marché aval. En outre, la pratique décisionnelle tend à opérer une distinction selon la destination prévue pour ces produits alimentaires, qu'ils soient notamment destinés à nourrir des animaux domestiques ou des animaux d'élevage⁵⁰. L'Autorité a fait sienne cette segmentation.

Concernant la délimitation géographique des marchés en cause, il a été constaté que les parties à l'opération, bien que situées dans en Province Sud, détiennent une clientèle qui s'étend sur tout le territoire calédonien.

Toutefois, la délimitation du marché n'était pas en l'espèce de nature à modifier les conclusions de l'analyse concurrentielle de sorte que l'Autorité a laissé ouverte la délimitation exacte de la définition géographique pour ces marchés.

4. Dans les secteurs de l'industrie et des mines

Décision n° [2020-DCC-06](#) du 18 mai 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Comarec par la société Agence des mers du sud

Cette décision portait sur une opération de concentration dans le secteur du chargement minier de navires minéraliers par chalands sur lequel était active uniquement la société cible, tandis que l'acquéreur agissait sur un marché connexe, à savoir le « *transport maritime de marchandises et le marché amont du remorquage maritime en Nouvelle-Calédonie* ».

Elle illustre le fait que les réponses apportées aux tests de marché transmis aux opérateurs ou paru sur le site Internet de l'Autorité sont déterminantes pour son analyse et pour la définition des marchés pertinents.

⁵⁰ Voir par exemple la décision n° 10-DCC-34 du 22 avril 2010 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Arrivé Nutrition Animale, Arrivé Division Petfood, Arrivé Bellanné et Cap Elevage par la Coopérative Interdépartementale des Aviculteurs du Bocage.

© Le marché du chargement minier de navires minéraliers :

L'exploitation minière fait partie des piliers de l'économie locale en Nouvelle-Calédonie. Trois usines de transformations métallurgiques dominant aujourd'hui le développement minier⁵¹, dont l'une détient des sites d'extraction situés sur tout le territoire, tandis que les sites des deux autres combinent mines et usine de transformation. On retrouve également, dans le secteur, trois sociétés exploitant des sites miniers sans pour autant être des usines de transformation⁵².

Après extraction du minerai par voies mécaniques (avec des pelles hydrauliques et tirs d'explosifs pour dégager les roches), son acheminement vers une usine de transformation ou directement à l'export se fait par deux procédés : soit par convoyage minier, soit par transport routier jusqu'à une zone de chargement à partir de laquelle il sera ensuite transféré sur des chalands, bateaux à fond plat qui vont l'acheminer jusqu'au minéralier. On décrit cette deuxième étape sous le nom de « *chalandage* ». C'est précisément sur l'activité de chalandage qu'intervenait la société cible.

Bien que la partie notifiante ait rejeté l'intérêt d'une segmentation du marché en considérant le chargement minier de minéraliers par convoyeur comme un procédé concurrent et donc substituable au chalandage, les sociétés interrogées lors du test de marché ont fait ressortir, quant à elles, la nécessité de « *sous-segmenter le marché du chargement minier de minéraliers en fonction du procédé utilisé* ». Selon elles, il convenait en effet de distinguer ces deux procédés puisque « *l'activité de chalandage et l'activité de convoyeur requièrent de lourds investissements qui diffèrent en termes d'équipement et de qualification du personnel* » (point 31). De plus, deux des sociétés de transformations métallurgiques présentes en Nouvelle-Calédonie opèrent des convoyeurs sur le territoire. Or, « *l'activité de chargement minier de minéraliers par chaland n'est quasiment pas présente sur les sites disposant d'un convoyeur* ». En outre, les zones de chargement équipés de convoyeurs sont situées sur des rades disposant d'une profondeur suffisante afin de permettre aux minéraliers (qui ont un fort tirant d'eau) de s'amarrer directement au quai de chargement (point 32).

Pour ces raisons, l'Autorité a fait le choix de sous-segmenter le marché du chargement minier de minéraliers en fonction des modalités de chargement de ces derniers et de distinguer le marché du chargement minier de minéraliers par convoyeur du marché du chargement minier de minéraliers par chaland (point 33).

S'agissant de la définition géographique du marché, les réponses au test étaient partagées : la moitié des répondants estimait que la dimension géographique correspond à un regroupement des zones de chargement (en particulier sur la côte Est) car les remorqueurs et chalands miniers ne sont pas autonomes en haute mer de sorte que leur déplacement coûte cher. L'autre moitié des répondants considérait au contraire que le marché est de dimension territoriale dès lors que les conditions d'embauche et de matériels sont les mêmes quelle que soit la zone. En conséquence, l'Autorité a laissé ouverte la question de la délimitation exacte du marché géographique et procédé à une double analyse fondée sur chacune de ces hypothèses.

⁵¹ L'usine de la Société Le Nickel (SLN) SA, l'usine hydro-métallurgique de Vale NC dans le Grand Sud et l'usine de Koniambo Nickel SAS (KNS).

⁵² La Société des mines de la Tontouta (SMT) et ses filiales appartenant au Groupe Ballande, la Société minière Georges Montagnat (SMGM) ou le groupe Maï Kouaoua Mines (MKM), qui exploitent des mines pour leur propre compte et qui peuvent également être « tâcheron », c'est-à-dire exploiter un site pour une autre société.

Les marchés connexes du transport maritime de marchandises et du remorquage :

La pratique décisionnelle de l'autorité métropolitaine identifie différents modes de transport de marchandises non substituables entre eux du fait, notamment, de la spécificité de certains facteurs propres à chaque mode de transport, de la spécificité des caractéristiques liés notamment aux structures de coûts et à la durée du transport.

Ainsi l'autorité métropolitaine distingue-t-elle :

- (i) le transport aérien ;
- (ii) le transport terrestre ;
- (iii) le transport maritime de marchandises⁵³.

S'agissant du transport maritime de marchandises, les autorités de concurrence se sont interrogées sur les différentes segmentations de ce marché : par types de bateaux ou de marchandises, par modes d'acheminement, et avec ou sans services associés (conteneurs, réfrigérés ou non, incluant ou non magasinage ou dédouanement, etc.)⁵⁴.

Cependant, en l'espèce, l'Autorité a constaté que la filiale de l'acquéreur active dans le secteur du transport de marchandises ne disposait pas de moyens nautiques adaptés au chargement minier de minéraliers par chaland. L'Autorité n'a donc pas développé davantage l'analyse du marché du transport maritime de marchandises sur lequel agissait cette société filiale.

S'agissant du marché connexe du remorquage maritime, l'Autorité métropolitaine de la concurrence l'a défini comme étant « *la disposition d'une force en vue du déplacement d'un navire qui ne peut effectuer lui-même une manœuvre et qui participe cependant à l'opération* ». Elle considère en effet qu'il y a remorquage « *lorsqu'il est fait appel à une force motrice extérieure pour déplacer tout objet qui n'a pas ou qui n'a plus les moyens nécessaires pour effectuer seul le déplacement envisagé* »⁵⁵.

En l'espèce, l'une des filiales de la partie notifiante est active principalement dans l'assistance à l'accostage des navires dans les ports ou les quais. L'Autorité a donc examiné le fonctionnement du marché connexe du remorquage maritime dans le cadre de son analyse concurrentielle des potentiels effets verticaux de l'opération.

A l'instar de la Commission européenne qui envisage « *de retenir une dimension géographique correspondant au port d'activité des sociétés de remorquage* », l'Autorité a considéré en l'espèce que le marché du remorquage s'étend à l'ensemble du territoire tout en laissant ouverte la délimitation exacte du marché géographique (point 59).

⁵³ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-DCC-02 du 7 janvier 2013 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Routière de l'Est Parisien et Compagnie Maritime Marfret.

⁵⁴ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel et la décision de la Commission européenne COMP/M.3829 - MAERSK / PONL du 29 juillet 2005.

⁵⁵ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 08-D-18 du 30 juillet 2008 relative aux activités de remorquage par le port autonome du Havre et la société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH) et la décision COMP/M.3829 - MAERSK / PONL.

5. Dans les secteurs de la banque et des assurances

Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socialfi par la SA Crédical

a. Les services bancaires

Dans sa décision n° [2020-DCC-05](#), l'Autorité a estimé qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause l'analyse des autorités métropolitaine et européenne qui ont eu l'occasion de se prononcer sur le secteur des services bancaires en de nombreuses occasions.

Trois marchés pertinents sont distingués :

- (i) les services bancaires destinés aux particuliers et aux ménages (banque de détail) ;
- (ii) les services bancaires destinés aux entreprises (banque commerciale) ;
- (iii) les opérations sur les marchés financiers (banque de financement et d'investissement).

Les parties à l'opération étaient actives simultanément sur les marchés de la banque de détail et de la banque commerciale.

C Les marchés de la banque de détail :

Selon la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine reprise par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et l'Autorité, la banque de détail regroupe les services bancaires à destination des particuliers, des ménages et des petits entrepreneurs.

Au sein de la banque de détail, la pratique décisionnelle nationale a distingué les marchés suivants : le marché des dépôts à vue, le marché de l'épargne bancaire (notamment les bons de caisses et les comptes non mobilisables immédiatement comme les comptes à terme), le marché de l'épargne hors bilan (Société d'Investissement à Capital Variable, Fonds Commun de Placement et fonds de pension), le marché du crédit immobilier, le marché du crédit à la consommation, le marché du crédit de restructuration d'endettement, le marché de l'émission de cartes de paiement (émission au profit des clients), le marché de la banque privée ou encore le marché de la conservation de titres (« *retail custody* »).

Parmi ces différents services aux particuliers, les parties ne sont simultanément actives que sur le marché du crédit à la consommation.

Dans un arrêté n° 2018-661/GNC du 27 mars 2018, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait défini le marché du crédit à la consommation comme comprenant (i) les crédits affectés, (ii) les crédits personnels (dont les crédits renouvelables, aussi appelés crédits « revolving ») et (iii) d'autres formes de crédits dont la location-vente et la location avec option d'achat.

La partie notifiante estimait qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause cette définition du marché du crédit à la consommation et de le sous-segmenter alors que la consultation menée auprès des consommateurs invitait l'Autorité à distinguer le marché des crédits affectés, le marché des crédits personnels (dont les prêts personnels renouvelables) et les marchés d'autres formes de crédits, dont la location-vente et la location avec option d'achat pour l'acquisition de véhicules automobiles en soulignant que les différents types de crédits à la consommation n'étaient pas équivalents.

En outre, dans une 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, l'Autorité avait retenu, à l'initiative de la

partie notifiante, l'existence d'un marché de distribution de services de location de véhicules neufs tout en laissant ouverte la question de la substituabilité entre les prestations sous contrat de location longue durée (LLD) et les solutions de LOA et location-vente (ou crédit-bail).

La question de la substituabilité des offres de crédits à la consommation en Nouvelle-Calédonie, et notamment l'existence ou non d'un segment de marché spécifique à l'acquisition de véhicules neufs en Nouvelle-Calédonie sur lequel les crédits à la consommation et la LLD seraient éventuellement substituables, méritait donc une analyse approfondie.

A l'issue d'un examen approfondi, l'Autorité a constaté que l'ensemble des acteurs bancaires estimaient, comme la partie notifiante, qu'il n'est pas pertinent d'envisager une segmentation spécifique dédiée à l'acquisition de véhicules neufs ; que deux tiers des répondants considéraient que les différents modes de crédit à la consommation sont substituables entre eux tout comme les représentants de l'IEOM, bien que les avis restaient partagés (50/50) sur le caractère substituable ou non des services de LLD avec des crédits à la consommation (LOA ou crédit-bail).

Compte tenu de ces éléments et en raison du faible nombre de réponses à la consultation adressée aux consommateurs non confortées par des éléments complémentaires recueillis au cours de la phase d'instruction approfondie pour confirmer le bien-fondé d'une segmentation plus fine du marché du crédit à la consommation, l'Autorité a conduit l'analyse concurrentielle de l'opération sur le marché du crédit à la consommation dans sa globalité.

S'agissant du marché géographique, l'Autorité s'est inscrite dans le droit fil de la pratique décisionnelle métropolitaine sur les territoires ultramarins en retenant le territoire spécifique de la Nouvelle-Calédonie, marqué par des conditions économiques et géographiques bien particulières (point 63).

Les marchés de la banque commerciale :

La pratique décisionnelle de l'autorité métropolitaine considère que la banque commerciale regroupe « *l'ensemble des services bancaires à destination des entreprises* », lesquels ont fait l'objet de diverses analyses par les autorités de concurrence métropolitaine et européenne lors de précédentes opérations de concentrations.

Au sein du marché de la banque commerciale sont distingués plusieurs marchés parmi lesquels le marché du crédit d'investissement et le marché du crédit-bail aux entreprises.

En l'espèce, la partie notifiante et la société cible étaient actives sur ces deux marchés.

Sans remettre en cause les définitions des marchés de la banque commerciale retenues par la pratique décisionnelle, la partie notifiante soulignait néanmoins le caractère substituable entre les crédits d'investissement et le crédit-bail aux entreprises.

A l'issue de l'examen approfondi de l'opération, l'Autorité a considéré que si le crédit-bail peut être considéré comme une forme de crédit d'investissement pour le financement de biens d'équipement à usage professionnel, il fait l'objet de caractéristiques spécifiques qui justifient qu'il soit appréhendé comme un marché distinct de celui du crédit d'investissement, tel qu'il est d'usage dans la pratique décisionnelle métropolitaine (point 77) :

- Le crédit-bail aux entreprises est le plus souvent utilisé pour financer des équipements qui ont une durée de vie courte et qui doivent donc être renouvelés rapidement alors que le crédit d'investissement vise principalement à financer des opérations amortissables sur une plus longue durée ;
- D'un point de vue comptable, le crédit-bail aux entreprises permet une plus grande souplesse dans la gestion des immobilisations et présente l'avantage important de ne pas avancer la TGC sur l'intégralité de l'investissement contrairement au crédit d'investissements. En outre, il ne grève pas la capacité d'endettement des entreprises car il ne figure pas au bilan de l'entreprise ;
- Le crédit-bail aux entreprises est généralement plus onéreux que le crédit d'investissement classique et moins intéressant lorsque les crédits-bailleurs imposent le versement d'un dépôt de garantie ou un premier loyer important dans le barème de location ;
- En Nouvelle-Calédonie, ce ne sont pas les mêmes opérateurs qui proposent des crédits d'investissement et du crédit-bail aux entreprises ;
- Enfin, le schéma de financement d'un investissement en crédit-bail ne permet pas d'être éligible aux dispositifs de défiscalisation nationale et locale contrairement au crédit d'investissement.

Concernant le marché géographique, au regard de l'insularité de la Nouvelle-Calédonie, de son éloignement géographique par rapport à la métropole ainsi que des spécificités des économies locales, l'Autorité a défini le marché géographique à l'ensemble du territoire calédonien.

b. Le marché du crédit aux collectivités

Le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a défini le marché du crédit aux collectivités locales comme « *l'activité de prêts aux collectivités locales et aux autres entités de droit public, à leurs émanations, aux entreprises concessionnaires chargées de gérer un service public et le financement des grands équipements et infrastructures* ». Les réponses au test de marché adressé au secteur bancaire ont confirmé cette définition du marché et retenu une définition géographique du marché territoriale.

c. Le marché de la distribution de produits d'assurance pour compte de tiers

L'opération concernée par la décision n° [2020-DCC-05](#) concernait également le secteur des produits d'assurance pour compte de tiers. La pratique décisionnelle de l'Autorité métropolitaine définit ce marché comme la « *commercialisation et la gestion administrative des garanties ou contrats d'assurance dont le risque est porté par des assureurs tiers* »⁵⁶.

Une sous-segmentation est laissée ouverte en fonction des canaux de distribution (agents, courtiers, autres intermédiaires à l'exception de la distribution directe par les compagnies d'assurances) ainsi que du risque assuré et du type de clientèle.

⁵⁶ Voir par exemples les décisions n°16-DCC-2016 du 8 décembre 2016 relative à l'affiliation de la Mutuelle UMC à la SGAM Klésia Assurances, points 13 et suivants, ou n°17-DCC-119 du 27 juillet 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de Mutex par Harmonie Mutuelle, points 15 et suivants.

En l'espèce la partie notifiante ne distribuait auprès de sa clientèle de particuliers et d'entreprises que des assurances d'opérations de crédit (« assurance emprunteur » pour les particuliers) et précisait qu'elle n'était par ailleurs pas courtier d'assurances.

L'Autorité en a déduit que le marché pertinent était celui de la distribution de produits d'assurance pour le compte de tiers en Nouvelle-Calédonie, la délimitation géographique étant laissée ouverte puisque les conclusions de l'analyse concurrentielle demeuraient inchangées.

6. Dans le secteur des pièces automobiles

Décision n° [2020-DCC-13](#) du 20 novembre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif par la Société d'Importation Automobile SAS du fonds de commerce de maintenance et réparation des véhicules particuliers et utilitaires exploité par la société Auto Mécanique

Le marché de l'approvisionnement en pièces de rechange et d'accessoires automobiles :

La pratique décisionnelle calédonienne et métropolitaine considère que l'approvisionnement en pièces de rechange et accessoires automobiles constitue un marché de produits distinct. Elle retient également une segmentation de ce marché en fonction du canal de distribution, du type de pièce et du type de voiture concerné, étant précisé que les accessoires automobiles ne sont pas considérés comme des pièces détachées⁵⁷.

La pratique décisionnelle métropolitaine a opéré une sous-segmentation des canaux de distribution de l'approvisionnement en pièces de rechange et accessoires automobiles :

- Le marché des ventes aux constructeurs automobiles pour l'équipement neuf « *Original Equipment Manufacturer* » (OEM) et pour l'approvisionnement de leurs réseaux de concessionnaires en pièces de rechange « *Original Equipment Services* » (OES) ;
- Le marché de la revente de pièces de rechange par les revendeurs indépendants (IAM). C'est sur le marché IAM que se retrouvent les pièces de rechange distribuées par des réseaux de grande distribution ou de spécialistes de l'entretien de véhicules.

Concernant les pièces détachées de rechange la pratique décisionnelle métropolitaine a repris la distinction établie par le règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002 :

- (i) les pièces d'origine ;
- (ii) les pièces de qualité équivalente ;
- (iii) les autres pièces détachées.

Enfin, s'agissant des véhicules, la pratique décisionnelle distingue les pièces destinées aux véhicules de tourisme et des véhicules commerciaux légers, des pièces destinées aux poids lourds⁵⁸.

En l'espèce, l'Autorité a observé que seul le groupe Jeandot, acquéreur de la cible, s'approvisionnait en pièces de rechange et accessoires automobiles pour les revendre à la cible, la société Auto Mécanique. Par conséquent, il n'y avait pas lieu de considérer qu'ils étaient tous deux présents sur ce marché amont. S'agissant du marché géographique,

⁵⁷ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-DCC-182.

⁵⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 16-DCC-161.

l'Autorité a constaté que l'approvisionnement de pièces de rechange et d'accessoires automobiles était de dimension mondiale.

Le marché de la distribution de pièces de rechange et d'accessoires automobiles :

La pratique décisionnelle calédonienne, concordante avec la pratique métropolitaine, distingue dans les secteurs de la distribution de véhicules automobiles et de la distribution de véhicules industriels :

- (i) le marché de la distribution de pièces de rechange et d'accessoires automobiles ;
- (ii) le marché des services d'entretien et de réparation de véhicules.

Cette distinction se fonde sur la nature différente de la demande en opposant la « *vente au comptoir* » au marché des services de réparation et d'entretien : « *le client (particulier ou professionnel) souhaitant, dans un cas, uniquement acheter une pièce ou un accessoire et, dans l'autre cas, faire réparer son véhicule automobile par un professionnel, réparation qui nécessite généralement le changement d'une pièce défectueuse* » (point 41).

Au sein du marché de la distribution de pièces de rechange et d'accessoires automobiles, l'autorité métropolitaine distingue les pièces détachées et accessoires en fonction de la catégorie à laquelle appartiennent les fournisseurs :

- (i) les pièces d'origine fournies par les constructeurs ;
- (ii) les pièces d'origine identiques fournies par les fabricants de pièces détachées ;
- (iii) les pièces de rechange de qualité équivalente fournies par d'autres fabricants de pièces de rechange⁵⁹.

Concernant la distinction fondée sur le type de clientèle, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne l'a pas jugée opportune « *compte tenu du fait que les mêmes pièces sont vendues tant à des professionnels qu'à des particuliers et que les canaux de distribution ne diffèrent pas fondamentalement entre ces types de clientèles* » (point 42)⁶⁰.

En l'espèce, seul l'acquéreur était présent sur le marché de la distribution de pièces de rechange et d'accessoires automobiles car cette activité est toujours couplée à des services d'entretien et de réparation chez la cible. Ainsi le marché pertinent retenu est le marché global de la distribution de pièces détachées et d'accessoires automobiles.

L'Autorité précise dans sa décision que, compte tenu des spécificités du marché calédonien liées à son étroitesse et son insularité, le marché géographique est restreint à la Nouvelle-Calédonie.

Le marché des services d'entretien et de réparation de véhicules automobiles :

S'agissant des services d'entretien et de réparation de véhicules automobiles, la pratique décisionnelle de l'Autorité distingue :

⁵⁹ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 16-DCC-161 et 19-DCC-182 précitées.

⁶⁰ Voir les arrêtés n° 2015-31/GNC du 20 janvier 2015 relatif à la prise de contrôle exclusif du fonds de concession automobile du 20 janvier 2015 la marque Nissan, situé à Nouméa, par la société Calénis, filiale du groupe Bernard Hayot, n° 2015-715/GNC du 6 mai 2015 relatif à la prise de contrôle exclusif des sociétés AS et SIDAPS par la société Mahobam, filiale du groupe Bernard Hayot (GBH) et n° 2017-1821/GNC du 8 août 2017 relatif à la prise de contrôle exclusif de la société Maintenance Pacifique Sarl par la société Supercal Equipement, filiale du groupe Jeandot.

- (i) les services après-vente d'entretien et de réparation rendus dans le cadre de la garantie contractuelle du constructeur ;
- (ii) les autres prestations de services de réparation et d'entretien⁶¹.

Cette segmentation s'explique par les choix dont disposent les consommateurs en matière d'entretien et de réparation de véhicule selon le type d'intervention recherchée. S'appuyant sur les constatations du gouvernement dans un arrêté de 2015⁶², l'Autorité retient que : « *Le remplacement de pièces détachées d'origine ou les travaux effectués dans le cadre de la mise en œuvre de la garantie contractuelle seront généralement réalisés par le revendeur ou garagiste agréé* » (point 49). « *En revanche, le recours à une offre alternative en dehors de ce réseau est plus fréquent lorsque l'utilisateur décide de remplacer certaines pièces, dites d'usure, non spécifiques au modèle de véhicule (comme des batteries) ou lorsqu'il souhaite faire effectuer des réparations ou des contrôles relativement peu sophistiqués, qualifiés de « services express » par la profession* » (point 50).

En l'espèce, la partie notifiante faisait notamment valoir qu'une segmentation selon la marque des voitures ou les prestations réalisées serait pertinente. Or, l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de retenir une segmentation plus fine du marché de la réparation et de l'entretien de véhicules automobiles pour les besoins de l'analyse concurrentielle de l'opération. Le marché a donc été analysé globalement et à l'échelle de la Nouvelle Calédonie.

7. Dans le secteur de la santé

Décision n° [2020-DCC-10](#) du 17 aout 2020, relative à la prise de contrôle exclusif par la société La Chery SAS de la société Cassiope SARL et à l'acquisition de l'activité fourniture de repas de la société Lunch NC

Le marché des centres de soins de suite et de réadaptation :

La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine a opéré une distinction entre le marché pertinent des centres de soins de suite et de réadaptation (SSR) et celui de l'hébergement de longue durée des personnes âgées⁶³.

Dans le cadre de la décision n° [2020-DCC-10](#), l'Autorité a confirmé l'existence d'un marché des centres de soins de suite et de réadaptation en Nouvelle-Calédonie.

Le marché de la restauration collective :

Cette décision concernait également le marché de la restauration collective que le gouvernement avait déjà eu l'occasion de définir en 2017⁶⁴.

L'Autorité rappelle donc dans la décision n° [2020-DCC-10](#) que : « *La pratique décisionnelle des autorités de concurrence calédonienne et métropolitaine considère que l'activité de restauration collective, consistant à préparer et à servir des repas complets, ainsi que tous les services nécessaires à la distribution de ces repas, pour le compte de clients qui ont décidé d'externaliser cette activité, constitue un marché pertinent distinct de la restauration de concession qui consiste à fournir un service de restauration dans des zones affectées*

⁶¹ Voir les arrêtés n° 2015-31/GNC et n° 2015-715/GNC

⁶² *Ibid.*

⁶³ Voir ADLC, décision du 21 février 2014, n° 14-DCC-22

⁶⁴ Voir l'arrêté n°2017-2121/GNC relatif à la prise de contrôle exclusif de la SAS Restauration Française par la SARL Société Alimentaire Océanienne (Newrest Group Holding SA).

principalement à une autre activité (aéroports, gares, musées, commerces de détail, etc.) » (point 78).

Si la pratique décisionnelle métropolitaine estime qu'il n'y a pas lieu de segmenter le marché entre les différents domaines de la clientèle car les principaux prestataires adaptent leurs offres en fonction du type de clients sans se spécialiser dans un type de clientèle, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a considéré qu'il était utile de distinguer quatre principaux segments en fonction de la clientèle visée :

- (i) le segment « Travail » ;
- (ii) le segment « Scolaire » ;
- (iii) le segment « Santé-social » ;
- (iv) le segment « autres » regroupant l'ensemble des autres catégories de clients n'entrant pas dans les trois premiers segments.

En l'espèce la société cible fournissait des repas exclusivement au centre de soins de suite et de réadaptation, se plaçant ainsi sur le segment « santé-social » du marché de la restauration collective en Nouvelle-Calédonie.

Pour sa part, l'Autorité a conclu dans son analyse concurrentielle que la définition du marché pertinent pouvait rester ouverte puisque les conclusions de l'analyse restaient inchangées, indépendamment de la délimitation du marché de services retenue. Le marché géographique a pour délimitation le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

8. Dans le secteur de l'édition

Décision n° [2020-DCC-09](#) du 29 juillet 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti

[Les marchés du traitement de documents et de données pour compte de tiers :](#)

Selon l'Autorité de la concurrence métropolitaine⁶⁵, le marché du traitement de documents et de données pour compte de tiers correspond à l'ensemble du « *processus intégrant le traitement de flux entrants, circulants et sortants des documents et données des entreprises ou des administrations qui peuvent soit gérer ce processus en interne, soit déléguer tout ou partie de la gestion à des prestataires externes* » (point 49).

La pratique décisionnelle métropolitaine a sous-segmenté le marché du traitement de documents et de données pour le compte de tiers :

- (i) le marché du traitement de documents et de données entrants ;
- (ii) le marché du traitement de documents et de données sortants.

L'Autorité observe dans sa décision n° [2020-DCC-09](#) que « *les sociétés Sogesti et Contact & Vous sont simultanément actives sur le marché du traitement de documents et de données sortants, tandis que le groupe Courte & Fils est le seul actif sur le marché du traitement de documents et de données entrants par le biais de sa filiale, la société Nouméa GED* ».

⁶⁵ Voir les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°19-DCC-259 du 18 décembre 2019 ; n° 11-DCC-32 du 22 février 2011 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe La Poste par la Caisse des Dépôts et Consignations et l'État français.

L'analyse conduite par l'Autorité a montré qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause cette définition au cas d'espèce, le marché géographique étant celui du territoire calédonien.

Le marché connexe des services informatiques :

La pratique décisionnelle métropolitaine et européenne retient l'existence d'un marché des services informatiques, en le sous-segmentant en sept catégories fonctionnelles⁶⁶.

A partir d'un test de marché, l'Autorité a observé qu'en l'espèce le marché des services informatiques ne peut pas être considéré comme un marché amont du marché du traitement de documents et de données pour compte de tiers. En effet, l'Autorité a observé que la solution informatique GED, proposée par l'une des cibles, entre dans une sous-catégorie des services informatiques. Or, « *le marché du traitement de documents et de données sortants sur lequel la société acquéreuse et l'une des cibles sont actives, à l'origine défini comme le marché du traitement externalisé de courriers, n'implique pas nécessairement une solution informatique de GED en amont, ce que souligne par ailleurs l'un des acteurs interrogés* » (point 78).

L'Autorité a cependant conclu, à l'issue de son analyse concurrentielle, que le marché des services informatiques avait un lien de connexité avec le marché du traitement de documents et de données sortants pour compte de tiers.

⁶⁶ Voir les décisions de la Commission européenne COMP/M.8765 du 16 avril 2018, Lenovo/Fujitsu/FCCL ; COMP/M.8180 du 21 décembre 2016 Verizon/Yahoo.

D. L'analyse concurrentielle

L'analyse concurrentielle permet à l'Autorité d'apprécier les effets d'une opération de concentration au sens de l'article Lp. 431-1 du code de commerce (opération de croissance externe) sur un ou plusieurs marchés pertinents délimités conformément aux principes du droit de la concurrence.

Dès lors, l'Autorité analyse les potentiels effets horizontaux, verticaux et / ou congloméraux ainsi que les risques d'effets coordonnés induits par la réalisation de l'opération envisagée.

Lorsqu'il subsiste, à l'issue de cette analyse, un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, les dispositions de l'article Lp. 431-6 du code de commerce permettent à l'Autorité de procéder à un examen approfondi pour vérifier si l'opération « *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* ».

1. 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.

Il ressort d'une jurisprudence constante qu'une position dominante est caractérisée par la capacité de se comporter sans avoir à tenir compte, dans sa stratégie de marché, de la concurrence des autres opérateurs présents sur le marché et sans, pour autant, subir des effets préjudiciables du fait de leur présence sur le marché.

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.* »⁶⁷ (Soulignement ajouté).

En revanche, des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important étant précisé qu'une telle présomption peut toutefois être réfutée au motif que la part de marché n'est que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante.

Tous les facteurs susceptibles de contribuer à un tel pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte :

- (i) le degré de concentration du marché ;
- (ii) le niveau de différenciation des produits des parties ;

⁶⁷ Voir le point 97 de la décision n° [2020-DCC-09](#) du 29 juillet 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti.

- (iii) la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ;
- (iv) la probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ;
- (v) la puissance d'achat des clients.

Une opération de concentration horizontale peut également créer ou renforcer les incitations des entreprises présentes sur le marché à coordonner leur comportement, sans qu'il leur soit nécessaire de procéder à la conclusion d'un accord explicite. On parle alors d'effets horizontaux coordonnés.

Décision n° [2020-DCC-03](#) du 5 février 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Tiéa Energie par la SAS JMB Solar

Dans le secteur de la production d'électricité, l'Autorité a autorisé dans sa décision n° [2020-DCC-03](#) la prise de contrôle exclusif de la SARL Tiéa Energie Solar par la SAS JMB Solar, filiale de la société Total Quadran SAS.

L'acquéreur et la cible étaient tous deux présents sur le marché de la production et de la vente en gros d'électricité. Toutefois, l'opération et le chevauchement d'activités qui en résulte n'étaient pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur ce marché car « *l'incrément de part de marché résultant du rachat de la centrale Tiéa Energie (était) négligeable* » (point 73) et la part de marché maximale de la nouvelle entité à l'issue de l'opération était inférieure à 20 %, notamment en raison du nombre important de centrales photovoltaïques en exploitation (7) ou en cours de création (4).

L'Autorité a donc conclu que l'opération envisagée n'était pas de nature à porter atteinte au fonctionnement du marché par le biais d'effets horizontaux.

Décision n° [2020-DCC-13](#) du 20 novembre 2020, relative à la prise de contrôle exclusif par la Société d'Importation Automobile SAS du fonds de commerce de maintenance et réparation des véhicules particuliers et utilitaires exploité par la société Auto Mécanique

Les risques d'atteinte à la concurrence ont également été écartés dans la décision n° [2020-DCC-13](#) concernant le rachat du fonds de commerce de la SARL Auto Mécanique par la Société d'importation automobile (SIA) qui appartient au groupe Jeandot.

L'Autorité a constaté que les deux sociétés étaient présentes sur le marché des services d'entretien et de réparation de véhicules automobiles en Nouvelle-Calédonie et que le groupe Jeandot intervenait également sur le marché amont de l'approvisionnement en pièces de rechange et d'accessoires automobiles (de dimension mondiale) ainsi que sur le marché aval de la distribution de pièces de rechange et d'accessoires automobiles (de dimension calédonienne).

Si l'opération envisagée entraînait un chevauchement d'activités sur le marché aval de la distribution des services d'entretien et de réparation des véhicules automobile, l'analyse concurrentielle a montré que la part de marché de la nouvelle entité resterait inférieure à 25 % (point 66). L'opération n'était donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence au titre des effets horizontaux.

Décision n° [2020-DCC-14](#) du 28 décembre 2020, relative à la prise de contrôle exclusif par Monsieur et Madame Gehin de la SARL Best Supermarket et de la SARL Best Butcher et Décision n° [2020-DCC-15](#) du 28 décembre 2020, relative à la prise de contrôle exclusif par Monsieur Do de la SARL Michel Ange Tontouta, SARL Costaud's et la SCI Puay's

Dans le secteur du commerce de détail, l'Autorité a autorisé, dans deux décisions, la prise de contrôle exclusif par Monsieur Do de la SARL Michel Ange Tontouta, SARL Costaud's et la SCI Puay's appartenant aux époux Gehin (décision n° [2020-DCC-15](#)) et la prise de contrôle exclusif par Monsieur et Madame Gehin de la SARL Best Supermarket et de la SARL Best Butcher appartenant à M. Do (décision n° [2020-DCC-14](#)). Ces deux opérations de concentration devaient être réalisées de manière concomitante.

La SARL Michel-Ange Tontouta exploite le supermarché « Auchan Tontouta ». La SARL Costaud's exploite le commerce de détail « Quincaillerie de Tontouta » et la SCI Puay's gère les murs de ces deux magasins. La boucherie Best Butcher est intégrée au magasin Best Supermarket.

Si les cibles interviennent sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire, l'Autorité a toutefois écarté le risque d'effets horizontaux en constatant que « *le magasin Best Supermarket ne se situe pas dans la même zone de chalandise que les magasins Auchan Michel Ange et Auchan Tontouta de sorte qu'il n'existe pas de chevauchement horizontal de ces enseignes sur la zone de chalandise concernée* » (point 61).

L'Autorité a donc conclu que la part de marché des époux Gehin sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire serait marginale et que l'opération de vente croisée envisagée n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par des effets horizontaux.

Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical

L'Autorité n'a pas non-plus relevé de risques d'effets horizontaux dans sa décision n° [2020-DCC-05](#) relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical, filiale de la Société Générale Calédonienne des Banques (SGCB).

A l'occasion de cette décision qui concernait le secteur des services bancaires en Nouvelle-Calédonie et marginalement celui de la distribution de produits d'assurances pour compte de tiers, l'Autorité a constaté que seuls deux marchés étaient principalement affectés par l'opération : le marché du crédit à la consommation et le marché du crédit-bail aux entreprises, considéré comme un marché distinct du marché du crédit d'investissement aux entreprises.

Sur le marché du crédit à la consommation, la part de marché de la nouvelle entité était en effet comprise entre 30 et 40%, grâce à un incrément non-négligeable évalué entre 10 et 15%, de sorte que la nouvelle entité devenait le premier opérateur du marché devant les autres banques traditionnelles (BCI, BNC et BNCP), les établissements financiers (Nouméa Crédit et BPCE Lease) et les opérateurs hors zone, sans toutefois acquérir une position dominante.

L'Autorité a constaté que si la concentration du marché était renforcée du fait de l'opération mais, elle restait à un niveau légèrement inférieur à celui observé par l'IEOM sur l'ensemble des marchés bancaires et à un niveau très inférieur à celui constaté dans d'autres territoires insulaires du Pacifique. En outre, l'Autorité observait que « *malgré le renforcement de la*

concentration du marché du crédit à la consommation due à l'opération, la nouvelle entité ne devrait pas être en mesure de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (point 138).

Sur le marché du crédit-bail aux entreprises, la part de marché des parties à l'issue de l'opération était de 30 à 40 % grâce à un incrément de parts de marché de 20 à 30 %. L'Autorité a toutefois constaté que la nouvelle entité resterait concurrencée par BPCE Lease, principal acteur du marché avec 50 à 60 % de parts de marché, et de façon résiduelle, par Nouméa Crédit qui disposait de moins de 10 % de parts de marché. L'opération n'était donc pas de nature à restreindre le jeu de la concurrence par le biais d'effets horizontaux unilatéraux.

Décision n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020, relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL

En revanche, des engagements ont été requis par l'Autorité pour remédier à de potentiels effets horizontaux dans une décision concernant le secteur du matériel agricole. L'opération consistait en deux opérations simultanées :

- (i) l'acquisition par la SARL Agridis de l'intégralité des parts sociales détenues par l'associé unique de la SARL Agricenter ;
- (ii) l'acquisition, dans le même temps, par l'associé unique de la SARL Agricenter de parts sociales détenues par l'associé unique de la SARL Agridis.

L'analyse de l'actionnariat des parties a permis de constater qu'avant l'opération, l'associé unique de la SARL Agridis détenait une participation minoritaire qui lui conférait néanmoins une influence déterminante sur la SARL Ceres Equipement, active sur le marché de la distribution au détail de tracteurs de moins de 50 cv, et dont l'autre associé détenait la totalité du capital de la SARL Marconnet, active sur le même marché.

De même, l'associé unique de la SARL Agricenter détenait une influence déterminante sur la SARL Agritech NC, active depuis octobre 2018 sur les marchés amont de l'approvisionnement de matériel agricole, qui n'avait toutefois réalisé aucun chiffre d'affaires en 2018-2019.

L'analyse concurrentielle de l'opération a conduit l'Autorité à considérer l'existence de risques d'effets horizontaux unilatéraux sur trois marchés principaux :

- Le marché de la distribution au détail de machines agricole ;
- Le marché de la distribution au détail de tracteurs de plus de 50 cv.
- Le marché de la distribution au détail de tracteurs de moins de 50 cv.

S'agissant du marché aval de la distribution de machines agricoles, l'Autorité a écarté le risque d'effet horizontal au terme d'un examen approfondi de la situation concurrentielle, sur le fondement de l'article Lp. 431-6 du code de commerce.

En l'espèce, la part de marché de la nouvelle entité atteignait entre 50 et 60 %, avec un incrément de parts de marché de 30 à 40 %, laissant présumer l'existence d'une position dominante. De plus, à l'issue de l'opération, la nouvelle entité était amenée à proposer 42 % des marques présentes sur le territoire.

Toutefois, le test de marché réalisé dans ce cadre a permis de conclure que « *si l'opération est susceptible de conduire à la création d'une position dominante de la nouvelle entité sur le marché de la distribution au détail de machines agricoles au regard de ses parts de marché, la nouvelle entité ne devrait pas pouvoir en abuser en raison de l'existence de sources alternatives crédibles d'approvisionnement des clients si celle-ci décidait d'augmenter ses prix ou de détériorer la qualité de services offerte à ses clients* ». En effet, les concurrents interrogés ont principalement souligné :

- L'existence d'une forte concurrence sur le marché en cause et l'absence de barrières à l'entrée ;
- L'absence d'accord exclusif d'importation formalisé ou tacite avec les fournisseurs, le distributeur pouvant à la fois acheter aux fabricants ou aux grossistes ;
- Le fait qu'aucune marque ne soit considérée comme incontournable sur ce marché, rendant ainsi les produits hautement substituables ;
- L'absence d'obligation d'achat des clients vis-à-vis des fournisseurs de machines agricoles.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté que les distributeurs ne disposaient d'aucune puissance d'achat auprès des fournisseurs et que l'opération n'aurait pas pour conséquence d'élargir le portefeuille de marques puisque les deux entités vendent déjà majoritairement les mêmes marques. Enfin, le niveau de marge pratiqué sur leur prix de vente au détail était relativement limité.

S'agissant du marché de la distribution au détail de tracteurs de plus de 50 cv, les parties disposaient d'une part de marché estimée à environ 25 à 35% à l'issue de l'incrément de part de marché de 15 à 25%. Cependant l'Autorité a constaté que la nouvelle entité serait soumise à une concurrence de plusieurs acteurs importants sur le marché. L'opération n'était donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux sur ce marché.

Sur le marché de la distribution au détail de tracteurs d'une puissance de moteur inférieure à 50cv, l'Autorité a, en revanche, relevé un risque d'effet horizontal en raison de l'étendue du portefeuille de marques de la nouvelle entité.

L'Autorité en effet constaté qu'« *à l'issue de l'opération, la nouvelle entité disposerait donc d'une part de marché de [80-90] %, avec un incrément de parts de marché de [5-15] % et l'élargissement de son portefeuille de marques non exclusives à la moitié des marques de tracteurs d'une puissance de moteur inférieure à 50 cv vendues actuellement sur le territoire* » (point 125).

Dès lors, l'entité issue de l'opération renforçait la position dominante dont disposait déjà la société acquéreuse sur le marché des tracteurs d'une puissance de moteur inférieure à 50 cv de sorte qu'elle était susceptible de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause. En conséquence, des engagements ont été proposés par les parties notifiantes pour remédier aux préoccupations de concurrence soulevées par l'instruction.

Décision n° [2020-DCC-09](#) du 29 juillet 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti

Dans le secteur de l'édition, l'Autorité a examiné, dans sa décision n° [2020-DCC-09](#), les effets horizontaux et congloméraux relatifs au rachat par le groupe Courte et Fils, à travers sa filiale Sogesti, de la société SARL HCV, société mère et associée unique de la SARL Contact & Vous.

Cette décision d'autorisation faisait suite à une première décision de l'Autorité n° [2019-DCC-07](#) rendue le 27 novembre 2019 qui accordait, à titre dérogatoire la possibilité pour la société Sogesti de réaliser cette opération sous certaines réserves avant l'examen complet du dossier par l'Autorité, en raison du risque de cessation de paiement des sociétés HCV et Contact & Vous.

A l'issue de l'examen complet de l'opération, l'Autorité a constaté que les sociétés Sogesti et Contact & Vous étaient simultanément actives sur le marché du traitement de documents et de données sortants tandis que le groupe Courte & Fils était également actif sur le marché connexe du traitement de documents et de données entrants par le biais de sa filiale, la société Nouméa GED qui dispose de 50 à 60 % de parts de marché.

L'opération était donc de nature à renforcer la concentration sur le marché du traitement de documents et de données sortants car le rachat de la société Contact & Vous par la société Sogesti conduisait à ce qu'il ne reste plus que deux opérateurs sur le marché : la nouvelle entité disposant désormais de 20 à 30 % de parts de marché grâce à un incrément de moins de 10 % de parts de marché et son concurrent, la société CSB, qui restait toutefois largement dominante avec une part de marché estimée entre 70 et 80 %.

L'Autorité a conclu que l'opération est « *susceptible de restreindre la concurrence sur le marché du traitement de documents et de données sortants pour compte de tiers en Nouvelle-Calédonie du fait de la disparition d'un des trois seuls concurrents présents jusqu'alors* » (point 107).

2. Les effets coordonnés

Conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, l'Autorité 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 davantage susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, peuvent le faire plus facilement⁶⁸.

« De tels effets sont envisageables lorsqu'une opération de concentration conduit à l'émergence d'un oligopole sur le marché et a comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord et sans que les concurrents

⁶⁸ Voir les points 507 et suivants des nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations.

*actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective*⁶⁹ » (points 151 et 152 de la décision n° [2020-DCC-04](#)).

Trois conditions nécessaires ont été identifiées par la jurisprudence aux fins d'appréciation des effets coordonnés lors d'une opération de concentration :

- Une condition de détection (chaque membre de l'oligopole doit pouvoir connaître le comportement des autres membres) ;
- Une condition de dissuasion (la situation tacite doit se maintenir dans la durée par une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune) ;
- Une condition de non-contestation (les consommateurs et les concurrents actuels et potentiels ne sont pas en mesure de remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune)⁷⁰.

En ce qui concerne la première condition, l'Autorité a précisé dans sa décision n° [2020-DCC-05](#) que chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître suffisamment le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action (point 156).

Elle ajoute qu'il est d'autant plus raisonnable d'anticiper une coordination des comportements sur un marché, qu'il est simple pour les entreprises concernées de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination. Pour cela, ces entreprises doivent partager une même vision s'agissant des stratégies qui peuvent être considérées comme conformes à la ligne de conduite commune, ainsi que de celles qui ne le sont pas (point 157).

Elle souligne également que la probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle et une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché est d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, sont stables et peu complexes (point 158).

Faisant référence aux lignes directrices de l'Autorité métropolitaine de la concurrence, elle rappelle que l'analyse des effets coordonnés doit tenir notamment compte des éléments suivants :

- Le nombre d'opérateurs sur le marché : il est plus simple de s'entendre sur les modalités d'une coordination lorsque les participants potentiels sont peu nombreux ;
- La symétrie des entreprises : une définition commune de la manière dont doit fonctionner la coordination est d'autant plus facile à obtenir que les entreprises concernées sont semblables. La symétrie peut exister notamment au niveau de la structure des coûts, des parts de marchés, des capacités de production ou du degré d'intégration verticale ;
- L'homogénéité du produit : un accord de coordination sur les prix est plus aisé à mettre en place si celui-ci concerne des produits homogènes. Lorsqu'il existe une forte différenciation des produits, la coordination est rendue périlleuse par la dispersion des niveaux de prix qui en découle ;

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Voir le paragraphe 739 des nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, relatif à l'arrêt du Tribunal de Première Instance de la Commission Européenne T-342/99, *Airtours plc. contre Commission* du 6 juin 2002.

- L'existence d'une clientèle réduite qui peut constituer un vecteur de transmission d'information d'un concurrent à l'autre ;
- La stabilité de la demande : de fortes fluctuations de la demande modifient constamment l'ampleur des incitations à la déviation et contraignent les oligopoleurs à un ajustement permanent des modalités de la coordination. A contrario, une demande stable facilite l'émergence d'une ligne de conduite commune et pérenne ;
- L'importance de l'innovation : l'innovation étant source d'instabilité, un marché sur lequel celle-ci est peu présente constitue un terrain favorable à l'émergence d'une vision commune s'agissant des conditions de coordination (point 158).

L'Autorité précise que la probabilité d'une coordination des comportements et d'une capacité de détection en cas de comportements déviants est par ailleurs renforcée par l'existence de liens structurels entre les entreprises et l'accès aux données de marché car les différentes informations que peuvent obtenir et échanger les oligopoleurs, notamment sur l'évolution de la demande ou des prix favorisent l'émergence d'une ligne de conduite commune (point 159).

L'Autorité rappelle enfin que selon les autorités de concurrence françaises et européenne, « pour l'application de ces conditions, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun des desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite » (point 165).

Décision n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020, relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL

Dans sa décision n° [2020-DCC-04](#), l'Autorité a examiné si la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis et Agricenter pouvait comporter des risques d'effets coordonnés.

En effet, la nouvelle entité devait notamment opérer sur le marché aval de la distribution de matériel agricole alors que l'associé unique de la SARL Agricenter détenait une participation minoritaire qui lui conférait néanmoins une influence déterminante sur la SARL Agritech NC, active depuis octobre 2018 sur les marchés amont de l'approvisionnement de matériel agricole. Il existait donc un risque d'échanges d'informations confidentielles auquel les engagements pris par les parties ont toutefois permis de remédier (point 211).

En revanche, l'Autorité a constaté que « le marché des machines agricole est très hétérogène et comprend plusieurs gammes de produits étendues qui rendraient difficile un alignement tacite sur les prix entre la nouvelle entité et ses deux principaux concurrents » (point 156). L'Autorité a donc estimé que les risques d'effets coordonnés sur le marché de la distribution des machines agricoles pouvaient être écartés.

Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020⁷¹, relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical

A l'occasion de sa décision n° [2020-DCC-05](#), l'Autorité a analysé si la prise de contrôle exclusif de la société Socalfi par la société Crédical était susceptible de favoriser la coordination des comportements sur le marché du crédit-bail.

En effet, sur ce marché, la part de marché des parties à l'issue de l'opération serait de [35-45] %. Or, même si la nouvelle entité restera concurrencée par l'acteur principal du marché

⁷¹ Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical.

qu'est BPCE Lease qui dispose de [50-60] % de parts de marché et de façon résiduelle, par Nouméa Crédit qui dispose de [0-10%] de parts de marché, l'Autorité a constaté que l'opération renforcera considérablement la concentration sur le marché par rapport à celui observé sur l'ensemble des marchés bancaires ultramarins en particulier. Elle aboutira, en effet, à la création d'un oligopole restreint à trois établissements financiers dont la nouvelle entité et Nouméa Crédit qui entretiennent depuis l'origine des liens contractuels et capitalistiques.

Etant donné cette situation, l'Autorité a conclu qu'il existait un risque d'échanges d'informations confidentielles renforcé par l'opération entre SGCB (dont Crédical), Socalfi (la cible) et Nouméa Crédit. Pour écarter ce risque, la partie notifiante a proposé des engagements.

L'Autorité a donc tenu compte de ces engagements pour écarter également le risque d'effets coordonnés sur le marché du crédit-bail après avoir constaté que les conditions de dissuasion et de non-contestation posées par la jurisprudence pour caractériser un tel risque n'était pas suffisamment démontrées.

3. Les effets verticaux

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

Décision n° [2020-DCC-03](#) du 5 février 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Tiéa Energie par la SAS JMB Solar

Dans cette décision, l'Autorité rappelle notamment qu'une concentration verticale « *peut restreindre la concurrence en rendant plus 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. On parle alors de « verrouillage » ou de « forclusion » des marchés. Une telle situation accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ses prix ou de réduire les quantités offertes* » (point 80)⁷².

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.

Conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, l'Autorité considère qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30 % sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci⁷³.

⁷² Voir également la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n°17-DCC-67 du 27 mai 2017

⁷³ Voir le point 678 des nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relative au contrôle des concentrations

En l'espèce, la prise de contrôle exclusif de la SARL Tiéa Energie Solar par la SAS JMB Solar, filiale de la société Total Quadran SAS, se traduisait notamment par l'existence d'un lien vertical entre les activités de la cible et de l'acquéreur.

En effet, si l'acquéreur et la cible étaient tous deux présents sur le marché de la production et de la vente en gros d'électricité, l'acquéreur était également présent sur le marché amont du développement, de la construction, de la gestion et de la maintenance de centrales photovoltaïques en Nouvelle-Calédonie à travers ses filiales.

Toutefois, l'Autorité a conclu que l'opération n'avait qu'un impact marginal sur ce marché amont dans la mesure où la cible assurait « *moins de 1% de la production et de la vente en gros d'électricité et moins de 2 % de la demande potentielle globale sur le marché amont* » (point 85). Le risque de verrouillage des intrants ou de la clientèle, lié au renforcement de l'intégration verticale résultant de l'opération, a donc été écarté.

Décision n° [2020-DCC-06](#) du 18 mai 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Comarec par la société Agence des mers du sud

L'Autorité a pareillement écarté les risques d'effets verticaux dans une opération intervenant dans le secteur du transport minier. L'Autorité a en effet autorisé la prise de contrôle exclusif de la société Comarec, entreprise active sur le marché du chargement minier de navires minéraliers par chalands, par la société Amsud (groupe Leroux), exerçant, via sa filiale la SARL Reviso, une activité de remorquage par barge.

La cible était par conséquent présente sur le marché aval du chalandage tandis que l'acquéreur intervenait sur le marché amont du remorquage maritime en Nouvelle-Calédonie. Toutefois, le test de marché a montré qu'aucun concurrent n'avait de réserve particulière concernant un risque de verrouillage résultant de l'opération (point 75), les parties concernées disposant en tout état de cause d'une part de marché inférieure à 30 % sur les marchés concernés.

Décision n° [2020-DCC-10](#) du 17 août 2020, relative à la prise de contrôle exclusif par la société La Chery SAS de la société Cassiope SARL et à l'acquisition de l'activité fourniture de repas de la société Lunch NC

Dans le secteur sanitaire, l'Autorité a également autorisé sans condition la réalisation de deux opérations de concentration interdépendantes consistant en l'acquisition par la SAS La Chery de 100 % du capital de la holding Cassiope ainsi que l'acquisition de l'activité de fourniture de repas exploitée par la SARL Lunch NC auprès de Calédonie Santé.

La SAS La Chery est basée en métropole et n'intervenait en Nouvelle-Calédonie qu'à travers la société Calédonie Santé dont elle détenait conjointement le capital avec la société Cassiope. La société Calédonie Santé exploitait, sur le site du Médipôle de Koutio, un centre de soins de suite et de réadaptation (CSSR) d'une capacité de 100 lits et places. La SARL Lunch NC avait quant à elle pour activité principale la fourniture de repas en Nouvelle-Calédonie, quasi-exclusivement au profit de la société Calédonie Santé.

L'Autorité a relevé que la fourniture de repas se situe sur le marché amont des centres de SSR mais a considéré après analyse que les opérations notifiées n'étaient pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés en cause. En effet, ces opérations n'impliquaient pas de changement lié à des éventuels effets verticaux puisque la société Calédonie Santé est

à ce jour la seule cliente de la société Lunch NC, elle-même fournisseur exclusif de repas du CSSR de Koutio.

Décision n° [2020-DCC-13](#) du 20 novembre 2020, relative à la prise de contrôle exclusif par la Société d'Importation Automobile SAS du fonds de commerce de maintenance et réparation des véhicules particuliers et utilitaires exploité par la société Auto Mécanique

De façon comparable, l'Autorité a conclu dans sa décision n° [2020-DCC-13](#) touchant au secteur automobile que l'opération envisagée n'était pas de nature à modifier la structure concurrentielle des marchés en cause.

L'opération concernait le rachat du fonds de commerce de la SARL Auto Mécanique par la Société d'importation automobile (SIA), appartenant au groupe Jeandot.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que le groupe Jeandot intervenait sur le marché amont de l'approvisionnement en pièces de rechange et d'accessoires automobiles (de dimension mondiale) ainsi que sur le marché aval de la distribution de pièces de rechange et d'accessoires automobiles (de dimension calédonienne).

Concernant les possibles effets verticaux de l'opération envisagée, l'Autorité a observé que :

- Sur le marché amont, la part de marché du groupe Jeandot était marginale et qu'il ne pouvait disposer d'une puissance d'achat telle qu'elle lui permette de porter atteinte à la concurrence, y compris à l'issue de l'opération.
- Sur le marché aval, la part de marché du groupe Jeandot restait inférieure à 25 % à la suite de l'opération et ses concurrents pouvaient continuer à fournir aux réparateurs indépendants des pièces de rechange nécessaires, pièces également à l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie (via internet ou grossistes situés à l'étranger).

L'Autorité a donc écarté le risque d'effet vertical.

4. Les effets congloméraux

Les effets congloméraux sont contrôlés par l'Autorité 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.

Les effets congloméraux peuvent avoir des effets restrictifs de concurrence lorsqu'ils 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.

L'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle relative aux effets congloméraux à l'occasion de l'examen de deux opérations.

Décision n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020, relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL

Ainsi, dans le cadre de sa décision n° [2020-DCC-04](#) relative à une opération de concentration dans le secteur agricole, l'Autorité a identifié des risques congloméraux et requis des

engagements pour y remédier. La concentration en question consistait en deux opérations simultanées :

- (i) l'acquisition par la SARL Agridis de l'intégralité des parts sociales détenues par l'associé unique de la SARL Agricenter ;
- (ii) l'acquisition, dans le même temps, par l'associé unique de la SARL Agricenter de parts sociales détenues par l'associé unique de la SARL Agridis.

L'analyse de l'actionnariat des parties a permis de constater qu'avant l'opération, l'associé unique de la SARL Agridis détenait une participation minoritaire qui lui conférait néanmoins une influence déterminante sur la SARL Ceres Equipement, active sur le marché de la distribution au détail de tracteurs de moins de 50 cv, et dont l'autre associé détenait la totalité du capital de la SARL Marconnet, active sur le même marché.

De même, l'associé unique de la SARL Agricenter détenait une influence déterminante sur la SARL Agritech NC, active depuis octobre 2018 sur les marchés amont de l'approvisionnement de matériel agricole, qui n'avait toutefois réalisé aucun chiffre d'affaires en 2018-2019. De fait, la nouvelle entité renforçait sa position sur les marchés avals : le marché de la distribution de tracteurs d'une puissance de moteur inférieure à 50 cv et le marché aval de la distribution de machines agricoles.

Le test de marché réalisé par l'Autorité a fait émerger des préoccupations de concurrence liées au risque d'effets congloméraux, du fait de la position dominante de la nouvelle entité sur le marché des tracteurs de moins de 50 cv comme sur celui des machines agricoles ainsi que sur des marchés connexes, tel que le marché des pièces détachées en l'espèce. En effet, les répondants au test de marché ont souligné que, du fait de sa position dominante, 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 ou services à l'achat d'autres produits ou services qu'elle distribue par ailleurs sur les marchés de détail* » (point 190). Il existait également un risque d'éviction de la concurrence sur le marché des pièces détachées et du service après-vente « *en verrouillant l'accès aux concurrents à certaines pièces détachées liées aux marques de machines et matériel agricole distribuées par les parties* » (point 191).

Compte tenu de ces réponses, l'Autorité a estimé qu'il existait un risque d'effets congloméraux se manifestant par la possibilité, pour la nouvelle entité, de lier techniquement ou commercialement ses ventes de produits ou services de façon à verrouiller les marchés et à en évincer ses concurrents au détriment des clients sur le marché (agriculteurs, éleveurs). Des engagements ont donc été proposés par les parties pour remédier à ce risque d'effets congloméraux.

Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020⁷⁴, relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical

Dans sa décision n° [2020-DCC-05](#) qui intervenait dans le secteur des services bancaires, l'Autorité a également constaté un risque d'effet congloméral et exigé des engagements de la part des parties. L'opération de concentration avait pour objet la prise de contrôle exclusif

⁷⁴ Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical.

de la SAS Socalfi par la SA Crédical, elle-même filiale de la Société Générale Calédonienne des Banques (SGCB).

L'Autorité a décidé d'engager, sur le fondement de l'article Lp. 431-6 du code de commerce, un examen approfondi de l'opération et a constaté que le marché du crédit à la consommation était particulièrement exposé au risque d'effet congloméral.

En effet, la part de marché de la nouvelle entité sur ce marché était comprise entre 30 et 40%, grâce à un incrément de parts de marché non-négligeable évalué entre 10 et 15%, de sorte que la nouvelle entité devenait le premier opérateur du marché devant les autres banques traditionnelles (BCI, BNC et BNCP), les établissements financiers (Nouméa Crédit et BPCE Lease) et les opérateurs hors zone, sans toutefois acquérir une position dominante.

De plus, les résultats du test de marché ont démontré l'existence de préoccupations de concurrence, émanant de certains concurrents aussi bien que des consommateurs craignant l'apparition d'effets congloméraux. De fait, l'élargissement de la palette des services bancaires offerts par la nouvelle entité pouvait l'inciter à inviter ses clients à concentrer leurs opérations bancaires et de crédit au sein du groupe SGCB, malgré l'interdiction légale de ventes liées posée par l'article L. 312-1-2 du code monétaire et financier.

Pour remédier à cette préoccupation, la partie notifiante, soutenue par SGCB, a proposé des engagements pour améliorer l'information de la clientèle et la sensibilisation des équipes commerciales sur l'interdiction de procéder à des ventes liées.

Décision n° [2020-DCC-09](#) du 29 juillet 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti

A l'occasion de sa décision n° [2020-DCC-09](#), l'Autorité a examiné l'opération de rachat par le groupe Courte et Fils, à travers sa filiale Sogesti, de la société SARL HCV, société mère et associée unique de la SARL Contact & Vous, active dans le secteur de l'éditique.

L'Autorité a constaté que les sociétés Sogesti et Contact & Vous étaient simultanément actives sur le marché du traitement de documents et de données sortants tandis que le groupe Courte & Fils était également actif sur le marché connexe du traitement de documents et de données entrants par le biais de sa filiale, la société Nouméa GED qui disposait de 50 à 60 % de parts de marché.

Par conséquent, compte tenu de la connexité des deux marchés, le renforcement des parts de marché du traitement de documents et de données sortants de la nouvelle entité risquait de conférer à la société Nouméa GED un « *nouvel effet de levier pour pratiquer, le cas échéant, des ventes ou remises liées pour des prestations sur ces deux marchés afin d'évincer ses concurrents* » (point 115).

Néanmoins, l'Autorité a estimé que ce risque devait être relativisé car cette situation préexistait à l'opération. De plus, le principal concurrent de la société Nouméa GED, la société CSB, disposait de 35 à 45 % de parts de marché sur le marché du traitement de documents et de données entrants et était également en position dominante sur le marché du traitement de documents et de données sortants de sorte qu'elle disposait d'un pouvoir de marché au moins équivalent, sinon plus important, que la nouvelle entité.

L'opération envisagée était en revanche susceptible d'avoir un impact non négligeable sur le troisième acteur du marché du traitement de documents et de données entrants, en raison de ses faibles parts de marché et du fait qu'il n'avait pas d'activité sur le marché connexe.

L'exception de l'entreprise défaillante

Dans sa décision n° [2019-DCC-07](#), l'Autorité a rendu, sur le fondement de l'article Lp. 431-4 du code de commerce, une décision dérogatoire ayant donné lieu en 2020 à une décision finale d'autorisation (n° [2020-DCC-09](#)) pour laquelle l'Autorité a fait application du principe de l'exception de l'entreprise défaillante.

Le principe de l'exception de l'entreprise défaillante, consacré par la jurisprudence des autorités de concurrence, permet d'envisager l'autorisation d'une opération de concentration même si elle porte atteinte à la concurrence. Il s'agit de cas particuliers, tels que « *la reprise par un concurrent d'une entreprise qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée* » (point 120 de la décision n° [2020-DCC-09](#)).

Cette pratique s'inspire de la jurisprudence de la CJCE qui, depuis un arrêt du 31 mars 1998, identifie les conditions dans lesquelles le recours à l'exception de l'entreprise défaillante peut être utilisé (voir l'arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, [aff C68/94](#)). Ces conditions dépendent de trois critères cumulatifs permettant d'identifier que « *les effets d'une concentration ne seraient pas plus dommageables pour la concurrence que la disparition de l'entreprise en difficulté* » (voir l'arrêt du Conseil d'Etat du [6 février 2004](#)) :

- Les difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise ;
- Il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise ;
- La disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

Dans le cadre de la décision n° [2020-DCC-09](#), l'Autorité a fait application de cette exception et autorisé, sans condition, le rachat des sociétés HCV et Contact&Vous par la société Sogesti dans le secteur de l'édition malgré les risques anticoncurrentiels de l'opération.

En l'espèce, l'opération entraînait un chevauchement d'activités sur les marchés pertinents définis. L'instruction a relevé que l'opération était susceptible de produire des effets horizontaux et congloméraux anticoncurrentiels et pouvait en outre induire des effets coordonnés du fait de la disparition de l'un des trois concurrents sur un marché déjà concentré.

Toutefois, l'Autorité a constaté l'ampleur des difficultés financières de la société cible et le risque d'aboutir à très court terme à une cessation de paiement. En somme, le renforcement de la concentration sur le marché apparaissait inéluctable dans l'hypothèse de la disparition de la cible et en l'absence de reprise. Cette disparition aurait affaibli la position concurrentielle de la société Sogesti face à son unique concurrente, la société CSB, tandis que le rachat de la cible par la société Sogesti permettait au contraire de renforcer la position de l'acquéreuse sans remettre en cause la position dominante de la société CSB. En conséquence, l'Autorité a considéré que les critères précités étaient remplis.

Cette décision est l'occasion pour l'Autorité de rappeler dans quelles conditions l'exception de l'entreprise défaillante peut être mise en œuvre. Elle permet également de souligner que la charge de la preuve des

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 concentration « *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* »⁷⁵.

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.

Pour être jugées aptes à assurer une concurrence suffisante et admises par l'Autorité, les mesures correctives doivent être conformes aux critères généraux définis par la pratique décisionnelle et la jurisprudence. Ces mesures doivent être efficaces et permettre de remédier pleinement aux atteintes à la concurrence identifiées. Dès lors, comme souligné dans sa décision n° [2020-DCC-04](#) précitée, l'Autorité apprécie la qualité des mesures correctives proposées à l'aune des critères suivants :

- La mise en œuvre ne doit pas soulever de doute : les engagements doivent être rédigés de manière suffisamment précise et les modalités de mise en œuvre être suffisamment détaillées.
- La mise en œuvre doit également être rapide puisque la concurrence n'est pas préservée tant que les mesures correctives ne sont pas réalisées.
- Les mesures correctives doivent être contrôlables.
- Elles doivent être neutres et proportionnées : il doit s'agir de protéger la concurrence en tant que telle (et non les concurrents) par des conditions nécessaires au maintien ou au rétablissement d'une concurrence suffisante.⁷⁶

Parallèlement aux mesures structurelles qui visent à garantir la structure concurrentielle des marchés, l'Autorité peut également accepter des mesures correctives de nature comportementale pour compenser certaines atteintes à la concurrence.

1. Les mesures structurelles

Les mesures correctives structurelles viennent remédier à des problèmes de concurrence liés aux effets horizontaux d'une concentration. Elles visent à garantir durablement l'équilibre concurrentiel sur les marchés en cause et prennent la forme de cessions d'actifs ou d'activités à un acquéreur approprié susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou d'une élimination de liens capitalistiques entre concurrents.

⁷⁵ Voir les points 351 et suivants des nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, relatives au contrôle des concentrations.

⁷⁶ Voir la décision n° [2020-DCC-04](#) précitée, points 196 et suivants.

Décision n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020, relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL

La création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis et Agricenter, dans le secteur agricole, était susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché de la distribution au détail de machines agricoles ainsi que sur le marché de la distribution au détail de tracteurs de plus de 50 cv en Nouvelle-Calédonie notamment.

L'analyse de l'actionnariat des parties a permis de constater qu'avant l'opération, l'associé unique de la SARL Agridis détenait une participation minoritaire qui lui conférait néanmoins une influence déterminante sur la SARL Ceres Equipement, active sur le marché de la distribution au détail de tracteurs de moins de 50 cv, et dont l'autre associé détenait la totalité du capital de la SARL Marconnet, active sur le même marché.

De même, l'associé unique de la SARL Agricenter détenait une influence déterminante sur la SARL Agritech NC, active depuis octobre 2018 sur les marchés amont de l'approvisionnement de matériel agricole, qui n'avait toutefois réalisé aucun chiffre d'affaires en 2018-2019. De fait, la nouvelle entité renforçait sa position sur les marchés avals : le marché de la distribution de tracteurs d'une puissance de moteur inférieure à 50 cv et le marché aval de la distribution de machines agricoles.

En conséquence, l'influence déterminante dont disposaient les associés de la nouvelle entité sur un certain nombre d'entreprises présentes sur les marchés en cause leur conférait une position très dominante de nature à leur permettre de s'extraire des conditions normales du jeu de la concurrence sur ces deux marchés notamment (point 203).

Les parties se sont donc engagées :

- Pour l'associé unique de la société Agridis : à démissionner de la gérance de la société Ceres Equipement et à céder l'intégralité des parts sociales qu'il détient dans cette société, étant précisé que cette cession ne pouvait se faire au bénéfice de l'associé unique de la société Agricenter, ni aux conjoints, descendants ou ascendants directs de l'un ou l'autre des associés de la nouvelle entité ;
- Pour l'associé unique de la société Agricenter : à démissionner de la gérance de la société Agritech, sans pouvoir céder ses parts à l'associé unique d'Agridis ni aux conjoints, descendants ou ascendants directs de l'un ou l'autre des associés de la nouvelle entité, cet engagement devant être respecté pour une durée de trois ans minimum.

Ces engagements structurels ont été acceptés par l'Autorité qui a considéré qu'ils permettaient de lever le risque de création ou de renforcement de la position dominante de la nouvelle entité sur le marché de la distribution au détail des tracteurs d'une puissance de moteur inférieure à 50 cv. En effet, l'Autorité a estimé que les deux mesures correctives proposées, claires et précises et ne soulevant pas de doute sur leur mise en œuvre, permettaient de :

- Réduire la part de marché de la nouvelle entité sur le marché concerné de 65 à 75 % initialement à 5-15 % ;
- Atténuer également le risque de création d'une position dominante sur le marché des machines agricoles ;
- Eviter les risques d'échanges d'informations confidentielles entre la nouvelle entité et l'un de ses éventuels fournisseurs sur le marché amont pendant au moins trois ans ;

- Ecarter le risque d'effets congloméraux soulevés lors de l'instruction en étant couplé avec l'engagement de ne procéder à aucune vente ou remise liée sur les produits et services (y compris le service après-vente).

Ces engagements ont été respectés et mis en œuvre dans le délai imparti par l'Autorité.

2. Les mesures comportementales

Décision n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020, relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL

La décision n° [2020-DCC-04](#) comportait également des mesures correctives de nature comportementale.

Une première série de mesures consistait à rappeler aux fournisseurs et aux tiers (concurrents, clients...) que la nouvelle entité ne disposait d'aucun droit d'exclusivité d'importation ni ne bénéficiait d'aucune clause de non-concurrence auprès de ses fournisseurs de nature à les empêcher de distribuer librement leurs produits auprès de ses concurrents. L'Autorité a estimé que cette mesure d'information garantissait la possibilité pour les fournisseurs de la nouvelle entité de distribuer les produits de leur marque auprès de tout distributeur concurrent.

L'engagement des parties comportait en outre un deuxième volet destiné à lever le risque de pratiques commerciales discriminatoires. La nouvelle entité s'est en effet engagée à vendre, à des conditions objectives et non discriminatoires, les pièces détachées qu'elle distribue à tout client les sollicitant. L'Autorité a considéré que l'engagement proposé était clair, précis, ne soulevait pas de doute quant à sa mise en œuvre et répondait à une forte préoccupation des clients et des concurrents de la nouvelle entité exprimée lors des tests de marché.

Dès lors, les engagements comportementaux des parties permettaient de répondre aux préoccupations de concurrence relevés pendant l'instruction et ont été acceptés par l'Autorité.

Ces engagements ont été respectés en 2020.

Décision n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020, relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical

Des engagements comportementaux ont également été acceptés par l'Autorité dans la décision n° [2020-DCC-05](#) pour prévenir les risques concurrentiels identifiés et détaillés dans les développements précédents relatifs aux effets horizontaux, congloméraux et coordonnés.

Les parties se sont d'abord engagées à rappeler dans les conditions générales de vente et sur le site Internet de la cible, la société Socalfi, que les conditions d'octroi du crédit, de même que le crédit lui-même, n'était pas subordonné à l'achat concomitant d'un produit ou d'un service quelconque auprès de la maison-mère de l'acquéreur, la Société Générale Calédonienne des Banques (SGCB). Parallèlement, les parties ont proposé de sensibiliser leurs employés au strict respect de cette obligation légale.

Par ailleurs, les parties se sont engagées à ce que toute personne physique désignée par SGCB pour siéger au conseil d'administration de Nouméa Crédit, en sa qualité d'actionnaire minoritaire de cette société, ne soit pas, pendant toute la durée de son mandat

d'administrateur, simultanément employée, mandataire social ou membre d'un organe de direction de l'une des parties.

Etant donné que les engagements proposés étaient clairs, précis et que leur mise en œuvre ne soulevait pas de doute, l'Autorité a considéré que l'information aux consommateurs était assurée et que les risques d'effets congloméraux pouvaient être écartés.

Les parties à l'opération ont également proposé que leurs engagements soient soumis au contrôle d'un mandataire dont le rôle était notamment de vérifier que la SGCB ne recevait pas d'informations stratégiques de Nouméa Crédit et que les engagements portant sur conditions générales de Crédical étaient respectés au travers d'un contrôle aléatoire annuel des fichiers clients. Les éléments ainsi contrôlés par le mandataire font l'objet d'un rapport remis à l'Autorité tous les ans pendant toute la durée des engagements.

Selon le rapport du mandataire indépendant nommé dans ce dossier, ces engagements ont été respectés en 2020.

La désignation d'un mandataire indépendant

Pour assurer le suivi de ces engagements, les parties peuvent proposer la désignation d'un mandataire indépendant pour contrôler la mise en œuvre des engagements et contribuer, si nécessaire, à leur mise en œuvre (voir l'article 77-2 du règlement intérieur de l'Autorité).

Cette solution est privilégiée principalement lorsque la décision de l'Autorité inclut des engagements structurels ou de nombreux engagements comportementaux justifiant un contrôle relativement intrusif pour les entreprises concernées.

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 également visé par l'Autorité.

Il doit informer régulièrement l'Autorité de la mise en œuvre des engagements et dispose pour cela d'un accès à tous les éléments nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle.

En 2020, la seule la décision de concentration ayant donné lieu à la désignation d'un mandataire a été la décision n° [2020-DCC-05](#).

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

En 2020, l'Autorité a rendu neuf décisions relatives à des opérations dans le secteur du commerce de détail : trois portant sur les commerces spécialisés et six sur les commerces à dominante alimentaire. Deux d'entre elles ont, pour la première fois, donné lieu à une autorisation sous réserve d'engagements.

A. Le champ d'application du contrôle

S'agissant du contrôle préventif des opérations dans le secteur du commerce de détail, l'année 2020 a été marquée par une évolution du champ d'application de ce contrôle. En effet, le seuil initial de 350 m² a été relevé à 600 m² avec l'entrée en vigueur de la loi du pays n°2020-2⁷⁷, ceci dans un souci de simplification des procédures pour les entreprises et d'efficacité pour l'Autorité.

Cette même loi a également introduit un nouveau critère de contrôlabilité en prévoyant au II de l'article Lp. 432-1 du code de commerce que « *toute opération dans le secteur du commerce de détail doit être notifiée, quelle que soit la surface de vente concernée, lorsque l'exploitant ou le futur exploitant dispose, à l'issue de l'opération, d'une part de marché égale ou supérieure à 25 % dans la zone de chalandise concernée et un chiffre d'affaires supérieur à 600 000 000 F.CFP.* » (Soulignements ajoutés).

Dès lors, l'opération ayant donné lieu à la décision n° [2020-DEC-06](#)⁷⁸ et qui n'aurait pas été notifiable sur la base du seul critère de surface, l'a été du fait des parts de marché de l'opérateur concerné et de son chiffre d'affaires.

L'article Lp. 432-1 du code de commerce définit désormais les opérations dans le secteur du commerce de détail soumises au régime d'autorisation selon les critères suivants :

- La mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail, lorsque sa surface de vente est supérieure à 600 m² ;
- La mise en exploitation, dans un magasin de commerce de détail déjà en exploitation, d'une nouvelle surface de vente, lorsque la surface totale de vente de ce magasin est ou devient supérieure à 600 m² ;
- Le changement d'enseigne commerciale d'un magasin de commerce de détail dont la surface de vente est supérieure à 600 m², et tout changement de secteur d'activité d'un tel magasin ;
- La reprise, par un nouvel exploitant, d'un magasin de commerce de détail dont la surface de vente est supérieure à 600 m² sauf lorsque l'opération constitue une opération de concentration contrôlable au sens des articles Lp. 431-1 et Lp. 431-2.

⁷⁷ Loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne

⁷⁸ Décision n° [2020-DEC-06](#) du 27 juillet 2020 relative à l'ouverture d'un commerce de détail à dominante alimentaire d'une surface commerciale de 348,40 m² sous l'enseigne « Leader Price Express » situé au sein du complexe « Plaza Apogoti » sur la commune de Dumbéa.

B. La procédure de contrôle

Comme en matière de concentration, le code de commerce prévoit par principe que le contrôle de l'Autorité intervient avant la réalisation de l'opération dans le secteur du commerce de détail, selon les modalités fixées par l'arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018⁷⁹.

Le IV de l'article Lp. 432-2 du code de commerce prévoit en outre que « *la réception de la notification d'une opération visée à l'article Lp. 432-1 fait l'objet d'un communiqué publié par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie* ». Cette publicité permet notamment aux tiers intéressés de se manifester auprès du service d'instruction de l'Autorité et de lui faire part de leurs observations.

Enfin, la loi prévoit également un dispositif dérogatoire au contrôle préalable de l'Autorité permettant aux parties notifiantes « *d'exploiter le magasin de commerce de détail, sans attendre la décision mentionnée à l'article Lp. 432-3 et sans préjudice de celle-ci. Le cas échéant, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie accorde cette dérogation par une décision motivée* ».

Cette procédure dérogatoire n'a pas été utilisée en 2020. En revanche, l'Autorité ayant constaté qu'un commerce de distribution alimentaire au détail avait été mis en exploitation sans autorisation préalable et alors que l'opération aurait dû lui être notifiée, elle l'a mis en demeure de procéder à cette notification et s'est saisie d'office du défaut de notification en application du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce.

C. La délimitation des marchés pertinents

Conformément à l'article Lp. 432-4 du code de commerce, pour autoriser la réalisation d'une opération dans le secteur du commerce de détail, l'Autorité doit examiner si l'opération envisagée n'est pas de nature à modifier les équilibres concurrentiels déjà existants.

Pour ce faire, l'Autorité est amenée à conduire une analyse concurrentielle des marchés pertinents au regard de l'opération notifiée, selon une double grille de lecture :

- Les marchés de l'approvisionnement (marchés amont), mettant en relation les entreprises de commerce de détail et leurs fournisseurs ;
- Les marchés de la distribution de détail (marchés aval), mettant en présence les entreprises de commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens.

Il convient alors de définir le(s) marché(s) de produits et le(s) marché(s) géographique(s) concernés par l'opération.

⁷⁹ Arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 pris en application de l'article Lp. 432-6 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail.

1. Les marchés amont de l'approvisionnement en produits alimentaires

L'Autorité s'est prononcée en 2020 sur les marchés amont de l'approvisionnement dans les secteurs de l'habillement⁸⁰, des articles de bricolage⁸¹ et du bazar-décoration⁸² sans évolution notable de sa pratique décisionnelle en matière de délimitation des marchés pertinents.

Sur le marché de l'approvisionnement de produits à dominante alimentaire, l'Autorité a été conduite à examiner les effets de l'augmentation de la puissance d'achat des parties notifiantes à l'égard de leurs fournisseurs locaux en particulier, car le marché géographique retenu est souvent limité à la Nouvelle-Calédonie.

Décision n° [2020-DEC-01](#) du 15 janvier 2020 relative à l'ouverture d'un commerce de détail sous l'enseigne « Carrefour Market » d'une surface de vente de 1 318 m² situé dans la commune de Nouméa

Décision n° [2020-DEC-03](#) du 9 mars 2020 relative à l'ouverture d'un supermarché d'une surface de vente de 999 m² sous l'enseigne « Casino » situé sur la commune de Nouméa

Décision n° [2020-DEC-06](#) du 27 juillet 2020 relative à l'ouverture d'un commerce de détail à dominante alimentaire d'une surface commerciale de 348,40 m² sous l'enseigne « Leader Price Express » situé au sein du complexe « Plaza Apogoti » la commune de Dumbéa

Décision n° [2020-DEC-08](#) du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS

Décision n° [2020-DEC-09](#) du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS

Selon une pratique décisionnelle constante, les entreprises du secteur de la distribution à dominante alimentaire sont présentes sur les marchés de l'approvisionnement, qui comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients professionnels, tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises.

Si la pratique décisionnelle des autorités de concurrence ne distingue pas selon le circuit de distribution, l'Autorité a relevé qu'il existait des indices sérieux permettant de penser que le marché de l'approvisionnement du secteur du commerce de détail en Nouvelle-Calédonie pourrait constituer un marché autonome des autres circuits de distribution, tout en laissant la question ouverte.

L'analyse des marchés amont s'opère, en premier lieu, par catégorie de produits. L'Autorité, ainsi que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, à l'occasion de précédentes opérations ont retenu l'existence de marchés répartis selon les familles ou groupes de produits suivants :

- Produits de grande consommation : (1) liquides, (2) droguerie, (3) parfumerie et hygiène, (4) épicerie sèche, (6) produits périssables en libre-service ;

⁸⁰ Décision n° [2020-DEC-05](#) du 25 juin 2020 relative à l'ouverture d'un magasin d'une surface de vente de 1 163 m² sous l'enseigne « Géo » situé sur la commune de Nouméa.

⁸¹ Décision n° [2020-DEC-04](#) du 13 mai 2020 relative à l'extension de surface de vente du magasin sous enseigne « Sopema Bricorama » situé sur la commune de Nouméa.

⁸² Décision n° [2020-DEC-07](#) du 6 août 2020 relative au déménagement et à la réduction de la surface de vente d'un commerce de détail sous l'enseigne « Nouméa Pas Cher » sur la commune de Nouméa.

- Frais traditionnel : (7) charcuterie, (8) poissonnerie, (9) fruits et légumes, (10) pain et pâtisseries, (11) boucherie ;
- Bazar : (12) bricolage, (13) maison, (14) culture, (15) jouets, loisirs et détente, (16) jardin, (17) automobile ;
- Electroménager/Photo/Cinéma/Son : (18) gros électroménager, (19) petit électroménager, (20) photo/ciné, (21) Hi-fi/son, (22) TC/vidéo ;
- Textile : (23) textile/chaussures.

Concernant la délimitation géographique des marchés de l’approvisionnement, l’Autorité, comme le gouvernement, a relevé qu’en raison du caractère insulaire du territoire, une partie importante de l’approvisionnement des GSA provient généralement de producteurs et de grossistes locaux, dans des proportions variables selon les exploitants.

Ainsi, dans la décision n° [2020-DEC-01](#) relative à l’ouverture d’un « Carrefour Market », l’Autorité souligne que les exploitants, les sociétés SDD SA, SDA SAS et SDG SA, s’approvisionnent à hauteur de 70-80 % auprès de fournisseurs locaux (producteurs et grossistes importateurs), 10-20 % par le biais des plateformes Carrefour et 10-20 % par des importations directes.

En comparaison, dans les décisions n° [2020-DEC-03](#) et n° [2020-DEC-06](#), il est relevé que le groupe GBH, exploitant des enseignes « Casino » et « Leader Price », le groupe GBH s’approvisionne principalement auprès de grossistes-importateurs et de producteurs locaux, à hauteur d’environ [>50] % de ses achats en produits alimentaires et non alimentaires. Les [$<50\%$] restant correspondent à la part des approvisionnements du groupe hors de la Nouvelle-Calédonie, principalement pour les produits de marques de distributeurs.

Enfin, dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#) relatives à l’ouverture de deux magasins sous enseigne « Hyper U » par le groupe Ballande, l’Autorité a fait état des estimations de l’exploitant qui considérait que plus de la moitié des achats des magasins Hyper U Païta et Hyper U Anse Uaré devaient s’effectuer auprès d’acteurs locaux (grossistes et producteurs), tandis que les achats en direct auprès de grossistes et fournisseurs situés en France métropolitaine et en zone australe devaient représenter environ 10-15 % des achats des deux hypermarchés. Enfin, 20 à 30 % des approvisionnements devaient se faire auprès de la centrale d’achat de Système U en France métropolitaine.

2. Les marchés aval de la distribution au détail

S’agissant de la définition des marchés aval de la distribution au détail, la pratique décisionnelle de l’Autorité n’a pas connu d’évolution majeure dans les secteurs du bricolage⁸³ et de l’habillement⁸⁴ à l’occasion des décisions rendues en 2020.

En revanche, l’Autorité a affiné la délimitation des marchés pertinents à travers plusieurs décisions concernant les secteurs de la distribution à dominante alimentaire et du bazar-décoration en constatant que les grandes surfaces alimentaires (GSA) étaient intégrées au même marché que les grandes surfaces spécialisées (GSS) pour certains types de biens.

⁸³ Décision n° [2020-DEC-04](#) du 13 mai 2020 relative à l’extension de surface de vente du magasin sous enseigne « Sopema Bricorama » situé sur la commune de Nouméa.

⁸⁴ Décision n° [2020-DEC-05](#) du 25 juin 2020 relative à l’ouverture d’un magasin d’une surface de vente de 1 163 m² sous l’enseigne « Géo » situé sur la commune de Nouméa.

Marché aval de la distribution au détail alimentaire généraliste :

Décision n° [2020-DEC-03](#) du 9 mars 2020 relative à l'ouverture d'un supermarché d'une surface de vente de 999 m² sous l'enseigne « Casino » situé sur la commune de Nouméa

Décision n° [2020-DEC-06](#) du 27 juillet 2020 relative à l'ouverture d'un commerce de détail à dominante alimentaire d'une surface commerciale de 348,40 m² sous l'enseigne « Leader Price Express » situé au sein du complexe « Plaza Apogoti » de la commune de Dumbéa

La pratique décisionnelle retient divers critères tels que la taille des équipements commerciaux, leurs techniques de vente, leur accessibilité, la nature du service rendu et l'ampleur des gammes de produits proposés pour délimiter les marchés en cause dans une opération. Sont ainsi retenues les catégories suivantes :

- Les hypermarchés (magasins à dominante alimentaire d'une surface de vente supérieure à 2 500 m²) ;
- Les supermarchés (entre 400 et 2 500 m²) ;
- Le commerce spécialisé (centré, en général, sur la vente d'une seule catégorie de produit)
- Le petit commerce de détail ou supérettes (entre 120 et 400 m²) ;
- Les maxidiscompteurs (entre 300 et 800 m², assortiment restreint de produits bas et milieu de gamme à prix très attractifs)
- La vente par correspondance.

Toutefois, l'Autorité rappelle que ces catégories doivent nécessairement être appréciées en fonction du cas d'espèce.

Dans sa décision n° [2020-DEC-06](#), l'Autorité n'a pas retenu la qualification proposée par l'exploitant qui estimait que le magasin « Leader Price Express Apogoti » devait être considéré comme une supérette entrant dans la catégorie du petit commerce de détail au vu de ses caractéristiques. L'Autorité s'est également démarquée de la pratique décisionnelle métropolitaine en ne classant pas le magasin « Leader Price Express Apogoti » parmi les maxidiscompteurs⁸⁵.

En effet, l'Autorité a constaté que l'enseigne « Leader Price » en Nouvelle-Calédonie pratiquait davantage du « soft discount »⁸⁶, en proposant une offre à mi-chemin entre le hard discount et le supermarché classique. De plus, le « Leader Price Express Apogoti » se rapprochait davantage de la catégorie des supermarchés par sa surface commerciale (348,40 m²), la gamme très étendue de produits qu'il proposait (dont une part élevée de marques nationales) ainsi que sa localisation dans une zone commerciale très fréquentée. L'Autorité a donc considéré que ce nouveau magasin se trouvait en concurrence avec les supermarchés et hypermarchés.

Par ailleurs, les autorités calédonienne et métropolitaine considèrent que deux zones géographiques doivent être retenues afin de conduire l'analyse concurrentielle :

⁸⁵ Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon.

⁸⁶ Rapport de l'Autorité de la Concurrence métropolitaine relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie de 2012.

- Une première zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des hypermarchés auxquels ces consommateurs ont accès en moins de 30 minutes de déplacement en voiture et qui sont, de leur point de vue, substituables entre eux ;
- Une seconde zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et formes de commerces équivalentes situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture. Ces dernières formes de commerces peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs et les magasins discompteurs.

Dans ses décisions n° [2020-DEC-08](#) et n° [2020-DEC-09](#) relatives aux demandes d'ouverture de deux nouveaux Hyper U dans le Grand Nouméa, l'Autorité a conduit son analyse concurrentielle sur ces deux zones de chalandises.

D'autres critères, tels que l'analyse du comportement réel des consommateurs et les empreintes réelles des magasins cibles peuvent cependant affiner ces délimitations usuelles.

Dans sa décision [2020-DEC-06](#), l'Autorité a déterminé que l'analyse serait menée sur une zone de chalandise correspondant à un trajet d'environ dix minutes en voiture autour de « Leader Price Express Apogoti » après avoir pris en compte les résultats d'une consultation publique menée auprès des consommateurs du Grand Nouméa.

© Marché aval de la distribution au détail de produits alimentaires surgelés et glaces :

Décision n° [2020-DEC-08](#) du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS

Décision n° [2020-DEC-09](#) du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS

S'agissant de la distribution des produits surgelés, l'Autorité métropolitaine estime qu'elle est assurée à la fois par les GSA et les GSS⁸⁷. La distinction opérée entre ces deux canaux de distribution se justifie en raison de leurs spécificités en matière de localisation géographique, de gammes de produits vendus, de services proposés, de niveau des prix pratiqués et de marques commercialisées.

Toutefois, depuis 2018, les autorités de concurrence considèrent qu'au stade de la distribution au consommateur final, l'offre des GSA est en grande partie substituable à celle des GSS⁸⁸. En matière de produits surgelés notamment, l'Autorité métropolitaine a retenu l'existence d'une concurrence, à tout le moins asymétrique, de l'offre des GSA sur les produits distribués par les magasins spécialisés dans les produits surgelés⁸⁹.

⁸⁷ Voir l'avis du Conseil de la concurrence n° 94-A-30 du 6 décembre 1994 relatif à l'acquisition de la société Picard Surgelés par la société Carrefour S.A. et la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 5 mars 2003 au conseil de Toupergel relative à une concentration dans le secteur de la vente au détail de produits du grand froid.

⁸⁸ Voir la décision de l'Autorité n° [2020-DEC-07](#) précitée et les décisions de l'ADLC n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez et n° 18-DCC-148 du 24 août 2018 relative à la prise de la société Jardiland par la société InVivo Retail.

⁸⁹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 20-DCC-06 du 15 janvier 2020 relative à la prise de contrôle conjoint du Groupe Picard par la famille Zouari et Lion Capital.

De la même manière, dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et n° [2020-DEC-09](#), l'Autorité a estimé, en se fondant notamment sur les résultats de la consultation publique menée au cours de l'instruction, que les produits surgelés et glaces vendus en GSS et GSA étaient substituables, contrairement à ce que soutenait initialement la partie notifiante.

En ce qui concerne le marché géographique, l'Autorité s'est appuyée sur la pratique décisionnelle métropolitaine qui définit la zone de chalandise des magasins spécialisés dans les produits surgelés comme étant de dimension locale. Cette pratique est elle aussi concordante avec les résultats du test de marché réalisé dans le Grand Nouméa. En conséquence, l'Autorité a circonscrit le marché géographique à la zone de chalandise correspondant à un trajet d'environ 15 minutes en voiture autour du magasin cible.

C Marchés aval de la distribution au détail de boissons alcooliques et fermentées :

Décision n° [2020-DEC-08](#) du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS

Décision n° [2020-DEC-09](#) du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS

S'agissant du marché des boissons alcooliques et fermentées, l'Autorité métropolitaine a considéré que les magasins spécialisés vendant ces produits au détail (les cavistes) constituaient un canal de distribution spécifique et devaient être distingués des GSA⁹⁰.

Si l'Autorité a par le passé retenu cette distinction pour définir les marchés aval de la distribution au détail de boissons alcooliques et fermentées, elle a toutefois pris acte des évolutions réglementaires de la Province Sud en la matière.

Ainsi, la fin des restrictions horaires de vente depuis le 1^{er} juin 2020 pour ce type de produits a eu pour conséquence la mise en concurrence directe des cavistes avec les GSA⁹¹. De plus, la délibération n° 13-2020/APS du 7 mai 2020 modifiant le code des débits de boissons dans la province Sud prévoit que, à compter du 1^{er} juin 2021, les commerces en détail à dominante alimentaire doivent, sur le modèle des « bottle shop » australiens, « *disposer d'un espace réservé exclusivement à la vente de boissons alcooliques et fermentées isolé du reste de la surface physique commerciale affectée à leur activité* ».

Prenant acte de ces évolutions dans ses décisions n° [2020-DEC-08](#) et n° [2020-DEC-09](#), l'Autorité a considéré que la distinction des marchés aval de la distribution au détail de boissons alcooliques et fermentées entre les GSA et les GSS n'étaient plus d'actualité en Province Sud. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le test de marché⁹² et la consultation publique⁹³ organisés par l'Autorité : selon la majorité des consommateurs ayant répondu, les

⁹⁰ 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

⁹¹ Voir l'article de Les Nouvelles Calédoniennes du 2 juillet 2020 intitulé « *Vente d'alcool : les habitudes ont déjà changé* ».

⁹² Test de marché du 20 mai 2020 aux sociétés de GSA concurrentes ainsi que les réponses au test de marché adressé le 2 juin 2020 aux cavistes « Le Vin Autrement » et « Terre de Vigne ».

⁹³ Voir les questions 5-11 de la consultation publique mise en ligne du 10 juin 2020 au 5 juillet 2020 relative à l'ouverture d'un magasin Hyper U à Païta.

cavistes et les GSA sont en concurrence sur ce marché de la distribution au détail en Province Sud.

Le marché géographique, de façon concordante avec la pratique décisionnelle métropolitaine pour le marché de la vente au détail de vins effervescents et tranquilles⁹⁴, a été défini par l'Autorité comme une zone de chalandise correspondant à un trajet d'environ 10-15 minutes en voiture autour du magasin cible.

© Marché aval de la distribution au détail de produits de bazar et de décoration :

Décision n° [2020-DEC-07](#) du 6 août 2020 relative au déménagement et à la réduction de la surface de vente d'un commerce de détail sous l'enseigne « Nouméa Pas Cher » sur la commune de Nouméa

Décision n° [2020-DEC-08](#) du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS

Décision n° [2020-DEC-09](#) du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS

S'agissant de la distribution de produits de bazar et de décoration, la pratique décisionnelle métropolitaine retient généralement que les GSS se distinguent des GSA et du commerce de proximité car elles proposent des gammes de produits et des assortiments plus étendus⁹⁵. Une segmentation du marché en fonction du prix a également été retenue par l'autorité métropolitaine distinguant un marché de la distribution au détail de produits de bazar et de décoration à bas et moyen prix⁹⁶.

Cependant, l'Autorité a constaté qu'en Nouvelle-Calédonie, certaines GSA dédient une large part de leur surface commerciale aux produits de bazar et de décoration qui peut parfois s'avérer plus importante que la surface de vente totale de certains commerces spécialisés, exerçant ainsi une véritable pression concurrentielle sur les commerces spécialisés en produits de bazar et de décoration à bas et moyen prix en Nouvelle-Calédonie.

Par conséquent, dans sa décision n° [2020-DEC-07](#) relative au déménagement d'un magasin de l'enseigne « Nouméa Pas Cher », l'Autorité a estimé que le marché en cause était celui de la distribution au détail de produits de bazar et de décoration à bas et moyen prix et qu'il intégrait les GSS et les GSA disposant d'une gamme de produits similaires.

La zone de chalandise retenue pour ce marché de produit du marché le plus large incluant également les GSS et les GSA est d'environ 30 minutes en voiture autour du magasin cible.

La même délimitation du marché pertinent a été retenue dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#).

⁹⁴ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-DCC-92 précitée.

⁹⁵ Voir l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n°2017-2085/GNC Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°17-DCC-216.

⁹⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 17-DCC-216.

D. L'analyse concurrentielle

Conformément aux critères mentionnés au premier alinéa de l'article Lp. 432-4 du code de commerce, l'instruction doit permettre de déterminer : « *si [l'] opération 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* ».

L'analyse concurrentielle en matière d'équipements commerciaux revêt les mêmes enjeux qu'en matière de concentrations. En 2020, seules deux opérations dans le secteur de la distribution au détail à dominante alimentaire ont été de nature à soulever des préoccupations de concurrence et ont donc donné lieu à des mesures correctives.

Décision n° [2020-DEC-08](#) du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS

Décision n° [2020-DEC-09](#) du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS

1. Les effets horizontaux

L'étude des effets horizontaux consiste à apprécier dans quelle mesure une opération pourrait conduire à une hausse des prix (ou diminution des quantités) sur le marché en cause et, *in fine*, entraîner une perte de bien-être pour le consommateur en raison de l'ouverture ou de l'extension d'un équipement commercial.

L'appréciation des risques d'effets horizontaux, à l'occasion de l'ouverture d'un équipement commercial, repose également sur la prise en compte des effets hors prix susceptibles de se matérialiser à l'issue de l'opération, résultant par exemple d'une diminution de la gamme ou de la qualité des produits vendus ou encore d'une baisse de l'innovation.

Lorsque l'addition des parts de marché de la partie notifiante 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 concurrence⁹⁷. En revanche, des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important, étant précisé qu'une telle présomption peut toutefois être réfutée au motif que la part de marché n'est que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante⁹⁸.

D'autres critères que la part de marché post-opération sont également pris en considération pour apprécier le pouvoir de marché du nouvel équipement commercial, tels que :

- Le degré de concentration du marché à l'issue de l'opération ;
- Le niveau de différenciation des produits des parties ;
- La pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ;

⁹⁷ Voir la décision de l'Autorité n° [2020-DCC-05](#) du 9 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical.

⁹⁸ *Ibid.*

- La probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels et la puissance d'achat des clients.

Dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#), l'Autorité a constaté que les deux opérations envisagées permettaient l'arrivée d'un nouvel entrant crédible sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire dans le Grand Nouméa, susceptible de renforcer la concurrence à travers la remise en cause du caractère duopolistique du marché actuel, dominé par les groupes GBH et Carrefour, sur le Grand Nouméa.

L'instruction a fait apparaître que la part de marché du groupe Ballande (exprimée en surface de vente ou en valeur) sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire étant comprise entre 10 et 35 % en fonction de la zone de chalandise, elle restait inférieure à celles de ses deux principaux concurrents, les groupes GBH et Carrefour.

Par ailleurs, l'ouverture des deux « Hyper U » n'était pas non plus de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux sur les marchés aval de la distribution alimentaire et non-alimentaire spécialisée, sur lesquels le groupe Ballande est déjà présent (produits surgelés, boissons alcooliques fermentées, vêtements et chaussures d'entrée de gamme, produits de bazar et de décoration à bas et moyen prix, articles de sport). Les parts de marché de l'exploitant sur ces différents marchés n'étaient pas, à l'issue de l'opération, de nature à porter atteinte aux équilibres concurrentiels par le biais d'effets horizontaux.

Enfin, s'agissant du renforcement de la puissance d'achat pouvant résulter de l'opération, les autorités de concurrence considèrent qu'il existe un « seuil de menace » au-delà duquel la survie du fabricant est susceptible d'être mise en cause, la disparition de ce débouché plaçant, à plus ou moins brève échéance, le fournisseur dans une situation financière difficile, pouvant parfois conduire à une faillite. Le niveau de ce seuil n'est toutefois pas fixe et dépend d'un grand nombre de paramètres spécifiques, selon les secteurs concernés, tels que la structure et la situation financière des entreprises, l'existence et le coût d'éventuelles solutions alternatives⁹⁹.

En l'espèce, l'Autorité a considéré que l'ouverture des deux « Hyper U » n'était pas susceptible de renforcer de façon significative la puissance d'achat du groupe Ballande sur les marchés amont de l'approvisionnement en produits alimentaires et non-alimentaires de dimension internationale ni sur le marché amont de l'approvisionnement en produits alimentaires de dimension locale.

En effet, au plan international, la part de marché des deux hypermarchés représentait moins de 1%. Au plan local, l'Autorité a retenu que la dépendance des fournisseurs locaux envers le groupe Ballande serait peu prononcée puisqu'il existe des clients de taille comparable, voire supérieure, à celle des deux hypermarchés. De plus, compte tenu du faible nombre de fournisseurs impactés par l'opération et dans la mesure où ceux-ci n'avaient pas formulé de réserves particulières au cours de l'instruction, l'Autorité a considéré que le risque d'atteinte au fonctionnement de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement en produits à dominante alimentaire au niveau local, à l'issue de l'opération, pouvait raisonnablement être écarté.

⁹⁹ Voir la décision de la Commission européenne du 3 février 1999 M.1221 Rewe Meinl et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 20-DCC-72.

2. Les effets verticaux

Lorsque le futur exploitant (ou le groupe auquel il appartient) est présent sur des marchés situés en amont du commerce de détail dont l'ouverture est sollicitée, l'opération envisagée peut générer des effets restrictifs de concurrence ou « effets verticaux ». L'intégration verticale peut produire les mêmes effets que des clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs¹⁰⁰.

La pratique décisionnelle calédonienne et métropolitaine distingue deux types de risque de verrouillage :

- La nouvelle entité peut refuser de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournir à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage du marché des intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents.
- La branche aval de la nouvelle entité peut refuser d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants ou fournisseurs actifs en amont et réduire ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle)¹⁰¹.

Les autorités de la concurrence calédonienne et métropolitaine considèrent qu'il est peu probable qu'une entreprise détenant moins de 30 % des parts de marché sur un marché donné, puisse verrouiller le marché aval ou amont de celui-ci.

L'Autorité a toutefois été amenée à nuancer cette approche au regard des caractéristiques de l'économie calédonienne car certaines exclusivités de distribution, au-delà de l'emprise sur un marché, peuvent permettre à certains de leurs bénéficiaires de verrouiller les marchés amont ou aval¹⁰².

Dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#), l'Autorité a examiné les risques d'effets verticaux sur les marchés suivants :

- Marché amont de la production et commercialisation de vins tranquilles
- Marché amont de l'élevage de bovins
- Marchés de la distribution en gros de produits alimentaires
- Marché du transport routier de marchandises par camion complet

S'agissant du marché amont de la production et commercialisation de vins tranquilles, la partie notifiante était présente sur les marchés amont de la production et commercialisation de vins de Bordeaux via ses filiales métropolitaines, sans que la part de marché des vins distribués par ces sociétés en Nouvelle-Calédonie dépasse 10%. Le chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie par ces filiales étant également faible, l'Autorité a considéré que la structure concurrentielle des marchés concernés resterait inchangée après l'opération. Par conséquent, elle a pu écarter le risque d'effets de verrouillage entre le marché amont de l'approvisionnement de vins tranquilles et le marché aval.

¹⁰⁰ Voir l'arrêté n°2016-2565/GNC.

¹⁰¹ Voir la décision de l'Autorité 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.

¹⁰² Voir la décision de l'Autorité n° 2019-DCC-06, l'arrêté n° 2015-1135/GNC et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-DCC-134.

S'agissant du marché amont de l'élevage de bovins, la partie notifiante est présente sur le marché amont de l'élevage bovin et de la fourniture de viande à travers sa filiale, la société Agrical. L'Autorité rappelle dans les deux décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#) que la fourniture de viande bovine est une activité réglementée sur la zone du Grand Nouméa (hors Païta) où l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) détient un monopole légal sur la commercialisation de viande bovine. L'opération n'était donc pas de nature à produire des effets de verrouillage concernant les ventes de carcasses bovines auprès de l'OCEF.

Quant à la part de marché de la société Agrical sur la vente de carcasses bovines hors monopole de l'OCEF, elle était inférieure à 30 %, laissant aux clients et futurs concurrents du magasin « Hyper U Païta » la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres éleveurs concurrents de la société Agrical. L'opération n'avait d'ailleurs pas suscité de réserves particulières de la part des sociétés clientes de la société Agrical. Néanmoins, la partie notifiante a proposé des engagements afin d'écartier tout risque de verrouillage (voir *infra*).

S'agissant de la distribution en gros de produits alimentaires, la partie notifiante est présente sur les marchés de la distribution en gros de produits alimentaires, à travers sa filiale, la société Serdis. L'Autorité a donc analysé le risque de verrouillage du marché pour les produits distribués par la société Serdis, à la fois pour l'accès à la clientèle et pour l'accès aux intrants. En l'espèce, l'Autorité a constaté en outre que l'intégration verticale de la partie notifiante soulevait des inquiétudes quant au risque de partage d'informations confidentielles et stratégiques sur les entreprises concurrentes des futurs magasins « Hyper U » par les filiales du groupe.

Sur le marché aval de la distribution à dominante alimentaire, l'Autorité a estimé que le groupe Ballande ne serait pas en mesure de fermer l'accès des grossistes-importateurs concurrents puisque, en tant que nouvel entrant en Nouvelle-Calédonie, il ne disposait pas d'un pouvoir de marché sur le marché aval de la distribution. En effet, sa part de marché à l'issue de l'opération resterait inférieure à celle du groupe GBH. Par ailleurs, l'Autorité a relevé que les futurs magasins s'approvisionneraient auprès des grossistes-importateurs locaux concurrents de la société Serdis. Dès lors, comme le soulignait la partie notifiante « *l'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché aval de la distribution (devait avoir) pour effet d'animer la concurrence sur un marché très concentré. Cette entrée est dans l'intérêt des grossistes-importateurs puisqu'ils auront un nouveau débouché* » (point 305 de la décision n° [2020-DEC-08](#)). En conséquence, l'Autorité a considéré que le risque de verrouillage de l'accès à la clientèle des grossistes-importateurs concurrents pouvait être raisonnablement exclu.

En revanche, l'Autorité a relevé que l'opération envisagée pouvait susciter des risques de verrouillage par les intrants. En effet, l'Autorité a constaté en premier lieu que les grossistes sont des opérateurs incontournables en Nouvelle-Calédonie, en particulier pour les petits magasins d'alimentation générale (point 312 de la décision n° [2020-DEC-08](#)). En deuxième lieu, la société Serdis assurait exclusivement ou majoritairement la distribution de certaines marques notoires, ce qui renforcerait le risque de verrouillage par les intrants à l'issue de l'opération envisagée, comme l'avaient souligné les répondants au test de marché. La partie notifiante a donc proposé des engagements à cet égard. En troisième et dernier lieu, l'intégration verticale résultant de l'opération faisait également naître un risque d'échange d'informations confidentielles pour lequel la partie notifiante a aussi présenté des engagements (voir *infra*).

S'agissant du marché du transport routier de marchandises par camion complet, la partie notifiante est présente sur le marché amont du transport routier de marchandises par camion complet à travers sa filiale, la société STTR. Un des répondants au test de marché avait soulevé une préoccupation quant à la possibilité pour la partie notifiante d'obtenir par ce biais des informations stratégiques sur les importations par types de containers et de fournisseurs. Toutefois, l'Autorité a estimé d'une part que la part de marché de la société STTR sur le segment en cause était inférieure à 25% et d'autre part que les conditions de chargement par la société STTR ne lui permettaient pas d'avoir accès à des informations relatives à la composition du camion, au détail des marchandises ou encore au prix d'achat mais uniquement à des informations logistiques, telles que la nature des produits (froids ou secs) (point 341 de la décision n° [2020-DEC-08](#)). En conséquence, le risque d'effet vertical sur ce marché a pu être écarté.

E. Les mesures correctives

Les mesures correctives en matière d'équipements commerciaux sont comparables à celles mises en œuvre dans le cadre du contrôle des concentrations¹⁰³. 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. 431-3 du code de commerce), soit lors de la phase 2 d'examen approfondi (article Lp. 432-2 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 II de l'article Lp. 432-4 du code de commerce.

Comme en matière de concentration, l'Autorité apprécie la qualité des mesures correctives proposées à l'aune des critères suivants :

- La mise en œuvre ne doit pas soulever de doute : les engagements doivent être rédigés de manière suffisamment précise et les modalités de mise en œuvre être suffisamment détaillées.
- La mise en œuvre doit également être rapide puisque la concurrence n'est pas préservée tant que les mesures correctives ne sont pas réalisées.
- Les mesures correctives doivent être contrôlables.
- Elles doivent être neutres et proportionnées : il doit s'agir de protéger la concurrence en tant que telle (et non les concurrents) par des conditions nécessaires au maintien ou au rétablissement d'une concurrence suffisante.

Parallèlement aux mesures structurelles qui visent à garantir la structure concurrentielle des marchés, l'Autorité peut accepter des mesures correctives de nature comportementale pour compenser certaines atteintes à la concurrence.

En 2020, deux décisions relatives à des opérations dans le secteur du commerce de détail ont donné lieu à des engagements de la part de la partie notifiante. Ces engagements sont tous de nature comportementale et ont fait l'objet d'un test de marché pour recueillir les observations des tiers intéressés.

¹⁰³ Voir page 127 du présent rapport.

Décision n° [2020-DEC-08](#) du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS

Décision n° [2020-DEC-09](#) du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS

Dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#), le groupe Ballande SAS a transmis à l'Autorité une liste de cinq engagements pour chacun de ses « Hyper U », en vue d'obtenir une décision d'autorisation fondée sur l'article Lp. 432-3 du code de commerce.

Les engagements proposés sont identiques, à une exception près qui vise à remédier au risque de verrouillage des intrants sur le marché amont de l'élevage bovin pour le magasin « Hyper U » situé à Païta et ne relevant pas du monopole de commercialisation de l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF).

Ces engagements prendront effet à compter de la mise en exploitation du premier magasin « Hyper U » et sont pris pour une durée de 5 ans, le cas échéant renouvelable à l'issue d'une nouvelle analyse concurrentielle.

1. Sur les risques de verrouillage par les intrants par la société Serdis

Afin d'éviter tout risque de renforcement de position du groupe Ballande sur le marché aval de la distribution à l'issue des opérations envisagées, la partie notifiante a proposé plusieurs mesures correctives au nom de sa filiale exerçant une activité de grossiste-importateur, la société Serdis.

Le premier engagement du groupe Ballande destiné à remédier aux risques de verrouillage par les intrants de la part de la société Serdis visait à garantir l'application de grilles tarifaires non-discriminatoires à l'égard de tous les hypermarchés, supermarchés et discounters du Grand Nouméa.

Le groupe Ballande s'est également engagé à mettre en œuvre un traitement non-discriminatoire des commandes par la société Serdis en cas de risque de rupture ponctuelle de stocks, fondé sur une répartition des stocks disponibles entre les clients de la société Serdis selon les volumes historiques de commandes afin de ne pas pénaliser ses plus petits clients.

Enfin, le groupe Ballande s'est engagé à maintenir les opérations promotionnelles mensuelles de la société Serdis auprès des commerces de proximité.

Malgré la critique de l'un des répondants au test de marché, qui considérait que la portée de ces engagements était trop limitée et regrettait qu'ils ne s'appliquent qu'à la seule filiale Serdis, ils ont été retenus et approuvés par l'Autorité. En effet, l'Autorité a considéré que dans la mesure où seule la société Serdis détenait une part de marché suffisamment importante sur les marchés amont de l'approvisionnement concernés pour mettre en place une stratégie de verrouillage, l'application de ces engagements à toutes les filiales du groupe Ballande aurait été disproportionnée par rapport aux risques identifiés. De plus, ces engagements clairs et précis ne suscitaient pas de doute quant à leur mise en œuvre.

2. Sur le risque de partage d'informations confidentielles et stratégiques par le biais de la société Serdis

L'Autorité a également reconnu que les opérations envisagées présentaient un risque de partage d'informations stratégiques concernant la politique commerciale des distributeurs concurrents, via des remontées statistiques de la part de la société Serdis.

Dans le but d'écarter ce risque, le groupe Ballande a proposé les mesures suivantes :

- La garantie que l'exploitation des deux magasins « Hyper U » se ferait par des sociétés indépendantes et distinctes de la société Serdis ;
- L'interdiction pour la société Serdis de communiquer les données commerciales et confidentielles dont elle dispose en tant que fournisseur des concurrents des futurs magasins « Hyper U » ;
- La sensibilisation des équipes commerciales de la société Serdis sur la nécessité de respecter cette obligation de confidentialité. De façon concrète, le groupe Ballande s'engageait, à travers cette mesure corrective, à diffuser annuellement une circulaire interne rappelant les engagements du groupe, à former ses salariés aux exigences du droit de la concurrence et à insérer une clause dans les contrats de travail soulignant que tout manquement à cet engagement exposait les salariés à une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave.

Cet engagement a été critiqué par l'un des répondants au test de marché, qui estimait à nouveau que sa portée était trop limitée et qu'il devait s'étendre aux autres filiales du groupe, comme la société de transport de marchandises STTR.

L'Autorité a considéré, cependant, que les autres filiales du groupe Ballande n'avaient pas accès à des informations stratégiques précises concernant l'activité commerciale des concurrents des magasins « Hyper U Païta » et « Hyper U Anse Uaré », par le biais de leur activité de transport, de consignation de coque et de manutention portuaire.

En outre, la part des achats des concurrents des « Hyper U » transitant par les filiales du groupe Ballande demeurerait minime si bien que les informations susceptibles d'être collectées ne pouvaient pas se révéler pertinentes.

Enfin, les distributeurs concurrents des « Hyper U » conservaient toujours la possibilité de s'adresser à d'autres partenaires commerciaux s'ils estimaient le risque trop important. En conséquence, l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'étendre l'engagement proposé aux autres filiales du groupe et l'a accepté, l'ayant jugé suffisamment clair, précis et contrôlable.

3. Sur les risques de verrouillage par les intrants par la société Agrical

Le dernier volet des mesures correctives proposées par le groupe Ballande concernait principalement le magasin « Hyper U Païta », dont l'ouverture a été autorisée par l'Autorité dans la décision n° [2020-DEC-08](#). Cet engagement visait en effet à remédier au risque de verrouillage par les intrants sur le marché de la commercialisation de la viande bovine, à travers sa filiale, la société Agrical opérant sur le marché amont de l'élevage de bovins et de la fourniture de viande bovine. Or, la commercialisation de la viande bovine fait l'objet d'un monopole de l'OCEF sur tout le territoire du Grand Nouméa ; seul l'ouverture du magasin situé à Païta, hors de la zone du monopole de l'OCEF, était donc susceptible de faire émerger un tel risque.

En conséquence, le groupe Ballande s'est engagé « à ce que les prix pratiqués par AGRICAL pour les ventes à l'HYPER U de Païta soient identiques à ceux pratiqués auprès des autres boucheries de la zone de Païta, hors monopole OCEF de distribution » (point 385). Est également prévue, dans le cadre de cet engagement, « une grille tarifaire unique » pour les boucheries de Païta clientes d'Agrical, contrôlée par un mandataire indépendant (point 386).

Le test de marché a fait émerger une réserve de la part de l'un des répondant qui a considéré que cet engagement était trop restrictif et devait également porter sur « la diversité (le choix) des produits » (point 390). Toutefois, l'Autorité a constaté que cette critique n'émanait que d'un seul opérateur et que la part de marché de la société Agrical était inférieure à 20 % sur un marché où d'autres sources d'approvisionnement en viande bovine sont disponibles. L'Autorité a donc estimé qu'il n'était pas justifié d'imposer à Agrical un engagement supplémentaire portant sur le choix des produits, le contrôle de cet engagement étant par ailleurs particulièrement difficile à opérer dès lors qu'il impliquerait un contrôle qualité de la viande proposée par Agrical à ses différents clients.

Il est utile de préciser que dans le cadre de la décision n° [2020-DEC-09](#) la partie notifiante s'est engagée à mettre en œuvre une mesure corrective similaire dans l'hypothèse où le monopole de l'OCEF évoluerait, faisant sortir la magasin « Hyper U Anse Uaré » du périmètre de ce monopole.

4. La désignation d'un mandataire indépendant

Le groupe Ballande a par ailleurs proposé que ses engagements soient soumis au contrôle d'un mandataire indépendant chargé d'en assurer le suivi. Il a été convenu, dans les décisions n° [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#), que la partie notifiante soumettrait à l'approbation de l'Autorité l'identité de trois personnes susceptibles d'être désignées mandataire ainsi que le projet de mandat envisagé.

La partie notifiante s'est également engagée à transmettre au mandataire, directement ou par l'intermédiaire de ses conseils, tous les éléments nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle des engagements proposés et des obligations résultant de la décision de l'Autorité (point 357 de la décision n° [2020-DEC-08](#)).

Le mandataire est plus particulièrement chargé de vérifier la mise en œuvre de la mesure corrective relative au risque de verrouillage des intrants en étant destinataire de la liste de diffusion externe de la société Serdis « relayant aux clients GMS/GSA les changements de prix applicables, y compris dans le cadre d'opérations promotionnelles ». Il est également associé à l'engagement propre à écarter le risque de partage d'information confidentielle notamment en contrôlant la circulaire annuelle à destination des salariés de la société Serdis. Enfin, il est destinataire de la grille tarifaire de la société Agrical.

Le mandataire rend compte à l'Autorité de son activité par le biais d'un rapport annuel pendant toute la durée des engagements.

Les engagements de type « Muraille de Chine »

Les engagements comportementaux des parties à une opération peuvent prendre des formes très variées comme le montre la diversité des remèdes propres à chaque cas d'espèce.

Pour remédier à certaines préoccupations de concurrence liées à des risques d'échanges d'informations entre filiales d'un même groupe à l'issue d'une opération, l'Autorité peut être amenée à accepter, de façon exceptionnelle, des engagements comportementaux de type « Muraille de Chine » à la place d'engagements structurels. L'opportunité d'un tel choix est appréciée au regard des spécificités et des circonstances de chaque opération.

Les engagements de type « Muraille de Chine » recouvrent un ensemble de dispositions permettant de garantir la séparation opérationnelle, administrative et managériale des activités de deux entités appartenant à un même groupe. Il s'agit notamment de préserver la confidentialité des informations détenues par les filiales au sein d'un même groupe. Ainsi les opérateurs s'engageant au travers de mesures correctives de type « Muraille de Chine » peuvent-ils être conduits à modifier leur organisation interne et à matérialiser une séparation entre certains de leurs services pour garantir l'autonomie de gestion des entités. Pour cette raison, les engagements de type « Muraille de Chine » sont considérés par l'Autorité comme des engagements quasi structurels.

Dans les décisions [2020-DEC-08](#) et [2020-DEC-09](#), l'Autorité a accepté ce type d'engagements considérant qu'un engagement structurel aurait été disproportionné au regard de l'objectif poursuivi.

Les avis et les recommandations de l'Autorité

Les attributions de l'Autorité en matière d'avis sont larges et lui permettent d'intervenir à titre consultatif sur « *toute question concernant la concurrence* »¹⁰⁴.

En effet, conformément à l'article Lp. 462-1, l'Autorité peut être consultée sur toute question de concurrence par le congrès et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que par « *les provinces, les communes, le conseil économique, social et environnemental, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs reconnues par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (...) la chambre d'agriculture de Nouvelle-Calédonie, (...) la chambre de métiers et de l'artisanat de Nouvelle-Calédonie ou (...) la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie, l'observatoire des prix, en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge* ».

La saisine de l'Autorité pour avis est obligatoire dès lors que le congrès ou le gouvernement projettent, par des textes à valeur législative ou réglementaire, de « *1° Soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* »¹⁰⁵. L'article Lp. 462-2 prévoit en outre que l'Autorité est obligatoirement consultée en cas de « *modification des titres II, III, IV, V, VI et VII du livre IV de la partie législative et réglementaire du code de commerce* ».

L'Autorité peut également « *prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence* » en application de l'article Lp. 462-7 du code de commerce.

Les avis rendus par l'Autorité en cas de consultation, de saisine obligatoire ou d'auto-saisine lui permettent notamment de faire des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés. Les avis et recommandations de l'Autorité sont rendus à titre consultatif et ne lient pas le gouvernement ni le congrès.

Enfin, l'Autorité peut être saisie par les juridictions sur des affaires individuelles de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives de concurrence, dans les conditions prévues à l'article Lp. 462-3 du code de commerce. Les avis rendus en cette occasion sont également consultatifs.

En 2020, les avis et recommandations de l'Autorité illustrent bien ces différentes possibilités d'intervention :

- 3 avis obligatoires ont été rendus sur des mesures de régulation de marché ;
- 1 avis a été rendu à la demande du congrès sur un projet de loi du pays dans le secteur de la santé publique ;
- 2 avis ont été rendus en réponse à une demande du gouvernement ;
- 1 avis a été rendu au tribunal administration de Nouvelle-Calédonie dans le cadre d'un jugement avant-dire-droit¹⁰⁶ ;

¹⁰⁴ Article Lp. 462-1 du code de commerce.

¹⁰⁵ Article Lp. 462-2 du code de commerce.

¹⁰⁶ Cet avis n° [2020-A-04](#) du 6 juillet 2020 « *relatif à la demande d'avis du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 22 avril 2020 sur le fondement de l'article Lp. 462-3 du code commerce* » est examiné dans la partie relative aux pratiques anticoncurrentielles (voir décision n° [2020-MC-01](#)).

- 1 courrier de recommandations, en urgence, concernant le dispositif dérogatoire de non-remboursement des billets dans le secteur aérien et touristique a été adressé au congrès et au gouvernement, à l'initiative de l'Autorité.

A. Les avis relatifs à des demandes de mesures de régulation de marché

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-5 du 6 février 2019, l'avis de l'Autorité est obligatoirement requis s'agissant de nouvelles demandes de régulation de marché pour apprécier, du 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, à la demande de l'une d'entre elles.

Les mesures de régulation de marché ne peuvent concerner que des biens produits ou transformés en Nouvelle-Calédonie, tel que prévu à l'article Lp. 413-2 du code de commerce, et sont accordées en échange de contreparties de la part de l'entreprise bénéficiaire présentées sous la forme d'engagements contraignants.

Elles sont accordées pour une durée maximum de 10 ans renouvelable, et peuvent prendre la forme de restrictions quantitatives d'importation ou de protections tarifaires. Les mesures quantitatives sont soit des suspensions soit des contingents d'importation. Ainsi, l'importation de marchandises qui font l'objet de contingents est répartie entre les opérateurs qui en font la demande sous forme de quotas individualisés. Les mesures tarifaires quant à elles nécessitent l'institution d'une taxe de régulation de marché (TRM) exigible sur les produits importés, concurrents des produits bénéficiaires des mesures.

Conformément à l'article Lp. 413-1 du code de commerce, les mesures de régulation ne sont accordées que si elles favorisent les objectifs suivants :

« 1° L'autonomie économique de la Nouvelle-Calédonie, le développement d'un modèle plus endogène, la réduction du déficit de la balance commerciale et des transactions courantes ;
2° Le rééquilibrage, l'aménagement du territoire, la diversification de l'économie et l'exportation ;
3° L'investissement, la structuration de filières de production et le développement de la concurrence locale ;
4° La création d'emploi local ;
5° L'insertion de la jeunesse par le travail, l'acquisition de compétences et la promotion sociale ;
6° La compétitivité des entreprises locales et le pouvoir d'achat des Calédoniens ;
7° La satisfaction du consommateur par la qualité, le prix et le choix des produits, ainsi que par le renforcement de la sécurité alimentaire ;
8° Les objectifs de développement durable notamment le traitement des déchets, le recyclage et l'amélioration de l'empreinte énergétique ».

Pour répondre à ses objectifs, les engagements pris par la société demanderesse doivent être déclinés en neuf items mentionnés à l'annexe 4-3 du code de commerce dont les quatre premiers sont obligatoires :

« 1. L'amélioration de la qualité, de la diversité des produits ou l'instauration de normes ;
2. Le maintien ou la baisse des prix, l'instauration d'une politique tarifaire par catégorie de client ;

3. *Le renforcement de l'investissement : natures, technologie, objet, coût, capacité de production et d'approvisionnement du marché ;*
4. *Le maintien ou la création de l'emploi, notamment local ;*
5. *L'amélioration de la gestion des ressources humaines : administration, sécurité, formation, gestion prévisionnelle des emplois, des compétences et des carrières, politique de répartition de la richesse ;*
6. *L'accroissement de la compétitivité : politique commerciale et de distribution, maîtrise des coûts, recherche et développement, innovation, exportation ;*
7. *La valorisation de la filière : transformation de produits locaux, chaîne de valeurs, nombre d'acteurs ;*
8. *La contribution au rééquilibrage : implantation de l'outil, approvisionnement, sous-traitance ;*
9. *La promotion du développement durable : normes, énergies, recyclage, circuit d'approvisionnement. »*

Dans plusieurs avis ou recommandations¹⁰⁷, l'Autorité a rappelé que les mesures de régulation de marché portent naturellement atteinte à la concurrence et qu'il convient donc d'évaluer les risques anticoncurrentiels qui y sont associés en fonction de la nature de la mesure de protection demandée et de l'intensité du jeu de la concurrence sur le marché local.

S'inspirant des conditions d'exemptions individuelles de certaines pratiques anticoncurrentielles posées par l'article Lp. 421-4 du code de commerce, l'Autorité vérifie si la mesure de régulation de marché demandée a pour effet d'« *assurer un progrès économique et réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

La méthode d'analyse de l'Autorité consiste donc systématiquement à analyser si la mesure envisagée ainsi que les engagements proposés par l'entreprise en contrepartie :

- Contribuent directement au « progrès économique » ;
- Réservent aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ;
- Ne permettent pas d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés ;
- Sont indispensables pour parvenir au progrès économique poursuivi.

Elle peut, le cas échéant, formuler des recommandations au Gouvernement et à l'entreprise demanderesse pour modifier ou compléter les engagements qu'elle a proposés afin que ces conditions soient remplies.

Avis n° [2020-A-01](#) du 24 février 2020 relatif à la demande d'avis sur une demande de mesures de régulation de marché de la société calédonienne laitière (Socalait)

L'avis n° [2020-A-01](#), requis à la suite d'une demande de régulation de marché formulée par la société Socalait, seul producteur local industriel de produits laitiers frais en Nouvelle-Calédonie, a été rendu dans le cadre du nouveau dispositif légal.

¹⁰⁷ Voir la Recommandation n° 2018-R-02 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie et l'avis n° 2018-A-10 sur l'avant-projet de loi du pays portant régulation de marché.

La production locale de yaourt fait l'objet de protections de marché depuis près de 30 ans, comme les yaourts naturels et sucrés protégés par des mesures « STOP », c'est-à-dire une suspension d'importation « toute origine et provenance », ou les yaourts aromatisés aux fruits protégés par un quota de 125 tonnes de 2012 à 2018. En 2018, en dépit de l'avis défavorable de l'Autorité¹⁰⁸, la société Socalait a demandé et bénéficié de nouvelles mesures de protection (STOP sur les yaourts aux fruits, sur les yaourts fermentés et sur les fromages frais ainsi qu'une TRM sur les crèmes dessert bien que non produites localement), avant d'en demander le retrait l'année suivante puisque ces mesures avaient détourné le consommateur calédonien des produits fabriqués par la société Socalait.

Depuis, les yaourts naturels et sucrés sont les seuls yaourts frais à bénéficier d'un STOP tandis que les crèmes desserts importées font l'objet d'une taxe de régulation de marché établie à 10%.

En l'espèce, la demande de la société Socalait portait sur les mesures de régulation de marché suivantes :

- Le renouvellement d'une mesure « STOP » pour empêcher l'importation de yaourts nature et sucrés ;
- L'introduction d'un quota de 125 tonnes sur les yaourts fruits ;
- L'augmentation de la taxe de régulation de marché de 10 à 30 % sur les crèmes dessert UHT longue conservation.

Dans sa lettre d'engagements accompagnant sa demande, la société Socalait a proposé des engagements sur les quatre points obligatoires justifiant la demande de régulation de marché ainsi que sur la promotion du développement durable.

© Sur la contribution au progrès économique et le fait d'en réserver une part aux utilisateurs :

Dans son avis n° [2020-A-01](#), l'Autorité considère tout d'abord que « *des mesures de régulation de marché adaptées seraient susceptibles de contribuer au progrès économique afin de maintenir une activité de production industrielle de yaourts et crèmes dessert frais en Nouvelle-Calédonie par la société Socalait, dont la rentabilité économique est incertaine compte tenu de la taille restreinte du marché local (271.407 habitants en 2019), d'un outil de production très largement sous-utilisé par rapport à ses capacités de production (15 % de sa capacité totale) et d'une situation financière difficile. Ces mesures bénéficieraient également aux deux autres producteurs locaux, qui ne disposent pas d'un outil de production industriel équivalent et qui ne réalisent ensemble que 10 % de la production locale tous produits confondus* ».

En revanche, l'Autorité a considéré que l'accroissement de la TRM de 10 à 30 % sur les crèmes dessert et desserts lactés UHT longue conservation, non produites localement, ne répond pas à l'objectif d'écoulement de la production locale et aura nécessairement un effet inflationniste sur ces produits pourtant indispensables aux consommateurs calédoniens. Cette mesure ne contribue donc pas au progrès économique en Nouvelle-Calédonie.

En outre, l'Autorité a rappelé que la contribution au progrès économique des mesures de régulation de marché dans le secteur des produits laitiers frais « *doit s'apprécier au regard de*

¹⁰⁸ Voir l'avis n° [2018-A-09](#) portant sur cinq demandes de protections de marché individuelles et divers projets de délibérations et d'arrêtés y afférant.

la capacité des entreprises de production locale protégées à approvisionner le marché intérieur quantitativement et qualitativement, mais également au regard des engagements pris par la société demanderesse pour garantir aux utilisateurs, en particulier aux consommateurs, une part substantielle du profit qui en résulte ».

© Sur le risque d'élimination substantielle de la concurrence et le caractère indispensable des mesures demandées :

En l'espèce, l'Autorité a constaté que les mesures de régulation de marché sollicitées par la société Socalait sont moins attentatoires à la concurrence que celles que l'Autorité avait examinées dans le cadre de son avis n° [2018-A-09](#) du 9 novembre 2018 précité.

Néanmoins, le maintien d'un STOP sur les yaourts nature et sucrés et la réintroduction d'un QTOP de 125 tonnes sur les yaourts aux fruits va conforter la position dominante de la société Socalait sur les marchés concernés telle qu'observée entre 2012 et 2018 lorsque ces mesures étaient en vigueur.

En conséquence, au regard du niveau déjà élevé des prix des produits laitiers frais constatés en Nouvelle-Calédonie par rapport à celui constaté en métropole ou dans les DOM, l'Autorité a considéré que les effets anticoncurrentiels des mesures de régulation de marché sollicitées par la société Socalait devraient être compensés par un renforcement substantiel des engagements qu'elle a proposés en termes d'innovation et de baisse de prix à court terme sur l'ensemble de ses gammes de produits comme en termes d'investissement à moyen terme.

A défaut, l'Autorité recommandait au gouvernement d'envisager des mesures de régulation de marché laissant davantage de place à la concurrence des produits importés pour favoriser un élargissement de la gamme des produits offerts en Nouvelle-Calédonie et une plus forte concurrence par les prix au bénéfice des consommateurs. Elle l'a invité, en particulier, à traiter de manière distincte le niveau de protection adéquate sur le marché des yaourts nature et sucrés d'une part et sur le marché des yaourts aromatisés et additionnés de fruits d'autre part, car ils ne présentent pas les mêmes caractéristiques en termes d'acteurs sur le marché local, de positionnement de prix, de profondeur de gammes de produits, de capacités d'innovation ni de réponse aux besoins des consommateurs.

Ainsi, si l'introduction d'un STOP sur les yaourts nature et sucrés a pu contribuer à l'émergence de trois opérateurs locaux et en particulier à l'arrivée d'un nouvel entrant ayant connu un fort développement depuis 2014 (la société Les Délices du Caillou), les mesures de régulation sur les yaourts aromatisés ou additionnés de fruits ne semblent pas avoir favorisé la concurrence sur ce segment de marché depuis leur mise en place.

En conséquence, sur le marché des yaourts aromatisés et additionnés de fruits, l'Autorité a recommandé au gouvernement d'évaluer les effets d'une augmentation du QTOP de 125 tonnes ou de l'introduction d'une TRM à la place de ce quota en tenant compte du fait que le tarif douanier actuel inclut indifféremment les yaourts aux fruits « fermes » et les yaourts « liquides » de type « yaourts à boire » alors que ces deux catégories de produits n'apparaissent pas substituables du point de vue du consommateur.

En tout état de cause, l'Autorité a recommandé au gouvernement de supprimer la TRM sur les crèmes dessert et desserts lactés UHT longue conservation étant donné son effet inflationniste direct au détriment des consommateurs alors que ces produits ne sont pas fabriqués sur le territoire et qu'ils présentent des caractéristiques très particulières

recherchées par une part importante de la population calédonienne (absence de chaîne du froid, longue conservation, positionnement à bas prix...). En revanche, elle a réitéré l'une des recommandations mentionnées dans son avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 précité, en invitant le gouvernement « à adopter un dispositif réglementaire interdisant la vente des crèmes dessert UHT dans les rayons réfrigérés des magasins de détail et améliorant l'information des consommateurs ».

Avis n° [2020-A-02](#) du 31 mars 2020 relatif à la demande d'avis sur une demande de mesures de régulation de marché de la société Les Bois du Nord

Dans l'avis n° [2020-A-02](#) l'Autorité s'est prononcée sur une demande de mesure de régulation de marché tarifaire dans le secteur du bois.

En Nouvelle-Calédonie, le marché de l'approvisionnement en bois (scié ou raboté) est dominé à 80 % par les importations. La faible part de marché des producteurs locaux, structurellement inférieure à 20 %, est liée à la taille réduite des forêts exploitables et au coût de production élevé du bois local. La société Les Bois du Nord est l'une des quatre scieries sur le territoire calédonien et est la seule à produire du bois scié structurel à partir de pins des caraïbes. Cette scierie a pour activité la production de bois jusqu'à la commercialisation et la construction de maisons en bois.

Au moment de l'examen de la demande par l'Autorité, une mesure de régulation de marché était en vigueur, imposant un contingent global de 19 000 m³ sur 12 tarifs douaniers relatifs à diverses essences de bois. La société Les Bois du Nord demandait que cette mesure quantitative soit cumulée à une taxe de régulation de marché (TRM) de 15 % sur 4 tarifs douaniers visant spécifiquement le pin radiata et les autres pins rabotés ou non. Il s'agissait, de son point de vue, de renforcer la compétitivité du pin des caraïbes, produit localement, par rapport aux bois importés concurrents dont le prix de revient est beaucoup moins cher.

S'agissant de la contribution d'une telle mesure au progrès économique en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a estimé qu'elle était avérée puisqu'elle présentait des avantages environnementaux et permettait le maintien d'emplois locaux en zone reculée, contribuant ainsi au rééquilibrage économique.

S'agissant de la part du profit qui en résulterait, l'Autorité a considéré que cette mesure tarifaire allait renchérir mécaniquement le prix de revient des pins radiata et sylvestre rabotés ou non mais qu'elle ne devrait toutefois pas conduire à une augmentation majeure des prix de vente hors taxe pratiqués auprès des professionnels de la construction et des consommateurs.

En effet, le niveau moyen de marge brute pratiqué par les importateurs-distributeurs (de 46 à 90 %) permettait d'absorber tout ou partie de cette nouvelle taxe. En tout état de cause, même dans l'hypothèse où tous les intervenants de la chaîne auraient répercuté la totalité du surcoût engendré par la TRM sur leur prix de vente, le surcoût résultant de la TRM sollicitée sur une construction en bois était inférieur à 1 %. De plus, il apparaissait que les prix de revient des bois structurels importés resteraient inférieurs au prix de revient de la société Les Bois du Nord même après l'introduction d'une TRM de 15 %. Enfin, l'Autorité avait évalué le rendement de cette nouvelle taxe à 60 millions F.CFP par an au bénéfice de l'ensemble des contribuables calédoniens.

S'agissant du risque d'élimination substantielle de la concurrence, il a pu être raisonnablement écarté puisque la société Bois du Nord ne se trouvait pas en position

dominante sur le marché de l'approvisionnement en bois scié en Nouvelle-Calédonie, marché dominé par les importateurs.

Dès lors, l'Autorité a considéré que cette mesure tarifaire n'avait pas pour effet de placer la société Les Bois du Nord, ni aucun producteur local de bois, en position dominante sur le marché de l'approvisionnement en bois scié en Nouvelle-Calédonie et ne devait pas non plus modifier la structure de la concurrence sur ce marché puisqu'elle ne risquait pas de conduire à la disparition de concurrents locaux ou d'importateurs.

L'Autorité a constaté que la TRM sollicitée pouvait en revanche favoriser l'écoulement du bois scié structurel local en lui permettant de devenir plus compétitif par rapport aux produits importés concurrents conformément à l'objectif visé par l'article Lp. 410-2 du code de commerce

S'agissant du caractère indispensable de la mesure demandée, l'Autorité a souligné que son effet sur l'amélioration de la situation de la société Les Bois du Nord restait incertain et dépendait de la politique tarifaire de ses concurrents importateurs-distributeur.

L'Autorité a rappelé qu'une mesure de régulation tarifaire demeure moins attentatoire à la concurrence qu'une mesure de contingent ou qu'une subvention directe au bénéfice d'une seule société.

Dans ses conclusions, l'Autorité précisait qu'elle est, conformément à sa jurisprudence constante, défavorable au cumul d'une protection quantitative et d'une barrière tarifaire qui est de nature à conduire à un double effet inflationniste en raison de la réduction de l'offre d'une part et de l'application d'une taxe sur les produits contingentés d'autre part. Elle recommandait donc au gouvernement de supprimer le contingent global de 19 000 m³, en exposant que cette mesure portait sur de nombreuses essences de bois non produites en Nouvelle-Calédonie et non concurrentes du pin des caraïbes produit localement et qu'elle s'avérait inefficace pour protéger la production locale dans la mesure où le volume des importations de bois était inférieur à 14 000 m³.

L'Autorité préconisait en outre un renforcement des engagements proposés par la société Bois du Nord en contrepartie de l'introduction d'une TRM sur les quatre tarifs douaniers demandés. L'Autorité recommandait donc à la société Bois de Nord de s'engager à :

- Produire sur commande et dans un délai raisonnable à compter de la commande du bois scié d'une longueur comprise entre 3,5 m et 6 m et de sections différentes ;
- Maintenir ses prix de vente hors taxe au niveau pratiqué en janvier 2020 à l'égard des professionnels et des particuliers pendant un an à compter de l'entrée en vigueur de la TRM et ne pas les augmenter de plus de 10 % jusqu'à la fin du bénéfice de la TRM dans la seule hypothèse où les prix pratiqués par ses concurrents auraient augmenté durant cette période ;
- Investir dans une abouteuse-entureuse d'occasion en 2020 afin de valoriser rapidement une partie de ses bois déclassés et augmenter son chiffre d'affaires ;
- Réaliser un audit complet de l'entreprise par des experts métiers qui seraient à même de proposer des voies d'amélioration rapide du rendement global de la scierie et de diminuer ainsi son prix de revient tout en développant une gamme étendue de produits (sections, longueurs, produits à haute valeur ajoutée tels que profilé, clin, bardage, etc.)

L'Autorité a considéré que, dans cette hypothèse, le bénéfice de l'introduction d'une TRM de 15 % devrait être temporaire et courir jusqu'au 22 décembre 2023, date d'expiration du permis temporaire d'exploitation à titre gratuit de la forêt du plateau de Tango et n'être renouvelé pour une période de trois ans que si elle s'avérait toujours justifiée et qu'elle était assortie d'un engagement de la société Les Bois du Nord visant à verser un loyer à la Province Nord sur la base des tarifs du marché en vigueur.

Avis n° [2020-A-06](#) du 6 novembre 2020 relatif à la demande d'avis sur une demande de mesures de régulation de marché de la société Pacific Plastic Profilé (3P)

L'Autorité a été conduite à examiner une demande de protection de marché dans le secteur du BTP dans le cadre de son avis n° [2020-A-06](#) portant sur une demande de la société 3P, le seul fabricant de profilés lambris PVC présent en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit d'un secteur connu de l'Autorité qui avait déjà instruit en 2018 une demande de protection de la société 3P¹⁰⁹ ayant abouti en 2019, malgré l'avis défavorable de l'Autorité, à une mesure « STOP » sur les produits concurrents importés. Toutefois, il est utile de souligner que cette mesure accordée par arrêté du gouvernement a été annulée avec d'autres fin 2019 par décision du Tribunal administratif sur la requête du Haut-Commissariat.

La nouvelle demande de la société 3P consistait en l'introduction d'une taxe de 40 % sur les produits importés relevant de la position douanière n° 3916.20.10 « *Profilés en PVC d'une largeur inférieure à 215 mm et d'une épaisseur de parois inférieure ou égale à 1,2 mm* ».

L'Autorité a tout d'abord constaté que, malgré la conjoncture économique atone du secteur BTP, la société 3P avait réussi à maintenir son volume de production de lambris PVC alors que les importations avaient beaucoup baissé depuis 2014 (-38 %) et qu'elle disposait d'une santé financière saine ne mettant pas en péril ses 8 emplois actuels.

L'Autorité a ensuite conclu des chiffres transmis par la société 3P que l'instauration d'une mesure « STOP » pendant la quasi-totalité de l'année 2019 n'avait pas eu pour effet d'accroître la demande auprès de la société 3P alors que le retrait de cette mesure de protection n'avait pas non plus eu pour effet de relancer le volume de lambris importé. En résumé, cette mesure de protection n'avait eu aucun effet sur la production locale.

La société 3P estimait cependant être fortement concurrencée par des produits importés, le plus souvent de qualité inférieure (vieillesse prématuré, absence de résistance au feu et aux UV) et avec un coût de revient très inférieur au sien. Elle considérait donc qu'une mesure de régulation de marché était indispensable pour rattraper son différentiel de coût de revient et réduire la pression concurrentielle à laquelle elle est soumise. En contrepartie de cette mesure, la société 3P s'engageait à améliorer la qualité et la diversité de ses produits, à baisser ses prix de 3 %, à renforcer son investissement productif, et à maintenir ou créer l'emploi local.

S'agissant du progrès économique attendu de cette mesure de régulation de marché, l'Autorité a estimé que son apport serait limité. L'Autorité a en effet observé que même en retenant l'hypothèse la plus favorable à la société 3P concernant le marché pertinent, la part des importations sur ce marché restait faible et en baisse (20 %) au regard de la production de la société 3P (80 %). Ce constat avait d'ailleurs conduit la DAE à émettre un avis négatif sur la demande de TRM de la société 3P, pointant l'absence de justification économique d'une

¹⁰⁹ Voir l'avis n° [2018-A-09](#) du 9 novembre 2018, relatif à l'examen de cinq demandes de protection de marché, dont celle de la société 3P (points 240 à 289).

telle mesure au regard des objectifs fixés par la loi. En séance de l’Autorité, le commissaire du gouvernement a confirmé cette analyse en soulignant notamment que la distribution de dividendes par la société 3P à ses actionnaires ces huit dernières années, malgré la concurrence des produits importés, démontrait qu’elle était capable d’y faire face sans soutien public.

A l’issue de l’instruction réalisée par l’Autorité, notamment par l’intermédiaire d’un test de marché, l’analyse concurrentielle a montré que si la mesure sollicitée ne devait pas avoir d’effet sensible sur la structure de la concurrence, elle n’était pas non plus de nature à produire les effets attendus par la société 3P et qu’elle limiterait sensiblement le recours aux importations.

S’agissant du risque d’élimination substantielle de la concurrence, l’Autorité a estimé qu’il n’était pas avéré, la puissance de marché de la société 3P, en position dominante sur les marchés de la production et de la distribution de lambris en PVC, devant être relativisée. En effet, l’Autorité a estimé qu’il était probable qu’une augmentation des prix ou une réduction de la qualité des produits de la société 3P conduise les utilisateurs à se tourner vers d’autres matériaux de construction, totalement ou partiellement substituables entrant dans d’autres tarifs douaniers que celui sur lequel la TRM serait appliquée, ce qu’ils avaient déjà commencé à faire depuis janvier 2019.

En outre, l’analyse concurrentielle a montré que si une TRM de 40 % sur les produits relevant du TD. 3916.20.10 pouvait contribuer de façon très limitée au progrès économique, elle comportait néanmoins un risque d’augmentation des prix des lambris PVC importés de qualité inférieure au détriment des consommateurs ayant des revenus modestes. En outre, il n’était pas démontré que la baisse des tarifs de 3 % par la société 3P à ses clients professionnels soit répercutée sur les prix de vente au détail au bénéfice des consommateurs.

En conséquence, l’Autorité a déduit de l’ensemble de ces éléments **la mesure de régulation sollicitée apparaissait peu pertinente pour parvenir à l’objectif poursuivi par la société 3P**. L’Autorité a donc recommandé au gouvernement de privilégier l’introduction d’une norme calédonienne limitant l’importation et la distribution de lambris PVC en Nouvelle-Calédonie aux seuls produits répondant à des critères qualitatifs (garantie antivieillessement, traitement anti-feu, respect des normes REACH...). Ces critères, contrôlables par voie documentaire, permettraient ainsi de promouvoir la concurrence par la qualité entre les produits locaux et importés et de poursuivre un objectif de protection des consommateurs sans altérer sensiblement le jeu de la concurrence.

B. Les avis rendus sur des projets de texte législatif ou réglementaire

Avis n° [2020-A-03](#) du 24 avril 2020 relatif à la demande d’avis sur le projet de loi du pays instituant le livre VI de l’ancien code de la santé publique applicable en Nouvelle-Calédonie

L’avis n° [2020-A-03](#) concernait le secteur de la biologie médicale en Nouvelle-Calédonie dont la réglementation devait être substantiellement modifiée par l’adoption d’un projet de loi du pays. Le congrès qui discutait le texte a saisi l’Autorité afin que soient dégagés des critères objectifs pour permettre au gouvernement de s’opposer, pour des motifs tenant au risque d’atteinte à la continuité de l’offre de biologie médicale, à l’ouverture ou au rachat de tout ou partie d’actifs d’un laboratoire de biologie médicale (LBM) ou d’un site de LBM.

L'Autorité a tout d'abord souligné que, bien que ces dispositions portent atteinte à la liberté d'établissement, à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'entreprendre, il est de jurisprudence constante que ces libertés peuvent être limitées pour un motif d'intérêt général suffisant et s'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. En l'espèce, l'objectif poursuivi par le gouvernement était d'éviter un risque d'atteinte à la continuité de l'offre de biologie médicale.

Après avoir analysé le secteur de la biologie médicale en Nouvelle-Calédonie et les principales modifications proposées par le projet de loi du pays (notamment la possibilité de créer un LBM « multisites »), l'Autorité a défini les marchés pertinents et examiné la répartition des parts de marché qui montrait que le secteur était déjà fortement concentré avec un opérateur dominant qui représentait entre 50 et 60 % de l'offre de biologie médicale de routine sur l'ensemble du territoire. Cette analyse a permis à l'Autorité de répondre à la demande d'avis du congrès en tenant compte des spécificités du territoire. Les critères proposés sont donc différents de ceux applicables en métropole pour éviter une réforme disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Sur la possibilité pour le GNC de s'opposer au rachat total ou partiel du capital d'un LBM ou d'un site de prélèvement (article Lp. 6212-3 du code de santé publique), l'Autorité a tout d'abord souligné que les regroupements d'entreprises permettent aux entreprises concernées d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur la compétitivité globale de l'économie, sur la capacité d'innovation ainsi que sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs.

Cependant, ces bénéfices ne sont pas assurés lorsque la multiplication des regroupements de laboratoires entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence et *in fine* la continuité de l'offre de soins à travers la création de situations de marché oligopolistiques voire monopolistiques.

Aussi, l'Autorité a proposé au congrès de retenir trois critères cumulatifs pour permettre au gouvernement de s'opposer à une opération d'acquisition, de fusion ou de prise de participation minoritaire ou majoritaire au sein d'un LBM ou d'un site de LBM, pour un motif tenant à la continuité de l'offre de soins, lorsque :

- L'opération entraîne un chevauchement d'activités entre les parties, c'est-à-dire lorsqu'elles sont actives sur le(s) même(s) marché(s) concerné(s) ou sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur (à l'amont ou à l'aval) ou sur des marchés connexes : ce critère permet de ne pas limiter l'investissement dans le secteur des LBM par des opérateurs non présents sur ces marchés ;
- L'opération n'est pas une opération de concentration déjà soumise au contrôle de l'Autorité en application des articles Lp. 431-1 et suivants du code de commerce : en effet, dans cette hypothèse, le gouvernement a déjà la possibilité de s'opposer à l'opération même s'il est en désaccord avec l'Autorité pour un motif autre que le maintien de la concurrence ;
- Les parties à l'opération sont susceptibles de réaliser, à l'issue de l'opération, 50 % ou plus du total des examens de biologie médicale réalisés l'année précédente sur le marché géographique du laboratoire cible, hors examen d'anatomo-cylo pathologie. Ce critère vise à limiter le champ de l'interdiction aux seules opérations susceptibles de conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante.

En outre, l'Autorité considère que le gouvernement pourrait autoriser cette opération s'il n'est pas démontré d'atteinte à la continuité de l'offre de soins ou si le LBM propose, en contrepartie, des engagements précis et contraignants de nature à préserver ou améliorer la continuité du service, la permanence de soins et/ou la qualité et la diversité des prestations susceptibles d'être offerts aux patients sur la zone géographique pertinente. Le non-respect de ces engagements devrait être sanctionné, à la suite d'une procédure contradictoire, par une amende administrative dissuasive, qui pourrait être d'un montant maximum de 5 % du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie l'année précédente.

Sur la possibilité pour le GNC de s'opposer à l'ouverture d'un nouveau LBM ou d'un site de LBM (article Lp. 6212-2 du code de santé publique), l'Autorité a indiqué à titre liminaire que, même si elle n'avait pas été saisie pour avis sur cet article par le congrès, elle aurait dû l'être en application de l'article Lp. 462-2 du code de commerce. En effet, cette nouvelle disposition introduit une barrière réglementaire à l'entrée sur les marchés de la biologie médicale.

Sur le fond, l'instruction a permis de constater que le critère retenu par le projet de loi du pays pour fonder la possibilité pour le gouvernement de s'opposer à l'ouverture d'un nouveau LBM ou d'un site de LBM, identique à celui retenu en métropole, n'était pas pertinent et ne serait jamais applicable en Nouvelle-Calédonie. L'Autorité proposait donc de supprimer ce critère.

L'Autorité considère que l'apparition d'une nouvelle offre sur un marché est généralement de nature à stimuler la concurrence entre les acteurs présents sur ce marché, qui sont incités à améliorer leur offre et/ou à diminuer leurs prix au bénéfice des consommateurs. Cette analyse est généralement vérifiée lorsque la nouvelle offre émane d'un nouvel opérateur qui entre sur le marché mais elle doit être nuancée si la nouvelle offre est proposée par un opérateur déjà présent sur le marché car il est possible qu'elle puisse produire des effets anticoncurrentiels lorsque le marché est déjà fortement concentré et qu'elle conduit à créer ou renforcer la position dominante de l'opérateur concerné. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les articles Lp. 432-1 et suivants du code de commerce confèrent à l'Autorité la mission de contrôler *a priori* toute opération d'ouverture, d'extension, de changement d'enseigne ou de secteur d'activités des magasins de détail au-dessus de certains seuils.

L'Autorité a donc invité le congrès à s'inspirer de ce dispositif en l'espèce, même si les particularités du secteur de biologie médicale méritent une approche encore plus circonstanciée dans la mesure où la concurrence joue moins sur les prix – le plus souvent réglementés – que sur la qualité, la diversité, la continuité et la permanence de l'offre de prestations de biologie médicale notamment. Or, l'ouverture d'un nouveau LBM ou d'un nouveau site peut notamment favoriser un meilleur maillage territorial au bénéfice des patients, en particulier dans les zones non pourvues en offre de biologie médicale. Etant donné les objectifs poursuivis par le gouvernement et compte tenu du degré de concentration déjà élevé sur le marché des prestations de biologie médicale de routine, l'Autorité a donc suggéré que le congrès puisse restreindre le champ de l'article Lp. 6212-2 en introduisant seulement la possibilité pour le gouvernement de s'opposer aux opérations les plus risquées au regard du risque d'atteinte à la continuité de l'offre de soins, à savoir :

- La transformation d'un LBM en site de prélèvement, qui peut réduire la diversité de l'offre et la qualité des prestations offertes aux patients dans la zone géographique concernée ;

- L'ouverture d'un LBM, et plus encore l'ouverture d'un ou plusieurs sites de LBM dans une zone géographique déjà pourvue d'une offre de biologie médicale par un opérateur susceptible de réaliser, après l'opération, 50 % ou plus des examens de biologie médicale dans cette zone, hors examens d'anatomo-cyclo pathologie, au regard du nombre d'examens réalisés l'année précédente. Il s'agit ici d'éviter un assèchement potentiel de la concurrence qui pourrait conduire in fine à porter atteinte à la continuité de l'offre de soins.

Néanmoins l'Autorité a rappelé que, comme dans le cadre du contrôle des opérations d'acquisition, le gouvernement devrait pouvoir autoriser cette opération si l'entreprise à l'origine de l'ouverture du LBM ou du site de LBM propose, en contrepartie, des engagements précis et contraignants de nature à préserver ou améliorer la continuité du service, la permanence de soins et/ou la qualité et la diversité des prestations susceptibles d'être offerts aux patients sur la zone géographique pertinente, dont le non-respect serait sanctionné.

Avis n° [2020-A-05](#) du 17 juillet 2020 relatif à la demande d'avis sur le projet de délibération arrêté par le gouvernement visant à réformer le système de péréquation de l'essence et du gazole

Dans son avis n° [2020-A-05](#), l'Autorité analyse à nouveau le secteur des carburants, comme elle a déjà eu l'occasion de le faire dans le cadre de son avis n° [2018-A-06](#) du 29 août 2018.

Saisie pour avis par le gouvernement au sujet d'un projet de délibération et d'arrêté modifiant le mode de calcul des variables de péréquation prises en compte dans la structure des prix réglementés des carburants, l'Autorité a tout d'abord constaté que le fonctionnement du secteur en cause n'avait guère évolué depuis son avis du 29 août 2018 dans la mesure où seule l'une de ses cinq recommandations avait été mise en œuvre depuis lors.

Le marché de la distribution de carburant en Nouvelle-Calédonie est structuré autour de trois opérateurs pétroliers : Mobil, SSP (Société Shell Pacifique) et Total Pacifique. Pour l'acheminement des carburants sur le territoire, par voies terrestre ou maritime, les opérateurs pétroliers font appel à des prestataires extérieurs, sélectionnés par appel d'offres pour Mobil et Total, SSP n'ayant que « *des accords mais pas de contrats* ».

La livraison de carburants sur la Grande Terre représente au total près de 95 % de la consommation de carburants en Nouvelle-Calédonie. Les îles sont desservies par bateau, le carburant étant soit stocké dans les dépôts sur place (Lifou et Maré) soit directement livrés aux clients par les camions (Iles des Pins et Ouvéa) soit acheminés dans des fûts (Bélep et Tiga). Le transport des matières dangereuses est régi par la délibération n° 210 du 13 août 1987 modifiant la délibération n° 470 du 3 novembre 1982 relative au transport de matières dangereuses sur la voie publique. De façon générale, les opérateurs pétroliers ont déclaré appliquer des normes supérieures et plus contraignantes que les obligations en vigueur qui sont identifiées comme incomplètes et insuffisantes.

L'Autorité a indiqué dans son avis que les principales évolutions du marché de la distribution de carburants en Nouvelle-Calédonie sont la prise en compte des cotations publiées par la société PLATT'S Asia-Pacific pour déterminer objectivement le prix CAF, comme l'avait recommandé l'Autorité en 2018, et l'ouverture par SSP de quatre nouvelles stations-services sur le territoire, notamment celle d'Apogoti en juin 2020 en violation du *numerus clausus* toujours en vigueur, à la date de rédaction de l'avis, dans la Province Sud.

De façon générale, l'Autorité a constaté que le projet de délibération soumis à son avis venait essentiellement entériner le mode de fonctionnement tacite, d'ores et déjà appliqué par la direction de l'industrie, des mines et de l'énergie (DIMENC), en lui donnant un cadre réglementaire. De ce fait, l'Autorité a considéré qu'il n'impliquait pas de modification des équilibres concurrentiels actuels et poursuivait un objectif de péréquation pour gommer les écarts de prix qui pourraient résulter de l'éloignement géographique des consommateurs.

S'agissant plus particulièrement des problématiques concurrentielles soulevées par le projet de délibération, l'Autorité a formulé six remarques s'accompagnant de sept recommandations à l'usage du gouvernement.

En premier lieu, l'inclusion des volumes du marché non régulé (ventes aux industriels) dans le calcul des variables de péréquation qui contribuent à la formation du prix de vente maximum au consommateur sur le marché régulé s'inscrit dans un objectif de rééquilibrage au bénéfice des industriels du Nord et des îles mais affecte négativement l'ensemble des consommateurs calédoniens. L'Autorité a estimé que ce mode de calcul se traduit par un surcoût égal à 1,7 francs par litre de gazole vendu au consommateur pour subventionner le transport du gazole vers les industriels du Nord et des îles. Compte tenu des volumes annuels consommés, ce dispositif a représenté un surcoût global de 214 millions de francs CFP en 2019 au détriment des consommateurs. Ce constat a donc donné lieu aux **recommandations n°1 et n°2** :

- Modifier l'article 2 du projet de délibération pour que les variables de péréquation sur le marché régulé n'incluent plus les volumes liés au marché non régulé afin d'abaisser le prix de vente maximum au détail de gazole de 1,7 F. CFP/litre sur l'ensemble du territoire tout en s'assurant que chaque consommateur paie le même coût du transport au titre du rééquilibrage.
- Dans le cadre de l'objectif de rééquilibrage en faveur des industriels du Nord et des îles, introduire un dispositif de péréquation spécifique en définissant des variables de péréquation du transport de l'essence et du gazole en fonction des volumes effectivement vendus sur ce marché, de sorte que tous les industriels paient le même coût de transport quelle que soit leur implantation

En deuxième lieu, l'Autorité a relevé que la référence aux coûts modélisés dans le cadre du dispositif de péréquation était positive car elle incitait davantage les opérateurs pétroliers à modérer leurs coûts. En effet, ils peuvent espérer un surplus de rémunération en contenant leurs coûts réels en deçà du coût modélisé et récupérer la différence. L'Autorité a donc formulé une **recommandation n°3** pour que ce dispositif vertueux soit étendu à l'acheminement du carburant vers les îles en modifiant en conséquence l'article 7 du projet d'arrêté qui continuait de faire référence aux coûts réels des opérateurs et divisait par 4 l'incitation à réduire leurs coûts.

En troisième lieu, l'Autorité s'est montrée soucieuse des conséquences que pouvaient avoir sur le jeu de la concurrence les insuffisances de la réglementation relative au transport de matières dangereuses en Nouvelle-Calédonie. En effet, le cadre réglementaire en vigueur est peu contraignant et susceptible d'offrir un avantage concurrentiel aux opérateurs pétroliers qui rogneraient sur les coûts liés à la sécurité des transports. C'est dans ce cadre que s'inscrivait la **recommandation n°4** de l'Autorité d'instaurer un référentiel de normes obligatoires relatives au transport de matières dangereuses qui permette de s'assurer d'une

saine concurrence entre les trois opérateurs pétroliers sur la composante « sécurité » du prix du transport des carburants.

En quatrième lieu, l'Autorité a souligné que l'évolution du coût d'acheminement des carburants vers les îles méritait une attention particulière de la part du gouvernement. En effet, au regard des objectifs du Schéma de transition énergétique de la Nouvelle-Calédonie (STENC) et du développement des technologies photovoltaïque et de stockage, une baisse d'environ 50 % des volumes de gazole transportés vers les îles est attendue d'ici 2025, ce qui est de nature à renchérir le coût du transport de gazole vers les îles. **La recommandation n°5** invitait donc le gouvernement à réviser régulièrement les valeurs des paramètres retenus dans le calcul du coût de transport vers les îles en fonction de l'évolution de la consommation de carburants.

En cinquième lieu, l'Autorité a rappelé que la libéralisation des prix sur le marché de la vente au détail (en réseau de stations-services) était compatible avec un système de péréquation des coûts de transport sur l'ensemble du territoire. Dans son avis, l'Autorité incitait donc le gouvernement, au travers de sa **recommandation n°6**, à conjuguer ces deux options afin de ne pas pénaliser les consommateurs du Nord et des îles par rapport à ceux installés au plus près des dépôts de stockage des pétroliers, tout en favorisant la concurrence entre les stations-services au bénéfice des consommateurs.

En dernier lieu, l'Autorité a rappelé que le *numerus clausus* en vigueur dans le grand Nouméa constituait une barrière à l'entrée injustifiée sur le marché et que son maintien était aujourd'hui susceptible de créer une nouvelle distorsion de concurrence entre les opérateurs qui respectent ou non cette règle. L'Autorité a donc à nouveau recommandé, dans sa **recommandation n°7**, d'abroger ce dispositif dans les meilleurs délais, comme elle l'avait déjà fait dans son avis n° [2018-A-06](#) rendu en 2018.

C. L'avis relatif au mécanisme de la formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie

Avis n° [2020-A-07](#) du 28 décembre 2020 relatif au mécanisme de formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité s'est également intéressée en 2020 aux produits de grande consommation (PGC) en analysant, à la demande du gouvernement, le mécanisme de formation des prix des PGC et les facteurs explicatifs de la cherté de la vie en Nouvelle-Calédonie. Cette demande intervenait dans un contexte de mécontentement des consommateurs généré par l'injustice ressentie vis-à-vis des écarts de prix des PGC avec la métropole, estimés à 33 % en 2015 et allant jusqu'à 73,4 % pour certains produits.

Du point de vue méthodologique, les PGC ont été définis par référence à la centaine de catégories de produits compris actuellement dans les boucliers-qualité-prix (BQP) sec et frais dans les grandes surfaces de plus de 2 500 m² à dominante alimentaire : produits alimentaires frais, surgelés et provenant de l'épicerie sèche, produits d'hygiène corporel (shampooing, gel douche, dentifrice, couches, protections féminines) et d'entretien ménager (liquide vaisselle, lessive, nettoyeur pour le sol) parmi les plus consommés par les ménages calédoniens.

L'Autorité a organisé la consultation des principaux acteurs de l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement et de distribution des PGC l'ensemble des opérateurs de la chaîne logistique (portuaire, aérienne, intérieure), sept producteurs locaux sélectionnés pour leur

représentativité dans le secteur des PGC, les principaux grossistes-importateurs de PGC, les grandes surfaces alimentaires (GSA), les représentants des petits commerces de détail et les associations de consommateurs.

L'avis n° [2020-A-07](#) a montré qu'au-delà des facteurs exogènes justifiant, sur le plan économique, l'existence de prix élevés, il existait également des facteurs réglementaires et comportementaux de renchérissement des prix des produits de grande consommation, sur lesquels il est possible d'agir afin de diminuer les écarts de prix constatés avec la métropole ou les départements d'outre-mer.

Pour conduire son analyse et étudier la structure de coûts des opérateurs présents en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité s'est appuyée sur la méthodologie développée par l'Autorité de la concurrence métropolitaine et par l'Autorité polynésienne de la concurrence dans les avis qu'elles ont rendus sur la même problématique en 2019 concernant les DROM et la Polynésie-Française.

1. Les facteurs exogènes expliquant la cherté de la vie en Nouvelle-Calédonie

Le premier constat de l'Autorité est que la chaîne logistique d'importation renchérit inéluctablement les prix d'achat moyen des PGC de 30 à 50 %. La situation géographique et démographique du territoire calédonien implique une dépendance des distributeurs envers la chaîne logistique d'importation, au sein de laquelle le secteur maritime assure 95 % des importations. Cette logistique fait intervenir une dizaine d'opérateurs successifs dont les coûts et les marges se superposent. En outre, sur certains maillons de cette chaîne d'approvisionnement, l'on retrouve des situations de monopole en raison de mécanismes de délégations de service public (acconage, lamanage) particulièrement longs (15 ans) tandis que les prix sont identiques dans le secteur de l'acconage depuis 1991 malgré la présence de trois groupes (4 entreprises) qui devraient, en principe, être en concurrence. Or, l'instruction a permis de constater que les tarifs de l'acconage, établis sous l'égide des pouvoirs publics à l'époque et n'ayant plus aucune base réglementaire, sont supérieurs de 9 à 87 % par rapport à ceux d'autres ports du Pacifique ou de l'Atlantique. Enfin, le phénomène de double insularité (îles Loyauté, île des Pins, Bélep) pénalise encore plus les consommateurs des îles car il renchérit le coût du transport sensiblement malgré la présence de trois opérateurs de cabotage en concurrence.

S'agissant de l'acheminement de PGC par voie aérienne, par l'intermédiaire d'Air France en situation de monopole de fait, le renchérissement du prix d'achat des produits est de 250 à 400 %, ce qui explique qu'il soit très limité et réservé aux produits « ultra-frais » ou de luxe.

Le deuxième constat porte sur le marché amont de la fourniture de PGC marqué, en premier lieu, par l'importance des grossistes dans les circuits d'approvisionnement des PGC locaux ou importés, ce qui n'est pas sans conséquence sur les prix. L'Autorité a constaté en effet que les importateurs-grossistes en Nouvelle-Calédonie sont incontournables pour les petits commerces de proximité et assurent toujours 70 à 80 % de l'approvisionnement des grandes surfaces alimentaires (GSA), en raison des services rendus, des facilités d'approvisionnement et de négociation, ou, de façon plus problématique, de leur relation d'exclusivité avec certains fournisseurs extérieurs ou locaux. Ainsi, les centrales d'achat des GSA, censées permettre d'absorber partiellement le coût d'intermédiation des grossistes, sont utilisées pour l'achat de marques de distributeurs et de produits de marques nationales seulement dans l'hypothèse où ces produits ne sont pas fournis par les importateurs-grossistes ou si les tarifs

sont plus avantageux. Or, l'intermédiation des importateurs-grossistes se traduit par l'application d'une marge moyenne de 20 à 30 % s'ajoutant au prix de revient du produit supporté par les distributeurs (avec des variations très importantes pouvant aller de 0,5 à 60 %).

En second lieu, l'éloignement du territoire et l'étroitesse des débouchés en Nouvelle-Calédonie ne permettent pas non plus aux producteurs locaux de générer des volumes de production suffisants en vue de dégager des économies d'échelle sur les marchés amont.

Dès lors, les coûts de production sont inévitablement supérieurs en Nouvelle-Calédonie, avec de petites séries conduisant à une sous-utilisation des machines qui aboutit à un prix de revient plus élevé qu'en métropole ou dans les DROM. A cela s'ajoutent des surcoûts liés à des contraintes de stockage, faute de pouvoir s'approvisionner rapidement en pièces détachées pour assurer la maintenance des outils de production, et des difficultés de recrutement et de formation du personnel, notamment lorsqu'il faut que les employés soient formés dans le pays d'origine des machines industrielles pour pouvoir ensuite en assurer la maintenance.

L'ensemble de ces contraintes exogènes aux producteurs industriels locaux vient limiter leur compétitivité-coût et participe à un niveau de prix des PGC locaux élevés. Cette situation conduit également à une concentration naturelle des marchés locaux et à l'émergence d'opérateurs en situation monopolistique ou oligopolistique sur les marchés amont.

Le troisième constat concerne le marché aval de la distribution des PGC. L'Autorité a ainsi souligné une dichotomie entre le marché du Grand Nouméa marqué par un renforcement de l'intensité concurrentielle des GSA depuis quelques années alors que l'offre est beaucoup plus concentrée hors du Grand Nouméa, où les petits commerces assurent la majorité des ventes de PGC auprès des consommateurs à des prix souvent plus élevés qu'en GSA. Selon l'analyse de l'Autorité, ce différentiel résulterait de plusieurs facteurs objectifs tels que l'éloignement depuis Nouméa, une offre moindre, un faible effet volume et l'absence d'approvisionnement direct par rapport aux GSA.

Dernier constat, les prix des PGC sont fixés par les distributeurs en fonction de deux facteurs : d'une part, la perception du prix par le consommateur et le niveau de prix jugé « acceptable » par ce dernier, autrement dit la « propension à payer » des consommateurs ; d'autre part, le positionnement-prix des concurrents afin d'adopter soit une stratégie tarifaire dite « de pénétration », qui vise à se positionner en deçà de ses concurrents, soit une stratégie d'alignement, en alignant son prix à celui de ses concurrents.

Or, la Nouvelle-Calédonie se caractérise par un niveau de revenu moyen élevé dans le Pacifique, en particulier dans le Grand Nouméa, qui peut conduire, de façon économiquement rationnelle, les distributeurs à vendre leurs produits à un prix plus élevé que si tel n'était pas le cas, si bien que cette stratégie tarifaire affecte les ménages les plus modestes qui n'ont pas la même capacité à payer.

L'ensemble de ces éléments ont conduit l'Autorité à conclure que l'insularité, l'éloignement et l'étroitesse des marchés calédoniens entraînent inéluctablement des surcoûts d'approvisionnement et de distribution des PGC par rapport à la métropole. Toutefois, ces contraintes se retrouvent peu ou prou dans les départements d'outre-mer alors même que le différentiel de prix par rapport à la métropole est compris entre 7 et 12 %. S'il est exact que le coût du fret de métropole jusqu'en Nouvelle-Calédonie est nécessairement plus élevé en

raison de la distance, cela ne permet pas d'expliquer de tels écarts, qui semblent plutôt résulter de facteurs réglementaires ou comportementaux spécifiques à la Nouvelle-Calédonie.

2. Les facteurs réglementaires et comportementaux renchérissant le prix des PGC en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité a déjà constaté dans de précédents avis qu'il existe une volonté politique ancienne de protéger l'agriculture locale contre l'importation de produits frais concurrents afin de maintenir une population agricole, en particulier en brousse et dans les îles Loyauté, et d'améliorer le taux d'autosuffisance alimentaire de la Nouvelle-Calédonie. Depuis trente ans, les pouvoirs publics se sont également orientés vers la protection d'une industrie de production et de transformation locale, particulièrement dans le secteur des PGC, pour compenser la faible compétitivité-coût des opérateurs en l'absence d'économie d'échelle possible compte tenu de la taille restreinte des marchés.

Ces choix politiques, qu'il n'appartient pas à l'Autorité de juger, favorisent néanmoins le renchérissement des prix des PGC frais et secs pour lesquels la concurrence des produits importés est interdite ou limitée, que ce soit par des mesures de protection quantitatives ou par des barrières tarifaires (taxes). Ce risque de renchérissement des prix est d'autant plus important que, dans certaines filières, le marché local n'est pas concurrentiel et n'est pas non plus régulé.

Globalement, l'Autorité a tout d'abord constaté **l'existence d'une mille-feuille de taxes sur les PGC importés, répondant à des objectifs divers** (protection de la production locale, santé publique, environnement...) malgré l'introduction de la Taxe générale sur la consommation (TGC) depuis octobre 2018, qui a remplacé sept anciennes taxes. Inévitablement, ces taxes sur les produits importés renchérissent leurs prix de vente et peut également conduire à renchérir le prix des produits locaux concurrents par effet d'alignement. L'Autorité a également souligné que l'exonération de droits de douanes dont bénéficient les produits en provenance de l'Union européenne en raison du statut de Pays et territoire d'outre-mer que revêt la Nouvelle-Calédonie, peut s'expliquer pour des raisons de coopération internationale, elle demeure discutable sur le plan économique et environnemental dès lors que l'importation depuis la zone Pacifique permettrait, toute chose égale par ailleurs, de réduire les coûts de transport – et donc les prix – et les externalités négatives sur l'environnement qui en résultent.

S'agissant plus particulièrement de la **filière des fruits et légumes**, l'Autorité a souligné que malgré la mise en œuvre de certaines des recommandations qu'elle avait faite dans son avis n° [2018-A-04](#) du 23 juillet 2018¹¹⁰, le maintien de mesures d'interdiction ou de contingentement de fruits et légumes locaux importés contribuent toujours à la volatilité des prix au détriment des consommateurs comme le montrent les relevés d'inflation de l'ISEE en saison chaude. En outre, l'instruction a relevé des pratiques contestables de la part de certains producteurs locaux (mise sur le marché tardive, destruction, niveau de prix exigé trop élevé) qui renchérissent également le prix des fruits et légumes. Enfin, l'intermédiation des grossistes ou des centrales d'achat des grandes surfaces qui reste, très majoritaire faute de valorisation des circuits courts, est de nature à augmenter les prix des produits locaux.

¹¹⁰ Avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l'organisation de la filière Fruits et Légumes.

Dans le **secteur de la viande**, l'Autorité a estimé que le monopole légal d'importation et de commercialisation de l'OCEF, qui répond à des objectifs de soutien de la filière de production locale, ne correspond toutefois pas un optimum économique puisqu'il limite le développement de la concurrence par la qualité ou par les prix entre produits importés et produits locaux sur le marché de gros tandis que les marges réalisées sur les marchés de détail s'avèrent parfois très importantes (de 38 à 208 %) malgré la concurrence entre les boucheries. Ce dispositif tout à fait spécifique à la Nouvelle-Calédonie paraît, au demeurant, peu justifiable en l'absence de production locale de certaines viandes (agneau, mouton en particulier).

Enfin, **dans le secteur des PGC issus de l'industrie locale** (riz, pâtes, boissons, farine, produits d'hygiène et d'entretien), le maintien de mesures d'interdiction ou de contingents non réévalués depuis plusieurs dizaines d'années, favorise le maintien de monopoles ou de duopoles dont les prix ou les marges ne sont pas toujours régulés et n'incite pas à l'émergence de nouveaux entrants locaux. Les producteurs locaux ainsi protégés disposent alors d'un fort pouvoir de marché vis-à-vis des distributeurs qui n'ont pas la possibilité de faire jouer la concurrence des produits importés pour faire baisser les prix des produits locaux

3. La structure de coûts des opérateurs en Nouvelle-Calédonie

Un autre facteur explicatif des écarts de prix de revient des PGC avec la métropole et les DROM est **la structure des coûts des différents opérateurs** de la chaîne de valeur. Concernant les GSA calédoniennes, le poids des achats de marchandises dans les coûts totaux est comparable à celui constaté dans les autres territoires ultramarins français par l'Autorité métropolitaine de la concurrence. En revanche, le poids des achats et charges externes est inférieur de trois points à celui constaté dans les DOM. A l'inverse, le poids des charges de personnel est légèrement supérieur en Nouvelle-Calédonie.

Les coûts moyens d'approche des produits importés en Nouvelle-Calédonie sont également supérieurs à ceux constatés dans les DOM mais dans des proportions plus importantes d'environ 3 points. Or, le coût d'achat des marchandises et matières premières incluent le coût d'approche des produits qui représente plus de trois quarts des coûts totaux et ainsi du chiffre d'affaires des grossistes et distributeurs. Les coûts d'approche ont donc un impact plus important sur les produits à faible valeur ajoutée, puisque celui-ci nécessite des ressources comparables en matière d'acheminement à celle d'un produit à forte valeur ajoutée, mais sa valeur sur le marché est bien plus basse à celle du produit à haute valeur ajoutée.

Pour limiter les coûts d'approche des PGC importés de faible valeur, l'Autorité souligne que les importateurs disposent de la capacité d'optimiser les chargements en commandant par conteneurs entiers (et de 40 pieds plutôt que de 20 pieds) plutôt que de manière dégroupée (par palettes). Ils peuvent également réduire le coût moyen du transport maritime en répartissant des produits à forte et faible valeur ajoutée au sein d'un même conteneur.

En complément, l'Autorité a examiné **la rentabilité des opérateurs locaux** afin de pouvoir établir la structure des prix de vente des PGC. Ainsi, elle a notamment relevé que le taux moyen de marge nette des acconiers calédoniens était quatre fois supérieurs à celle des acconiers dans les DROM. S'agissant des producteurs locaux de PGC, leur marge nette est également apparue très supérieure à ceux des opérateurs ultramarins dans les secteurs de l'eau, du riz et de la farine alors que la performance financière des producteurs calédoniens reste inférieure à celle des producteurs ultramarins dans ces secteurs. A l'inverse, l'Autorité

a constaté que le taux de profitabilité du secteur du commerce de gros était plus faible que dans d'autres secteurs et en baisse depuis 2015. En effet, les taux de profitabilité des grossistes sont très variables, s'étalant de - 1,6 % à + 4,8 % en moyenne entre 2015 et 2019. Il est également ressorti de l'instruction que les performances commerciales, économiques et financières des grossistes calédoniens étaient légèrement inférieures à celle du commerce de gros en métropole. Enfin, depuis la mise en œuvre du plafonnement des marges en octobre 2018, la politique tarifaire des GSA a changé et leur taux de profitabilité moyen a baissé significativement depuis 2015 pour être quasi-nul en 2019 (passant de +2,4 % en 2015 à +1,9 % en 2018 et à +0,1 % en 2019).

L'Autorité a déduit de l'ensemble de ces éléments qu'en Nouvelle-Calédonie, les distributeurs reportaient davantage les surcoûts de l'ensemble de la chaîne de valeur sur les prix de détail qu'en Martinique et en Guadeloupe. Cette situation explique pour partie les écarts de prix constatés par rapport à la métropole et aux départements d'outre-mer.

4. Les recommandations de l'Autorité

Afin de favoriser la baisse des prix des PGC, l'Autorité a formulé dix-huit recommandations interdépendantes portant sur les marchés d'approvisionnement, de production locale et de distribution des PGC. Celles-ci sont synthétisées ci-après.

© Sur les marchés amont de l'approvisionnement des produits importés :

1. Introduire une concurrence « dans le marché » ou « pour le marché » dans le secteur du fret aérien.
2. Réaliser les travaux prévus sur le quai n°8 sur le port autonome pour accueillir des navires de plus grande taille afin de réaliser des économies d'échelle.
3. Réduire la durée des délégations de service public à 5 ans et réviser à la baisse les tarifs maxima réglementés dans le secteur du remorquage et du chaloupage.
4. Réguler les tarifs dans le secteur de l'acconage pour les abaisser sur la moyenne des ports du Pacifique ; supprimer l'obligation d'avoir un contrat de manutention avec une seule compagnie maritime ou réduire la durée de ce contrat à cinq ans.
5. Organiser le marché du transport maritime intérieur pour introduire une mise en concurrence entre les trois opérateurs dans le cadre d'une délégation de service public, assortie le cas échéant de la création d'une structure commune de gestion de la flotte maritime et de tarifs réglementés en contrepartie d'une subvention au titre de l'aide à la continuité territoriale.

© Sur les marchés de la production locale de PGC :

6. Soutenir les seules filières de production locale considérées comme stratégiques par des mesures destinées à réduire le différentiel de compétitivité-coût par rapport à la métropole.
7. Supprimer toutes les mesures de protection de marché quantitatives en privilégiant, si nécessaire, des mesures douanières cohérentes à travers une rationalisation de la politique commerciale du territoire tournée vers les seules filières stratégiques et tenant compte de l'impact environnemental des droits de douane ainsi définis ; supprimer toute autre forme de discrimination fiscale entre produits locaux et importés.
8. Supprimer le monopole d'importation de l'OCEF et lui confier un rôle de régulateur de la production locale de viande et de sa commercialisation.

9. Mettre en œuvre les recommandations de l'ACNC relatives à l'organisation de la filière fruits et légumes dans le cadre de son avis n° [2018-A-04](#) du 23 juillet 2018 et, à défaut, réintroduire un mécanisme d'encadrement des prix maximum des fruits et légumes les plus consommés en Nouvelle-Calédonie pendant la saison chaude dès le stade de la sortie du champ jusqu'au détaillant.

© Sur les marchés aval de la distribution en gros et au détail :

10. Doter le comité de l'observatoire des prix et des marges de véritables moyens pour exercer ses missions.
11. Inciter l'ISEE à réaliser plus régulièrement des études statistiques sur la thématique de la vie chère (comparaison spatiale des prix et des revenus, budget des ménages, études sur les commerces de proximité...).
12. Supprimer l'interdiction de négocier des remises sur volume auprès des producteurs locaux de PGC frais, réfrigérés ou surgelés, prévue au II de l'article Lp. 441-2-1 du code de commerce.
13. Supprimer l'interdiction de revente à perte à l'encontre des distributeurs de PGC, prévue à l'article Lp. 442-2 du code de commerce.
14. Instaurer, à l'article Lp. 442-1 du code de commerce, une sanction pécuniaire dissuasive en cas de refus de vente des producteurs ou fournisseurs de PGC à l'égard des distributeurs.
15. Introduire dans le code de commerce une sanction pécuniaire administrative en cas de non-dépôt des comptes annuels au registre du commerce et des sociétés.
16. Renforcer la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des distributeurs à l'occasion de l'élaboration du futur code de la consommation prévu pour juin 2021.
17. Favoriser les ventes du producteur aux consommateurs dans le secteur des fruits et légumes et de la viande par des campagnes de communication ou de promotion des marchés de brousse ou de distribution de « paniers de produits locaux frais ».
18. Faciliter le commerce en ligne en relevant le seuil de franchise de droits et taxes aux produits achetés directement par les consommateurs, en appliquant les mêmes droits et taxes au-delà de ce seuil sur les produits locaux et importés au titre du principe de neutralité fiscale et encourager l'envoi groupé de colis pour des produits soumis au même taux d'imposition afin de simplifier les formalités douanières.

D. Les recommandations de l'Autorité concernant le dispositif dérogatoire de remboursement dans le secteur aérien et touristique

Afin de soutenir les entreprises du secteur aérien et touristique, touchées par la crise sanitaire du coronavirus, la Nouvelle-Calédonie a souhaité agir pour préserver leur trésorerie. Le projet de délibération « *portant adaptation des règles relatives aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyage touristiques et de transport aérien dans le contexte de l'épidémie de Covid-19* » n'entrait pas dans le champ des textes devant être obligatoirement soumis pour avis à l'Autorité. Cependant, il était susceptible de porter atteinte au fonctionnement de la concurrence dans le secteur touristique et aérien et, plus largement, à l'intérêt des consommateurs calédoniens.

Compte tenu du contexte d'urgence, l'Autorité a renoncé à la procédure de saisine d'office et a choisi de formuler, dans un [courrier en date du 6 mai 2020](#), des observations et recommandations à l'attention des membres du congrès et du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (GNC) avant l'examen du projet de délibération.

1. Les incidences concurrentielles et macro-économiques du projet de délibération

Sur le plan juridique, l'Autorité a invité le congrès et le gouvernement à privilégier l'adoption d'une loi du pays plutôt qu'une délibération de nature réglementaire pour déroger aux dispositions législatives et aux contrats en cours en raison de la crise du Covid-19 en se fondant expressément sur un motif impérieux d'ordre public pour éviter tout risque contentieux.

Sur le plan concurrentiel, l'Autorité a observé qu'en permettant aux compagnies aériennes et aux agences de voyage et de tourisme de proposer en priorité à leurs clients un avoir pendant une période de 12 ou 18 mois plutôt que le remboursement intégral des sommes dues en raison de l'annulation des voyages ou des vols entre le 21 mars et le 21 septembre 2020, les dispositions envisagées conduisaient à suspendre toute possibilité, pour les consommateurs concernés, de mettre en concurrence les agences ou les compagnies aériennes pour réaliser une prestation équivalente à celle qui a été annulée dans les 12 à 18 mois à venir.

Dès lors, les consommateurs victimes de ces annulations de voyage ou de vol devenaient des consommateurs « captifs » vis-à-vis de leur cocontractant qui se trouvait, pour sa part, placé en situation de « faiseur de prix » (ou « price-maker ») pendant 12 à 18 mois contrairement à une situation de concurrence normale où l'entreprise subit le niveau des prix (« price-taker »). En pratique, la compagnie aérienne ou l'agence concernée avait donc le pouvoir de déterminer elle-même le niveau de prix n'étant plus soumise à aucune forme de concurrence. La compagnie aérienne ou l'agence concernée disposait d'une forme de « monopole légal » vis-à-vis de chacun de ses clients concernés pendant 12 à 18 mois lui permettant d'augmenter ses prix.

Ce risque paraissait d'autant plus préjudiciable aux consommateurs concernés que les conséquences de l'épidémie de Covid-19 étaient d'ores et déjà susceptibles de conduire à une augmentation importante des coûts des compagnies aériennes, ces coûts étant nécessairement répercutés dans les prix des billets d'avion ou dans le prix des séjours proposés par les agences à l'avenir.

L'Autorité soulignait dans son courrier de recommandations que le préjudice subi par les consommateurs concernés du fait de la suspension de toute forme de concurrence pendant la période considérée serait plus important pour les ménages, en particulier les plus modestes. Les entreprises ou les institutions victimes d'annulations qui disposaient d'une capacité de trésorerie pouvaient quant à elles attendre l'expiration du délai de 12 ou 18 mois et obtenir le remboursement des sommes dues, puis engager de nouvelles dépenses de voyages en faisant jouer la concurrence pendant cette période.

Sur le plan macroéconomique, l'Autorité soulignait que le projet de délibération en conduisant les consommateurs (ménages, entreprises, institutions) à faire crédit pendant 12

à 18 mois aux agences et aux compagnies aériennes induisait une source de risque pour l'ensemble de l'économie calédonienne car il impliquait :

- Une augmentation du risque de crédit : les ménages, les entreprises et les institutions publiques supportant le non-remboursement des sommes dues pendant la période de 12 à 18 mois portaient une part significative du crédit bancaire à court terme ;
- Un risque de contagion à travers une dégradation du pouvoir d'achat des ménages alors que nombreux d'entre eux se trouvaient déjà en situation de chômage partiel, un renforcement des difficultés de trésorerie des entreprises calédoniennes en manque de liquidités et d'éventuelles dépenses publiques supplémentaires pour les institutions.

2. Les recommandations de l'Autorité

Dans ces conditions, l'Autorité a formulé huit recommandations pour préciser et compléter le dispositif envisagé afin de concilier l'objectif de soutien de la trésorerie des entreprises concernées et les impératifs de libre concurrence et de protection du consommateur :

1. Prévoir ce dispositif dérogatoire dans le cadre d'une loi du pays
2. Encadrer les marges des agences et des compagnies aériennes pendant la période de 12 à 18 mois pour compenser le pouvoir de marché accordé par ce dispositif ;
3. Prévoir un remboursement intégral des sommes dues à l'expiration du délai de 12 ou 18 mois majoré d'un taux d'intérêt légal équivalent à l'évolution de l'indice des prix à la consommation sur la période 12 à 18 mois afin d'éviter un risque de pertes de pouvoir d'achat des consommateurs majoré d'un taux d'intérêt de thésaurisation qui pourrait être, par exemple, celui du livret A dans la mesure où la trésorerie garantie aux entreprises concernées auraient pu être placée par les consommateurs sur un compte rémunéré pendant la période concernée s'ils avaient pu obtenir un remboursement intégral;
4. Ne pas autoriser les entreprises bénéficiaires à verser de dividendes à leurs actionnaires au titre des exercices sociaux couverts par la période de la crise sanitaire et des 12 ou 18 mois pendant lesquels elles bénéficieront des mesures proposées par le projet de délibération, pour éviter le risque d'effet d'aubaine, à l'instar du dispositif pour bénéficier du chômage partiel ;
5. Préciser les critères selon lesquels les agences de voyage et de tourisme sont dans l'obligation de proposer " *une prestation identique ou équivalente à la prestation initialement prévue*" ;
6. Préciser les cas d'impossibilité pour les agences de voyages et de tourisme de proposer " *une prestation identique ou équivalente à la prestation initialement prévue*" ;
7. Ajouter la possibilité pour le client, d'utiliser, à sa demande, l'avoir disponible en agence pour une autre prestation que celle initialement envisagée. Cette option n'est actuellement prévue qu'à l'initiative de l'agence et non à celle du client ;
8. Faire courir le délai de 12 et 18 mois à compter de la date d'émission des billets d'avion ou de la date d'achat du voyage ou du séjour. En revanche, le délai d'utilisation de l'avoir pourrait être d'une durée plus longue ;
9. Préciser expressément qu'en cas de non-remboursement dans le délai imparti, la sanction administrative prévue à l'encontre des agences et des compagnies aériennes (article 11) s'ajoute à l'obligation de rembourser intégralement les sommes dues en application des règles du droit civil et commercial.

E. Le suivi des recommandations de l'Autorité en 2020

Les huit avis et recommandations rendus en 2020 par l'Autorité, et qui ne concernaient pas d'affaires individuelles, ont donné lieu à 35 recommandations. Ces recommandations et leur suivi sont récapitulées dans les tableaux ci-dessous. L'avis n° [2020-A-04](#), rendu à la demande du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie dans un litige qui opposait deux opérateurs dans le secteur des télécommunications, est présenté dans la section relative aux pratiques anticoncurrentielles.

Dans la mesure où les avis de l'Autorité sont consultatifs et ne lient pas les instances qui les ont sollicités, les recommandations de l'Autorité peuvent être totalement suivies, partiellement suivies ou non suivies.

Leur mise en œuvre peut également dépendre de l'adoption d'un texte d'application. Il arrive aussi que l'Autorité n'ait pas connaissance du suivi donné à ses recommandations, par exemple lorsqu'elle est saisie par d'autres instances que le congrès ou le gouvernement ou parce que ces derniers n'ont pas encore pris leur décision par rapport à ces recommandations.

Bilan des 43 recommandations émises en 2020 par l'Autorité				
Totalement suivies	Partiellement suivies	En cours d'adoption	Non suivies	Suivi non connu
12	4	7	8	12
28 %	9 %	16 %	19 %	28 %

Avis 2020-A-01 sur la demande de régulation de marché par la société Socalait

1	<p>Compléter le communiqué publié par la DAE lors du dépôt de la demande de régulations de marché : outre la nature des mesures de régulation de marché sollicitées, ce communiqué pourrait présenter un résumé des motivations de l'entreprise demanderesse et des engagements associés ainsi que les principales caractéristiques des marchés concernés (identification des produits concernés, répartition des ventes en volume et en valeur entre production locale et importations...) afin de permettre à tout tiers intéressé de formuler des observations circonstanciées sur la demande ;</p> <p>Transmettre le rapport de la DAE à l'entreprise demanderesse et lui laisser un délai raisonnable pour formuler des observations écrites, avant l'envoi du rapport de la DAE (accompagné des éventuelles observations de la société demanderesse) au gouvernement et, en tout état de cause, avant la saisine de l'Autorité par le gouvernement. Cette procédure pourrait obéir aux mêmes principes que ceux applicables dans le cadre d'opérations de concentration ou de commerce de détail soulevant un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, pour lesquelles un rapport du service d'instruction de l'Autorité est établi et transmis aux parties et au commissaire du gouvernement qui disposent d'un délai de 15 jours ouvrés pour formuler des observations écrites (article Lp. 431-6 et Lp. 432-5 du code de commerce). Le service d'instruction dispose alors de la possibilité de réviser ses conclusions pour en tenir compte avant sa présentation du dossier devant l'Autorité au cours de la séance.</p> <p>Permettre à la société demanderesse de modifier la nature des mesures de régulation demandées et/ou ses engagements tout au long de l'instruction de la demande, avant comme après l'avis rendu par l'Autorité. En cas de modification substantielle, permettre à la DAE de prendre l'initiative d'en informer les tiers par un communiqué publié sur son site internet pour qu'ils puissent, le cas échéant, formuler de nouvelles observations, dans un délai fixé par la DAE, afin d'éclairer au mieux le gouvernement.</p> <p>Allonger le délai maximal de 15 jours ouvrés entre l'avis de l'Autorité et la décision finale du gouvernement pour lui permettre d'évaluer précisément l'impact des mesures susceptibles d'être adoptées si elles ne correspondent pas à celles figurant dans la demande initiale et négocier un renforcement des engagements proposés par l'entreprise demanderesse si nécessaire.</p>
2	<p>Supprimer la TRM à 10 % sur les crèmes dessert UHT longue conservation non produite sur le territoire et adopter un dispositif réglementaire interdisant la vente des crèmes dessert UHT dans les rayons réfrigérés des magasins de détail et améliorant l'information des consommateurs.</p>
3	<p>Conditionner l'octroi des mesures de régulation de marché au renforcement des engagements de la société Socalait en termes de baisse de prix sur l'ensemble de ses gammes de produits et, à défaut, recommande au gouvernement d'envisager des mesures de régulation de marché laissant davantage de place à la concurrence des produits importés pour favoriser l'élargissement des gammes de produits offertes aux consommateurs ainsi qu'une plus forte concurrence par les prix.</p>

Avis 2020-A-02 sur la demande de régulation de marché par la société Bois du Nord

1	Supprimer le contingent global de 19 000 m ³ , en exposant que cette mesure portait sur de nombreuses essences de bois non produites en Nouvelle-Calédonie et non concurrentes du pin des caraïbes produit localement et qu'elle s'avérait inefficace pour protéger la production locale dans la mesure où le volume des importations de bois était inférieur à 14 000 m ³ .
2 Les mesures demandées n'ont pas été accordées	Conditionner l'octroi des mesures demandées au renforcement des engagements de la société Bois du Nord : <ul style="list-style-type: none"> ▪ Produire sur commande et dans un délai raisonnable à compter de la commande du bois scié d'une longueur comprise entre 3,5 m et 6 m et de sections différentes ; ▪ Maintenir ses prix de vente hors taxe au niveau pratiqué en janvier 2020 à l'égard des professionnels et des particuliers pendant un an à compter de l'entrée en vigueur de la TRM et ne pas les augmenter de plus de 10 % jusqu'à la fin du bénéfice de la TRM dans la seule hypothèse où les prix pratiqués par ses concurrents auraient augmenté durant cette période ; ▪ Investir dans une aboutheuse-entureuse d'occasion en 2020 afin de valoriser rapidement une partie de ses bois déclassés et augmenter son chiffre d'affaires ; ▪ Réaliser un audit complet de l'entreprise par des experts métiers qui seraient à même de proposer des voies d'amélioration rapide du rendement global de la scierie et de diminuer ainsi son prix de revient tout en développant une gamme étendue de produits (sections, longueurs, produits à haute valeur ajoutée tels que profilé, clin, bardage, etc.).
3 Les mesures demandées n'ont pas été accordées	Dans l'hypothèse de l'introduction d'une TRM de 15 % : <ul style="list-style-type: none"> ▪ Accorder la TRM jusqu'au 22 décembre 2023, date d'expiration du permis temporaire d'exploitation à titre gratuit de la forêt du plateau de Tango. ▪ Renouveler la TRM pour une période de trois ans que si elle s'avérait toujours justifiée et qu'elle était assortie d'un engagement de la société Les Bois du Nord visant à verser un loyer à la Province Nord sur la base des tarifs du marché en vigueur

Avis 2020-A-03 sur la modification du code de santé publique

1	Modifier l'article Lp. 6212-2 de l'ancien code de la santé publique en permettant seulement au gouvernement de s'opposer, pour un motif tenant à la permanence des soins : <ul style="list-style-type: none"> ▪ A la transformation d'un LBM en site de prélèvement ; ▪ A l'ouverture d'un LBM ou d'un site de LBM dans une zone géographique déjà pourvue de LBM ou d'un site de biologie délocalisée par un opérateur susceptible de réaliser, après l'opération, 50 % ou plus des examens de biologie médicale dans cette zone, hors examens d'anatomo-cylo pathologie, au regard du nombre d'examens réalisés l'année précédente.
2	Ne pas s'opposer à une telle opération si l'entreprise de biologie médicale propose, en contrepartie, des engagements précis et contraignants de nature à préserver ou améliorer la continuité du service, la permanence de soins et/ou la 32 qualité et la diversité des prestations susceptibles d'être offerts aux patients sur la zone géographique pertinente.
3	Sanctionner lourdement le non-respect des engagements pris par une amende administrative qu'il conviendrait d'ajouter dans le projet de loi du pays.

Avis 2020-A-05 sur le système de péréquation de l'essence et du gazole

1	Modifier l'article 2 du projet de délibération pour que les variables de péréquation sur le marché régulé n'incluent plus les volumes liés au marché non régulé. Cette recommandation devrait conduire à abaisser le prix de vente maximum au détail de gazole de 1,7 F. CFP/litre sur l'ensemble du territoire tout en s'assurant que chaque consommateur paie le même coût du transport au titre du rééquilibrage.
2	Si le gouvernement poursuit un objectif de rééquilibrage sur le marché de la vente de carburants aux industriels, il pourrait introduire un dispositif de péréquation spécifique en définissant des variables de péréquation du transport de l'essence et du gazole en fonction des volumes effectivement vendus sur ce marché pertinent, afin que tous les industriels paient le même coût de transport.
3	A l'article 7 du projet d'arrêté, abandonner la référence aux coûts réels des opérateurs et utiliser comme références des coûts modélisés sur le même principe que ceux mis en place aux articles 5 et 6.
4	Actualiser et compléter dans les meilleurs délais la réglementation relative au transport de matières dangereuses en Nouvelle-Calédonie afin d'instaurer un référentiel de normes obligatoires qui permette de s'assurer d'une saine concurrence entre les trois opérateurs pétroliers sur la composante « sécurité » du prix du transport des carburants.
5	Réviser régulièrement les valeurs des paramètres retenus dans le calcul du coût de transport vers les îles au regard du développement effectif du photovoltaïque et de l'évolution de la consommation de carburants dans les îles.
6	Engager une réforme visant à libéraliser les prix de vente de carburants au sein de l'activité de vente en réseau tout en maintenant un système de péréquation des coûts de transport au titre du rééquilibrage territorial. Une telle réforme pourrait s'accompagner, dans un premier temps, de la mise en place d'un système de liberté surveillée sur l'ensemble du territoire, et si nécessaire, de l'application d'un prix maximum dans les seules zones géographiques où la distribution de carburant n'est assurée que par une seule station-service en situation de monopole (comme à Ouvéa, Maré ou l'île des Pins par exemple).
7	Abroger le système du numerus clausus concernant l'ouverture de nouvelles stations-services dans le grand Nouméa dans les meilleurs délais.

Avis 2020-A-06 sur la demande de régulation de marché par la société 3P

1	Ne pas introduire une mesure de régulation de marché sur le TD. 3916.20.10 inefficace mais privilégier une norme calédonienne limitant l'importation et la distribution de lambris PVC en Nouvelle-Calédonie aux seuls produits répondant à des critères qualitatifs (garantie anti-vieillessement, traitement anti-feu, respect des normes REACH...), contrôlables par voie documentaire, pour promouvoir la concurrence par la qualité entre les produits locaux et importés en poursuivant un objectif de protection des consommateurs.
----------	--

Avis 2020-A-07 sur le mécanisme de formation des prix

1	Introduire une concurrence « dans le marché » ou « pour le marché » dans le secteur du fret aérien.
2	Réaliser les travaux prévus sur le quai n°8 sur le port autonome pour accueillir des navires de plus grande taille afin de réaliser des économies d'échelle.
3	Réduire la durée des délégations de service public à 5 ans et réviser à la baisse les tarifs maxima réglementés dans le secteur du remorquage et du chaloupage.
4	Réguler les tarifs dans le secteur de l'acconage pour les abaisser sur la moyenne des ports du Pacifique ; supprimer l'obligation d'avoir un contrat de manutention avec une seule compagnie maritime ou réduire la durée de ce contrat à cinq ans.
5	Organiser le marché du transport maritime intérieur pour introduire une mise en concurrence entre les trois opérateurs dans le cadre d'une délégation de service public, assortie le cas échéant de la création d'une structure commune de gestion de la flotte maritime et de tarifs réglementés en contrepartie d'une subvention au titre de l'aide à la continuité territoriale.
6	Soutenir les seules filières de production locale considérées comme stratégiques par des mesures destinées à réduire le différentiel de compétitivité-coût par rapport à la métropole.
7	Supprimer toutes les mesures de protection de marché quantitatives en privilégiant, si nécessaire, des mesures douanières cohérentes à travers une rationalisation de la politique commerciale du territoire tournée vers les seules filières stratégiques et tenant compte de l'impact environnemental des droits de douane ainsi définis ; supprimer toute autre forme de discrimination fiscale entre produits locaux et importés.
8	Supprimer le monopole d'importation de l'OCEF et lui confier un rôle de régulateur de la production locale de viande et de sa commercialisation (voir le détail dans l'avis).
9	Mettre en œuvre les recommandations de l'ACNC relatives à l'organisation de la filière fruits et légumes dans le cadre de son avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 et, à défaut, réintroduire un mécanisme d'encadrement des prix maximum des fruits et légumes les plus consommés en Nouvelle-Calédonie pendant la saison sèche dès le stade de la sortie du champ jusqu'au détaillant.
10	Doter le comité de l'observatoire des prix et des marges de véritables moyens pour exercer ses missions.
11	Inciter l'ISEE à réaliser plus régulièrement des études statistiques sur la thématique de la vie chère (comparaison spatiale des prix et des revenus, budget des ménages, études sur les commerces de proximité...).
12	Supprimer l'interdiction de négocier des remises sur volume auprès des producteurs locaux de PGC frais, réfrigérés ou surgelés, prévue au II de l'article Lp. 441-2-1 du code de commerce.
13	Supprimer l'interdiction de revente à perte à l'encontre des distributeurs de PGC, prévue à l'article Lp. 442-2 du code de commerce.
14	Instaurer, à l'article Lp. 442-1 du code de commerce, une sanction pécuniaire dissuasive en cas de refus de vente des producteurs ou fournisseurs de PGC à l'égard des distributeurs.
15	Introduire dans le code de commerce une sanction pécuniaire administrative en cas de non-dépôt des comptes annuels au registre du commerce et des sociétés.
16	Renforcer la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des distributeurs à l'occasion de l'élaboration du futur code de la consommation prévu pour juin 2021.

17	Favoriser les ventes du producteur aux consommateurs dans le secteur des fruits et légumes et de la viande par des campagnes de communication ou de promotion des marchés de brousse ou de distribution de « paniers de produits locaux frais ».
18	Faciliter le commerce en ligne en relevant le seuil de franchise de droits et taxes aux produits achetés directement par les consommateurs, en appliquant les mêmes droits et taxes au-delà de ce seuil sur les produits locaux et importés au titre du principe de neutralité fiscale et encourager l'envoi groupé de colis pour des produits soumis au même taux d'imposition afin de simplifier les formalités douanières.

Recommandations du 6 mai 2020 concernant le dispositif dérogatoire de remboursement ou d'avoirs dans le secteur aérien et touristique en raison des annulations liées à la crise du coronavirus

1	Privilégier une loi du pays pour introduire un dispositif dérogatoire aux règles contractuelles.
2	Encadrer les marges des agences et des compagnies aériennes pendant la période de 12 à 18 mois pour compenser le pouvoir de marché que le projet de délibération va leur accorder
3	Prévoir un remboursement intégral des sommes dues à l'expiration du délai de 12 ou 18 mois majoré d'un taux d'intérêt légal équivalent à l'évolution de l'indice des prix à la consommation sur la période 12 à 18 mois afin d'éviter un risque de pertes de pouvoir d'achat des consommateurs majoré d'un taux d'intérêt de thésaurisation qui pourrait être, par exemple, celui du livret A dans la mesure où la trésorerie garantie aux entreprises concernées auraient pu être placée par les consommateurs sur un compte rémunéré pendant la période concernée s'ils avaient pu obtenir un remboursement intégral.
4	Ne pas autoriser les entreprises bénéficiaires à verser de dividendes à leurs actionnaires au titre des exercices sociaux couverts par la période de la crise sanitaire et des 12 ou 18 mois pendant lesquels elles bénéficieront des mesures proposées par le projet de délibération, pour éviter le risque d'effet d'aubaine (en pratique, les entreprises concernées ont été visées par cette obligation en contrepartie du bénéfice du chômage partiel)
5	Préciser les critères selon lesquels les agences de voyage et de tourisme sont dans l'obligation de proposer " une prestation identique ou équivalente à la prestation initialement prévue".
6	Préciser les cas d'impossibilité pour les agences de voyages et de tourisme de proposer " une prestation identique ou équivalente à la prestation initialement prévue".
7	Ajouter la possibilité pour le client, d'utiliser, à sa demande, l'avoir disponible en agence pour une autre prestation que celle initialement envisagée. Cette option n'est actuellement prévue qu'à l'initiative de l'agence et non à celle du client.
8	Faire courir le délai de 12 et 18 mois à compter de la date d'émission des billets d'avion ou de la date d'achat du voyage ou du séjour. En revanche, le délai d'utilisation de l'avoir pourrait être d'une durée plus longue.
9	Préciser expressément qu'en cas de non-remboursement dans le délai imparti, la sanction administrative prévue à l'encontre des agences et des compagnies aérienne (article 11) s'ajoute à l'obligation de rembourser intégralement les sommes dues en application des règles du droit civil et commercial.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Les décisions de l'Autorité sont susceptibles de recours devant les juridictions de contrôle. Les voies de recours sont prévues par plusieurs textes qui déterminent la juridiction de contrôle compétente en fonction de la nature de la décision contestée, tel que synthétisé dans le tableau ci-dessous :

Décisions en matière de pratiques anti-concurrentielles		
Décisions prévues par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie	Juridiction de recours	Fondement juridique
Saisine irrecevable, rejet de la saisine, clôture après auto-saisine	Lp. 462-8	Ordonnance n° 2014-471 du 7 mai 2014
Non-lieu	Lp 464-6 Lp 464-6-1	
Mesures conservatoires	Lp 464-1	
Décision ordonnant la fin des pratiques ou imposant des conditions	Lp 464-2	
Acceptation d'engagements		
Injonctions et astreintes		
Sanctions administratives pécuniaires		
Publication ou diffusion d'une décision		
Exonération à la suite à un avis de clémence		
Sanction pécuniaire pour non-respect de mesures, d'engagement, d'injonction	Lp 464-3	
Sanctions administratives pécuniaires en cas de procédure simplifiée	Lp 464-5	
Injonctions structurelles	Lp 422-1	<i>Par défaut</i>

Décisions en matière de pratiques commerciales restrictives		
Décisions prévues par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie	Juridiction de recours	Fondement juridique
Injonctions et astreintes	Lp 441-2-1 à Lp 443-3 Lp 444-1	Cour administrative d'appel de Paris
Sanctions administratives pécuniaires pour les différentes PCR		
Sanctions administratives pécuniaires pour non-respect d'une injonction		
Saisine irrecevable, rejet de la saisine, clôture après auto-saisine	Lp 462-8	Cour d'appel de Paris
		Ordonnance n° 2014-471 du 7 mai 2014

Décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales		
Décisions prévues par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie	Juridiction de recours	Fondement juridique
Opération hors champ Autorisation Ouverture d'un examen approfondi Injonctions Autorisation Interdiction	Lp 431-7 Lp 432-4	Cour administrative d'appel de Paris Article R 311-2 du code de justice administrative
Sanctions en cas de défaut de notification, déclarations inexactes, non-respect d'engagements (sanctions pécuniaires, injonction, astreinte, retrait de l'autorisation)	Lp 431-8 Lp 432-5	

Au cours de l'année 2020, la cour d'appel de Paris, statuant sur un recours exercé contre la décision n° [2020-MC-01](#) de l'Autorité, a rendu un arrêt dans lequel elle s'est prononcée en urgence sur le fond en annulant la mesure conservatoire prononcée par l'Autorité à l'encontre de l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (« l'OPT-NC »).

Dans cet arrêt daté du 29 octobre 2020, la Cour d'appel de Paris a constaté que l'OPT-NC était titulaire d'un monopole de droit sur l'exploitation des réseaux et services relevant du service public des télécommunications et que par conséquent l'Autorité n'est pas compétente pour en connaître.

Pour rappel, dans sa [décision n° 2020-MC-01 du 2 juillet 2020](#), l'Autorité avait adopté sa première décision de mesures conservatoires en interprétant strictement le monopole légal de l'OPT-NC conféré par la réglementation calédonienne. Elle a considéré que les textes en vigueur ne conféraient pas expressément à l'OPT-NC un monopole sur le marché de la fourniture de capacité de connectivité internationale et qu'en conséquence les pratiques reprochées pouvaient faire l'objet d'un contrôle de l'Autorité. Ainsi, une mesure conservatoire, consistant à enjoindre l'OPT-NC à soumettre à la société plaignante une proposition d'interconnexion au réseau local des télécommunications, a été décidée par l'Autorité et contesté par l'OPT-NC devant la Cour d'appel de Paris.

Dans sa décision la Cour d'appel de Paris rappelle dès l'abord que, « *lorsque le marché concerné par les pratiques dénoncées dans la saisine est soumis à un monopole de droit, les principes de libre jeu de la concurrence et de fonctionnement concurrentiel des marchés, au respect desquels l'Autorité-NC doit veiller conformément à l'article Lp.461-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, ne s'appliquent pas, de sorte que cette autorité n'est pas compétente au sens de l'article Lp.462-8 du code de commerce* » (pt. 31 de la décision de la Cour d'appel).

En l'espèce, la Cour d'appel a observé que le code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (CPTNC) était l'unique texte qui permettait de déterminer que les missions l'OPT-NC, dans le secteur des télécommunications, relevait du service public et étaient exercées dans le cadre d'un monopole de droit (pt. 48). La Cour d'appel a considéré qu'« *il se déduit ainsi de la lecture combinée des 1° et 2° de l'article 211-3, et des articles 231-1 et 231-3, que par ces dispositions, le CPTNC confère à l'OPT-NC, seul, l'exercice et*

l'exploitation des activités relevant du service public des télécommunications, tel que défini à l'article 221-2 et n'autorise l'intervention d'autres opérateurs que pour les activités ne relevant pas de ce service et énumérées au titre III » (pt. 54).

La Cour a considéré que l'intention du Congrès de la Nouvelle-Calédonie avait été de préserver le monopole dont bénéficiait l'OPT-NC, lorsqu'il a adopté cette délibération instituant le CPTNC et que « *si ce texte ne vise pas expressément le câble sous-marin, il l'inclut nécessairement en visant le support matériel de transmission de signaux* » (pt. 69).

La Cour d'appel de Paris a donc annulé la décision de mesures conservatoires et déclaré que l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'était pas compétente pour connaître de la saisine.

Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour de cassation, de la part de la société plaignante. Si l'analyse de la Cour d'appel de Paris est confirmée, l'Autorité ne pourrait plus à l'avenir être saisie de pratiques mises en œuvre par l'OPT-NC dans le secteur des télécommunications. Cette affaire a donc été l'occasion de lever les incertitudes juridiques liées à la rédaction des textes attribuant le monopole des télécommunications à l'OPT-NC.
