



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

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**

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le courrier du 03 janvier 2019, enregistré le 31 janvier 2019, sous le numéro 19-0002PAC, par lequel la Société de Développement du Pacifique Sud (ci-après, « la SDPS ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité »), de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture et la distribution d'électricité ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le code de commerce ») relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment son titre II intitulé : « *Des pratiques anticoncurrentielles et des situations soulevant des préoccupations de concurrence* », et son titre VI intitulé : « *De l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie* » dans sa version antérieure à la Loi du pays n° 2019-5 du 6 février 2019 portant régulation des marchés ;

Vu le procès-verbal d'audition du représentant de la SDPS du 19 mai 2019 ;

Vu la proposition d'irrecevabilité de la saisine de la part du service d'instruction ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, le rapporteur et le représentant de la SDPS entendus lors de la séance du 27 octobre 2020, le commissaire du Gouvernement excusé ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

La SDPS, qui exploite le complexe hôtelier du Ramada depuis 2005, a vendu 60 des 188 unités d'hébergements qui composent ce complexe à des investisseurs privés en 2015. Entre 2015 et 2017, la société EEC, qui est le délégataire de la ville de Nouméa pour la distribution et la fourniture d'électricité sur son territoire, a demandé à la SDPS la réalisation de travaux électriques pour pouvoir appliquer une tarification différenciée entre les unités d'hébergements relevant de l'hôtellerie et celles relevant désormais d'un usage résidentiel et donc d'une tarification domestique.

En effet, cette distinction est opérée par le cadre réglementaire calédonien qui fixe le prix de vente de l'électricité (délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique) et prévoit un abattement tarifaire de 33,8 % sur le prix de la fourniture d'énergie électrique vendue aux établissements hôteliers dans le but de développer l'activité hôtelière sur le territoire (délibération n° 25 du 19 juillet 1996 modifiant les tarifs applicables à la vente d'énergie électrique au bénéfice des établissements hôteliers).

La SDPS a partiellement répondu aux demandes de la société EEC en faisant réaliser un avant-projet sommaire des travaux envisagés par un bureau d'études. Toutefois, cet avant-projet n'ayant pas été suivi d'effets et après plusieurs relances, la société EEC a décidé en mars 2017 de ne plus appliquer l'abattement tarifaire hôtelier sur la fourniture d'électricité à l'ensemble du complexe hôtelier du Ramada.

La SDPS estime d'une part que cette décision lui porte un préjudice concurrentiel puisqu'elle ne bénéficie plus de l'abattement tarifaire appliqué à ses concurrents et d'autre part que la société EEC abuse de la dépendance économique de la SDPS qui n'a pas la possibilité de faire appel à un autre opérateur pour la fourniture d'électricité du Ramada. Dans une saisine datée du 3 janvier 2019, la SDPS dénonce donc devant l'Autorité un abus de position dominante et un abus de dépendance économique de la part de la société EEC.

Dans cette décision d'irrecevabilité, l'Autorité rappelle que le secteur de la distribution et de la fourniture d'électricité est entièrement réglementé par la Nouvelle-Calédonie et constate que la société EEC fait reposer sa décision vis-à-vis de la SDPS sur l'application de la réglementation en vigueur en matière de tarification de la fourniture d'électricité. En conséquence, les pratiques reprochées par la SDPS ne sont pas détachables de l'exercice des prérogatives de puissance publiques qui ont été confiées à la société EEC par la ville de Nouméa pour la distribution et la fourniture d'énergie électrique, dans le cadre du contrat de concession signé le 15 décembre 2000.

Dès lors que la décision reprochée à la société EEC relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique, seul le juge administratif peut être saisi de la régularité de cet acte et d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles de la part de la société EEC de sorte que l'Autorité n'est pas compétente pour en connaître.

En conséquence, aux termes de la présente décision, l'Autorité constate que les pratiques dénoncées n'entrent pas dans son champ de compétence et déclare la saisine de la SDPS irrecevable.

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

I. Constatations

1. La SDPS reproche à la société EEC d'abuser de sa position dominante et de l'état de dépendance économique de la SDPS à son égard en raison de son refus « *d'appliquer l'abattement forfaitaire prévu à l'article 2 de la délibération n°25 du 19 juillet 1996 modifiant les tarifs applicables à la vente d'énergie électrique au bénéfice des établissements hôteliers* »¹ et les conséquences qui en résultent au détriment du complexe hôtelier Le Ramada depuis avril 2017.
2. Avant de présenter plus en détail les pratiques dénoncées (3), il convient de présenter les parties au litige (1) et de rappeler le fonctionnement du secteur de la fourniture et la distribution d'électricité sur la commune de Nouméa sur lequel elles interviennent (2).

A. Les entreprises concernées

1. La société saisissante : la Société de Développement du Pacifique Sud

3. La SDPS est une société par actions simplifiée, immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 000 423 582 depuis le 30 mars 1995. Son capital social est de 318,5 millions de francs CFP et son siège social est situé Rue Louis Blériot, Anse-Vata, à Nouméa.
4. Selon son extrait Kbis, les activités principales de la SDPS sont l'« *Acquisition sous toutes formes, propriété, mise en valeur par tous moyens, notamment par voie de constructions nouvelles, entretien, gestion, location de tous biens et droits immobiliers bâtis ou non bâtis - La création, l'acquisition sous toute forme, la propriété, l'exploitation, l'administration et la gestion, directement ou indirectement, de toutes entreprises ou établissements hôteliers ou dont l'activité est liée directement ou indirectement au tourisme et à l'organisation des loisirs* »².
5. Depuis 2005, la SDPS exploite un complexe hôtelier sous l'enseigne « Ramada » à Nouméa dans le quartier de l'Anse-Vata³.
6. Lors de son audition, le représentant de la SDPS a précisé que : « *La société SDPS est propriétaire de l'établissement hôtelier RAMADA. Notre enseigne commerciale est Ramada (...). On est ensuite passé de 4 étoiles à 3 étoiles en fonction du classement hôtelier local en application de la Délibération n°412-2013 sous l'enseigne Ramada Hôtel and suits Nouméa. La SDPS n'a comme activité que l'exploitation de ce complexe hôtelier. Il n'y a pas d'autres activités* »⁴. Il a exposé que : « *Le parc d'hébergement du RAMADA est constitué de deux tours et d'un bâtiment* »⁵, précisant : « *On avait initialement 188 unités d'hébergements. 60 ont été vendues* »⁶.
7. Il a également souligné qu'« *En 2015, on a décidé de réduire l'inventaire à des fins économiques. Il est fait le choix de vendre des unités d'hébergement. Ça a été un choix stratégique. Il était question qu'on arrête notre activité. On a décidé de réduire le parc hôtelier. On a vendu 60 unités d'hébergements tour B qui correspondent à des appartements. Toute la*

¹ *Ibid.*

² Voir l'extrait Kbis de la SDPS, à jour au 15 septembre 2020, annexe 42, cote 377.

³ Voir l'acte de saisine enregistré le 31 janvier 2019, annexe 7, cote 37.

⁴ Voir le procès-verbal d'audition de représentant de la SDSP du 29 mai 2019, annexe 14, cotes 72 et 73.

⁵ *Ibid.*, cotes 74.

⁶ *Ibid.*

tour a été cédée. On a changé d'enseigne commerciale. On a vendu à des investisseurs privés calédoniens : des SCI ou des propriétaires privés »⁷.

8. Au 30 juin 2016, la SDPS a réalisé un chiffre d'affaires de 570 millions de F. CFP, en baisse de 9 millions par rapport à l'exercice précédent⁸, les achats en eau et en électricité représentaient quant à eux une charge de 31 millions de F. CFP, soit 5,4 % du chiffre d'affaires⁹.

2. La société mise en cause : la société Electricité et Eau de Calédonie (EEC)

9. La société Electricité et Eau de Calédonie (EEC) est une société anonyme, immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 000 100 966 depuis le 12 juillet 1984. Son capital social est de 1 167 515 000 F. CFP et son siège social est situé 15 rue Jean Charlier, PK4, à Nouméa.
10. Dans son avis n°2019-A-02 du 18 juillet 2019, l'Autorité a rappelé que : « *La société EEC, société anonyme créée en 1929 sous la dénomination Unior Electrique Outre-mer (UNELCO), exerce principalement une activité de distribution d'énergie électrique et marginalement une activité de production d'énergie thermique à Lifou et à l'île Ouen (commune du Mont-Dore). C'est une filiale de la société Engie Energie Services qui exerce des activités de conception, financement, réalisation, exploitation et maintenance de réseaux de chaleur, de froid et d'électricité au sein de la Business Unit France Réseaux du groupe Engie SA* »¹⁰.
11. L'Autorité a précisé dans cet avis que : « *La société EEC compte aujourd'hui 250 collaborateurs. En 2018, elle a réalisé un chiffre d'affaires de 16,3 milliards F.CFP dont 15,4 milliards F.CFP dans le cadre de son activité de gestionnaire de réseaux de distribution et 140,5 millions F.CFP dans le cadre de son activité de producteur d'électricité* »¹¹.
12. L'Autorité a également indiqué que la concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa « *a toujours été attribuée à la société EEC puis renouvelée depuis 90 ans.*

La dernière convention par laquelle la commune de Nouméa a confié à la société EEC la gestion de la distribution d'énergie électrique a été signée le 15 décembre 2000 pour une durée de 20 ans.

En application de cette convention, la société EEC est responsable :

- *De la mise en place, du renforcement et de l'extension du réseau de distribution d'électricité pour répondre en permanence aux besoins des utilisateurs ;*
- *De l'exploitation et de l'entretien du réseau de distribution ;*
- *De la gestion des usagers et du recouvrement des redevances payées par les usagers en contrepartie du service rendu. »¹².*

⁷ *Ibid.*

⁸ Voir les comptes annuels de la société SPDS clos au 30 juin 2016, annexe 39, cote 298.

⁹ *Ibid.*, cote 299.

¹⁰ Voir le point 21 de l'avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2018 relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa.

¹¹ Voir le point 22 de l'Avis n° 2019-A-02 précité.

¹² Voir les points 82 et suivants de l'avis n° 2019-A-02 précité.

B. Le secteur de la distribution d'énergie électrique à Nouméa

13. Les pratiques reprochées à la société EEC interviennent sur le marché de la distribution d'électricité à Nouméa pour lequel elle agit dans le cadre d'une délégation de service public.
14. Dans son avis du 18 juillet 2019 relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa, l'Autorité a rappelé que le secteur de la distribution d'énergie électrique « *est entièrement réglementé par la Nouvelle-Calédonie* ».
15. En effet, la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique définit le système électrique (ci-après « la délibération n° 195 ») et fixe les règles qui s'imposent aux trois grands métiers qui le composent (production, transport et distribution) sur le plan technique et tarifaire. La procédure mise en œuvre par les communes pour la passation de la concession n'est pas précisée par la délibération mais le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie fixe le cahier des charges type.
16. A l'époque des faits dénoncés par la société SDPS, la délibération n° 669 du 28 juin 1984 *relative au cahier des charges type de concession de distribution publique d'énergie électrique et aux modalités de l'enquête publique se rapportant à ces concessions* (rendue exécutoire par arrêté n° 1909 du 19 juillet 1984)¹³ était le texte en vigueur.
17. Le Congrès définit également la tarification de la vente d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie¹⁴. A cet égard, l'article 2 de la délibération n° 25 du 19 juillet 1996 institue notamment un abattement de 33,8 % sur le prix de la fourniture d'énergie électrique aux établissements hôteliers dans le but de développer l'activité hôtelière sur le territoire¹⁵.
18. Pour leur part, les communes sont compétentes pour choisir leur concessionnaire de distribution d'énergie électrique, qui comprend la commercialisation auprès des utilisateurs finaux¹⁶. Dans son avis n° 2019-A-02 précité, l'Autorité indiquait que ce service public industriel et commercial était organisé par un système de mise en concurrence « pour le marché », par les communes ou les groupements de communes, au moyen de concessions attribuées aux entreprises présentes sur le marché de la distribution d'énergie électrique.¹⁷
19. Ainsi, en Nouvelle-Calédonie, les communes sont propriétaires des réseaux de distribution d'électricité et en confient la gestion à des opérateurs dans le cadre d'une délégation de service public par l'intermédiaire de contrat de concession.
20. En l'espèce, la ville de Nouméa a donné délégation de service public à la société EEC pour la distribution d'énergie électrique sur son territoire, en vertu d'un contrat de concession signé le 15 décembre 2000. Cette concession est une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001¹⁸ et a depuis lors fait l'objet de trois avenants datés du 30 juin 2003, 17 mars 2011 et 20 juin 2017¹⁹.

¹³ Voir la délibération n° 669 du 28 juin 1984 relative au cahier des charges type de concession de distribution publique d'énergie électrique et aux modalités de l'enquête publique se rapportant à ces concessions.

¹⁴ Voir la délibération du Congrès n°25 du 19 juillet 1996 précitée.

¹⁵ Voir la délibération du Congrès, annexe 19, cote 163.

¹⁶ En vertu de l'article 13 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie : « *La gestion du service du transport public de l'énergie est confiée par l'institution prévue par la loi organique à un opérateur par acte de concession* ».

¹⁷ Voir le point 23 de l'avis n° 2019-A-02 précité.

¹⁸ Voir le point 35 de l'avis n° 2019-A-02 précité.

¹⁹ Voir le point 87 de l'avis n° 2019-A-02 précité.

21. Pour mémoire, la délégation de service public est définie à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales français, applicable en Nouvelle-Calédonie en vertu de l'article 92 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*. La délégation de service public est ainsi définie comme « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* »²⁰.

C. Le rappel des faits

22. Le 30 septembre 2003, la SDPS a signé avec la société Socometra, filiale à 100% de la société EEC, un acte d'engagement pour la réalisation d'un poste de transformation-TGBT dans le cadre de la construction du complexe résidentiel à gestion hôtelière Ramada. La SDPS a alors payé la somme de 11 210 664 F.CFP à la société Socometra pour la réalisation de ce poste de transformation²¹.
23. En 2005, la SDPS a mis en service le complexe hôtelier « Le Ramada », comptant 188 unités d'hébergement touristiques.
24. En 2013, la Province Sud a voté la délibération n° 41-2013/APS fixant les normes de classement des établissements hôteliers de tourisme en Province Sud, et prévoyant notamment que l'hôtel ou la résidence de tourisme s'adressent « *à une clientèle de passage qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois, mais qui, sauf exception n'y élit pas domicile.* »
25. En 2015, la SDPS a vendu 60 unités d'hébergements qui se situaient dans la tour B du complexe Ramada à des investisseurs *privés* calédoniens. Ces 60 unités sont donc désormais occupées par une clientèle sédentaire et non « *de passage* ». Toutefois, 15 d'entre elles sont encore sous contrat de gestion hôtelière.
26. La société EEC a eu connaissance du changement de propriété de ces 60 unités d'hébergements. Lors d'un entretien du 16 avril 2015, la SDPS a confirmé à la société EEC qu'un « *immeuble à vocation résidentielle, qui faisait partie de (son) complexe hôtelier Le Ramada, (avait) été vendu par appartement à plusieurs acquéreurs* »²².
27. Dans un courrier du 23 juin 2015, la société EEC informait donc la SDPS du fait que « *compte tenu de la réglementation en vigueur, les occupants des appartements en question ne sont plus éligibles (au) tarif préférentiel (hôtelier). Ils doivent tous souscrire un contrat à 'usage domestique' et leurs consommations être facturées au tarif résidentiel. Le contrat alimentant les communs, sera quant à lui souscrit à un 'usage professionnel'* »²³.
28. Dans ce courrier, la société EEC proposait « *le passage en distribution publique* » du « *poste de transformation privé 'RAMADA'* » et indiquait : « *Pour assurer ces mises en conformité, il vous appartiendra de missionner le bureau d'étude électrique de votre choix compétent en la matière. Ce dernier étudiera la reprise en distribution publique de votre poste par EEC puis l'alimentation en basse tension de chaque appartement et des communs. Nos services techniques resteront à votre disposition pour toute assistance. Par ailleurs, comme il s'agit*

²⁰ Voir l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales.

²¹ Voir l'acte d'engagement sur le prix du poste de transformation, annexe 16, cotes 83 à 88.

²² Voir le courrier de la société EEC du 23 juin 2015, annexe 4, cote 20.

²³ *Ibid.*

d'une modification significative des ouvrages, de votre fait, les frais réels de maîtrise d'œuvre vous seront facturés. »²⁴

29. Par la suite, la SDPS a pris l'engagement le 24 juillet 2015 de mettre en œuvre les « travaux de mise en conformité de l'alimentation de l'ancienne tour du Ramada (...) avec le bureau d'étude de Monsieur [P.] »²⁵.
30. Le 5 octobre 2015, la société EEC déplorait néanmoins dans un courrier à la SDPS ne pas avoir pu échanger avec le bureau d'étude et informait que, sans retour de la part de la SDPS à ce sujet sous quinzaine, la société EEC serait contrainte de « suspendre l'abattement tarifaire hôtelier » du Ramada, « à compter de la facturation du mois d'octobre 2015 »²⁶.
31. L'avant-projet sommaire réalisé par le cabinet de Monsieur [P.] en 2016 suggérait deux évolutions possibles pour le poste de transformation du Ramada, pour un coût identique de 20 millions de F.CFP, en recommandant de retenir la deuxième option :
 - « Option n°1 : Modification du poste de transformation existant
 - Option n°2 : Alimentation par 2 postes HT/BT »²⁷.
32. Par courrier en date du 2 novembre 2016, la société EEC signifiait à la SDPS qu'elle partageait l'analyse du bureau d'étude et rappelait son souhait de « faire aboutir cette mise en conformité dans les meilleurs délais ». Elle invitait la SDPS à « communiquer l'option technique » retenue et indiquait à nouveau : « Sans retour de votre part avant fin novembre, nous serons dans l'obligation de suspendre l'abattement tarifaire hôtelier appliqué à votre abonnement et ce à compter de la période P1/P2 soit au 1^{er} décembre 2016 sans aucun autre avis »²⁸.
33. La SDPS a alors demandé, par un courrier du 28 novembre 2016, le report de l'échéance au 31 décembre 2016, ce que la société ECC lui a accordé « à titre exceptionnel » par courrier en date du 1^{er} décembre 2016 en lui signifiant toutefois : « Sans réponse de votre part avant cette date, la ristourne hôtelière sera supprimée dans le calcul de votre facture de décembre. »²⁹
34. Par courrier du 2 décembre 2016, la SDPS sollicitait un nouveau report des échéances auprès de la société EEC qui a répondu favorablement à cette demande le 9 décembre 2016 : « Compte tenu de vos arguments, nous comprenons vos contraintes et acceptons un délai supplémentaire de 1 mois et demi (soit au 15 février 2017). Celui-ci vous permettra de prendre l'attache d'un nouveau bureau d'étude qui poursuivra celle de Monsieur [P.], ainsi que les travaux attendus. »³⁰
35. Par la suite, la SDPS a demandé à la société EEC deux nouveaux « reports successifs (...) au 15 février 2017 puis au 1^{er} mars 2017 »³¹ auxquels la société EEC a consenti.
36. Enfin, la société EEC a adressé le 30 mars 2017 à la SDPS un courrier dans lequel elle constate que « Suite à plusieurs échanges avec votre nouveau bureau d'étude et votre secrétariat de Direction, il apparait clairement qu'à ce jour le dossier n'ait pas avancé davantage ». Elle indique encore : « Nous vous informons donc la suspension de la tarification hôtelière de votre

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Voir le courrier de la société EEC du 5 octobre 2015, annexe 4, cote 19.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Voir le courrier de la société EEC du 2 novembre 2016, annexe 4, cote 16.

²⁸ *Ibid.* cote 17.

²⁹ Voir le courrier de la société EEC du 1^{er} décembre 2016, annexe 4, cote 14.

³⁰ Voir le courrier de la société EEC du 9 décembre 2016, annexe 4, cote 30.

³¹ Voir le courrier de la société EEC du 30 mars 2017, annexe 5, cote 32.

contrat d'abonnement référencé sous le n°400 322 à compter de la facturation du mois de mars à venir très prochainement. »³²

37. Depuis lors, le Ramada ne bénéficie plus de l'abattement tarifaire hôtelier sur l'ensemble du complexe.
38. Par courrier du 03 janvier 2019, la SDPS a saisi l'Autorité « *d'une plainte à l'encontre de la société EEC* »³³, ayant trait « *au refus par EEC d'appliquer l'abattement forfaitaire prévu à l'article 2 de la délibération n°25 du 19 juillet 1996 modifiant les tarifs applicables à la vente d'énergie électrique au bénéfice des établissements hôteliers* »³⁴.
39. Elle a par ailleurs introduit une requête devant le tribunal mixte de commerce de Nouméa le 25 mars 2019 afin notamment de faire constater la faute contractuelle de la société EEC à son égard, de la condamner à des dommages et intérêts et de lui faire injonction d'appliquer l'abattement tarifaire hôtelier.³⁵

D. Les pratiques dénoncées

40. Les pratiques alléguées par la SDPS portent sur un abus de position dominante et un abus de dépendance économique auxquels se livrerait la société EEC en violation des dispositions de l'article Lp. 421-2 du code de commerce³⁶.
41. La SDPS estime en effet que la société EEC, en vertu de son contrat de concession avec la ville de Nouméa pour la fourniture et la distribution d'énergie électrique, exploite abusivement sa position dominante, en tant que seul distributeur d'électricité sur la commune. Selon le représentant de la SDPS : « *L'abus de position dominante est flagrant. Aujourd'hui, pour l'électricité qui est impactante, on n'a pas le choix que de traiter avec EEC. C'est le seul concessionnaire. Je ne peux pas faire jouer la concurrence car on n'a qu'un concessionnaire qui est sur le marché. On dénonce également un abus de dépendance économique* »³⁷.
42. L'abus de dépendance économique de la SDPS vis-à-vis de la société EEC résulterait d'un manque de « *solution objectivement équivalente* » et d'une asymétrie dans la résolution du différend qui l'oppose avec une entreprise qui est « *un partenaire obligatoire* »³⁸.
43. La SDPS fait en outre valoir que la suspension par la société EEC de l'abattement tarifaire hôtelier depuis avril 2017 implique pour elle un risque financier significatif, créant une distorsion de concurrence au profit des autres établissements hôteliers qui sont bénéficiaires de l'abattement forfaitaire³⁹.
44. Lors de l'audition du 29 mai 2019, l'avocate de la SDPS a également souhaité ajouter « *qu'elle a adressé des courriers à EEC mais n'a jamais eu de réponse. Pour cette raison, il y a eu plainte devant l'Autorité. A aucun moment, ils n'ont proposé de solution amiable, par exemple un abattement. On aimerait bien discuter avec EEC. La plainte devant le Tribunal de commerce n'a pas permis de faire avancer les choses pour l'heure* ».

³² *Ibid.*

³³ Voir l'acte de saisine enregistré le 31 janvier 2019, annexe 7, cote 36.

³⁴ *Ibid.*, cote 37.

³⁵ Voir la requête de la SDPS devant le tribunal, annexe 37, cote 286.

³⁶ Voir l'acte de saisine de la SDPS enregistré le 31 janvier 2019, annexe 7, cote 39.

³⁷ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la SDPS du 29 mai 2019, annexe 14, cote 78.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voir l'acte de saisine de la SDPS enregistré le 31 janvier 2019, annexe 7, cote 39.

45. En conséquence, la SDPS réclame à l’Autorité « *qu’il soit fait injonction à la société EEC de rétablir l’abattement forfaitaire issu de l’article 2 de la délibération n°25 du 19 juillet 1996 et que la société EEC soit condamnée à indemniser le préjudice subi par la SDPS résultant du défaut d’abattement, soit la somme à ce jour de 14.195.348 XPF. » (Soulignement non ajouté)⁴⁰.*

II. Discussion

46. L’article Lp. 462-8 du code de commerce dispose que : « *L’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable (...) si elle estime que les faits invoqués n’entrent pas dans le champ de sa compétence* ».

47. L’Autorité a déjà eu l’occasion de rappeler que les dispositions de l’article Lp. 410-1 du code de commerce⁴¹ consacrent la vocation généraliste du droit de la concurrence, lequel est applicable à toute opérateur exerçant une activité de production, de distribution ou de service, quelle que soit la nature ou la forme juridique de l’opérateur concerné, dès lors qu’il dispose d’une autonomie commerciale et de gestion pleine et entière lui permettant de se comporter comme un opérateur indépendant⁴².

48. En conséquence, les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un opérateur public ou privé sur un marché de production, de distribution ou de service, y compris dans le cadre de conventions de délégations de service public, doivent être sanctionnées.

49. Néanmoins, comme l’Autorité l’a rappelé à plusieurs reprises depuis son avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019 précité, la question se pose de savoir quel est le juge compétent lorsque les pratiques alléguées sont mises en œuvre par une personne publique ou dans le cadre d’une délégation de service public.

50. Conformément à une jurisprudence constante du Tribunal des conflits⁴³ : « *Le droit de la concurrence est applicable, et à tout le moins opposable, aux personnes publiques et la grille de partage des compétences juridictionnelles est la suivante :*

– lorsque les pratiques ou la décision en cause traduisent l’exercice de prérogatives de puissance publique ou portent sur l’organisation même du service public, le juge administratif

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ L’article Lp. 410-1 du code de commerce prévoit que « *toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».

⁴² Voir l’avis de l’ACNC n°2019-A-02 précité ; la décision de l’ACNC n°2020-PAC-01 relative à des pratiques dans le secteur de l’importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie.

⁴³ 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 1er 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 oeuvre des prérogatives de puissance publique* ».

est exclusivement compétent pour apprécier la légalité de ces actes unilatéraux au regard du droit de la concurrence qui leur est opposable (...)

– lorsque ces pratiques ou décisions unilatérales sont détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'elles présentent un caractère économique, l'Autorité de la concurrence est seule compétente pour contrôler le respect des règles de la concurrence. Tel est particulièrement le cas des pratiques anticoncurrentielles qui seraient mises en œuvre par une personne publique exerçant une activité économique » (Soulignements et gras ajoutés)⁴⁴.

51. Il en résulte que l'Autorité est compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique par des opérateurs chargés d'une délégation de service public notamment, tandis qu'en l'absence de détachabilité, le juge administratif demeure seul compétent pour examiner les pratiques alléguées.
52. En l'espèce, la société EEC, titulaire de la concession pour la distribution d'énergie électrique sur la commune de Nouméa, agit dans le cadre de la délégation de service public qui lui a été confiée pour l'organisation du service public de la fourniture d'énergie électrique sur la commune de Nouméa.
53. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par la plaignante qui indique dans sa saisine que : « *La présente plainte concerne la fourniture et la distribution d'énergie électrique par la société EEC dans le périmètre de la commune de Nouméa en application du contrat de concession conclue par cette dernière avec la société EEC* »⁴⁵.
54. De plus, la société EEC opérant dans le cadre de son contrat de concession n'a pas la liberté de définir ni les tarifs appliqués, ni l'éligibilité de ses clients à des éventuels abattements puisque ces éléments sont déterminés, comme vu *supra*, par les dispositions des délibérations n° 669 du 28 juin 1984 et n° 25 du 19 juillet 1996, pour ce qui concerne la grille tarifaire, et par la délibération n° 41-2013/APS du 5 décembre 2013, pour ce qui concerne l'éligibilité des clients aux abattements tarifaires hôteliers.
55. Dans un courrier en date du 5 octobre 2015 adressé à la SDPS, la société EEC mentionne d'ailleurs ses obligations envers la commune de Nouméa et l'importance de « *respecter l'égalité de traitement de la clientèle conformément au cahier des charges de la Ville de Nouméa* »⁴⁶ tandis que dans un autre courrier daté du 2 novembre 2016, la société EEC rappelle à la SDPS que « *les différents usages pratiqués par l'établissement hôtelier du RAMADA afin d'optimiser le taux de remplissage des appartements n'entrent pas dans les deux cas définis par la délibération n°41-2013/APS du 5 décembre 2013 portant sur l'hôtel de tourisme ou la résidence de tourisme. Ces deux types d'établissements hôteliers ont pour finalité la location pour de courts séjours (à la journée, la semaine ou au mois). En aucun cas, les locataires ne peuvent y élire domicile* » (Soulignement ajouté)⁴⁷.
56. L'Autorité en conclut qu'en l'espèce, la société EEC, seule compétente pour mettre en œuvre les tarifs de la distribution de l'électricité et l'octroi d'abattements tarifaires fixés par des textes réglementaires, opère nécessairement dans le cadre des prérogatives de puissance publique qui lui ont été confiées par le contrat de concession signé avec la ville de Nouméa. Ainsi, les

⁴⁴ Voir l'avis n°2019-A-02 du 18 juillet 2019 de l'ACNC *relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa* (Point 131).

⁴⁵ Voir l'acte de saisine enregistré le 31 janvier 2019, annexe 7, cote 37.

⁴⁶ Voir le courrier de la société EEC du 5 octobre 2015, annexe 4, cote 19.

⁴⁷ Voir le courrier de la société EEC du 2 novembre 2016, annexe 4, cote 17.

pratiques qui lui sont reprochées par la SDPS ne sont pas détachables de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.

57. En conséquence, l'Autorité n'est pas compétente pour connaître des pratiques de la société EEC à l'encontre de la SDPS quant aux tarifs de la distribution de l'électricité et à l'octroi d'abattements tarifaires. Il en résulte que la saisine doit être déclarée irrecevable.

Décide

Article 1^{er} : La saisine de la SDPS enregistrée sous le numéro 19/0002PAC est déclarée irrecevable en application du 1^{er} alinéa de l'article Lp. 462-8 du code de commerce car les pratiques dénoncées n'entrent pas dans le champ de compétence de l'Autorité.

Délibéré sur le rapport oral de Monsieur Corentin Pétilion, rapporteur et l'intervention de Mme Virginie Cramenil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, M. Robin Simpson et M. Walid Chaiehloudj, membres.

La secrétaire de séance

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Marzin'.

Marie-Christine Marzin

La présidente de l'Autorité

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Zoude'.

Aurélie Zoude Le Berre