



PRATIQUE DE L'ACNC EN 2021

SOMMAIRE

Les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles	57
A. Compétence de l’Autorité	57
1. La compétence de l’Autorité en matière de défaut de notification	57
2. La compétence de l’Autorité à l’égard des opérateurs publics et en matière de marchés publics.....	58
B. Les différentes procédures mises en œuvre en 2021.....	59
1. La procédure de rejet pour défaut d’éléments suffisamment probants	59
2. La procédure de non-lieu	60
C. Définition des marchés pertinents	61
1. La production d’énergie électrique d’origine photovoltaïque.....	61
2. Le commerce de détail à dominante alimentaire	62
3. L’importation et la commercialisation de produits laitiers frais	62
4. Les services de nettoyage de locaux professionnels.....	63
D. Qualification des comportements.....	63
1. Les critères retenus pour sanctionner un défaut de notification	63
2. Les pratiques d’exclusivité d’importation	67
3. Les abus de position dominante	67
4. Les ententes anticoncurrentielles	68
E. Les différents types de décisions au fond.....	69
1. Les décisions de rejet et de non-lieu	69
2. Les décisions de sanction pécuniaire	70
Les décisions contentieuses en matière de pratiques commerciales restrictives.....	74
A. Compétence de l’Autorité	74
1. Le contrôle du respect des délais de paiement entre professionnels	75
2. Sur la transparence des relations commerciales	77
B. La procédure devant l’Autorité	84
1. Le procès-verbal d’infraction	84
2. Le débat contradictoire	85
C. Les types de sanctions.....	85
1. Les sanctions de nature pécuniaire.....	85
2. La sanction de publication	87
3. L’injonction de mise en conformité	88
Les décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales.....	89
<i>Les décisions relatives aux opérations de concentrations.....</i>	<i>89</i>
A. Le champ d’application du contrôle	89
1. La notion de concentration	89
2. Les seuils de contrôle applicables en 2021	90
3. Les modalités de calcul du chiffre d’affaires d’une entreprise concernée.....	91
B. La procédure de contrôle intervient avant la réalisation de l’opération.....	92
1. Le principe du contrôle <i>a priori</i>	92
2. Les exceptions : les cas dans lesquels l’Autorité peut contrôler une opération <i>a posteriori</i>	92
3. Les sanctions en cas de non-respect du contrôle <i>a priori</i>	93
C. La délimitation des marchés pertinents	94
1. Le marché de la fourniture de matériel médical.....	95
2. Les marchés amont de l’approvisionnement	96
3. Les marchés connexes des prestations de services de santé non respiratoires à domicile.....	97
4. Le marché connexe de la répartition pharmaceutique.....	97
D. L’analyse concurrentielle	98
1. Les effets horizontaux	98
2. Les effets coordonnés	99
3. Les effets verticaux	100
4. Les effets congloméraux	100

E. Les mesures correctives	101
1. Les mesures structurelles.....	102
2. Les mesures comportementales	102
<i>Les décisions relatives aux opérations dans le secteur du commerce de détail</i>	<i>104</i>
A. Le champ d'application du contrôle	104
B. La procédure de contrôle	104
1. Le principe : le contrôle <i>a priori</i> des opérations dans le secteur du commerce de détail	104
Les exceptions : les cas dans lesquels l'Autorité peut contrôler <i>a posteriori</i> des opérations dans le secteur du commerce de détail	106
C. La délimitation des marchés pertinents	108
1. Les marchés amont de l'approvisionnement	109
2. Les marchés aval de la distribution au détail	111
D. L'analyse concurrentielle	124
1. Les effets horizontaux.....	124
2. Les effets verticaux	127
3. Les effets congloméraux	129
E. Les mesures correctives	130
Les avis et les recommandations de l'Autorité	132
A. Les avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires	133
B. L'avis relatif à une demande de mesures de régulation de marché.....	142
C. L'avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie	146
1. Le fonctionnement du marché des prestations de pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie....	146
2. Les imperfections de marché conduisant à des préoccupations de concurrence	147
3. Les recommandations de l'Autorité.....	150
D. Le suivi des recommandations de l'Autorité en 2021	153
Jurisprudence des juridictions de contrôle	160

Les décisions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles

En 2021, l'Autorité a adopté **quatre décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles**, dont deux décisions de sanction, une décision relevant le rejet pour défaut d'éléments probants et une décision de non-lieu.

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**.

Les pratiques de **défaut de notification des opérations de concentration**, relevant de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, et de **défaut de notification des opérations de commerce de détail**, relevant de l'article Lp. 432-5 du même code, sont également considérées comme des pratiques anticoncurrentielles.

1. La compétence de l'Autorité en matière de défaut de notification

L'article Lp. 431-3 du code de commerce prévoit que toute opération de concentration notifiable en application des critères définis à l'article Lp. 431-2, « *est notifiée à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie avant sa réalisation* ». De même, l'article Lp. 432-2 impose qu'une opération entrant dans le champ de l'article Lp. 432-1, « *est notifiée à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie avant sa mise en exploitation effective* ».

Le manquement à une obligation de notification prive l'Autorité de toute possibilité de contrôler les opérations de concentration ou de commerce de détail préalablement à leur réalisation, quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. Il revient donc à l'Autorité de sanctionner les comportements contrevenant à cette obligation en appréciant les circonstances propres à chaque espèce.

Dans les décisions n° [2021-DN-01 du 29 janvier 2021](#) et n° [2021-DN-02 du 5 août 2021](#), l'Autorité a constaté que la contrôlabilité des opérations litigieuses était avérée, de sorte qu'elle était compétente pour sanctionner les opérateurs ayant manqué à leur obligation de notification préalable.

S'agissant de la décision n° [2021-DN-01](#), l'Autorité rappelle les textes applicables au moment de la réalisation de l'opération litigieuse. En l'espèce, l'Autorité constate que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie était chargé du contrôle des opérations de concentration à l'époque de l'opération et non l'Autorité, puisque celle-ci n'était pas encore en fonction. Toutefois, l'Autorité souligne dans cette décision que « *le lendemain de la publication de la décision constatant la première réunion du collège de l'Autorité, soit le 2 mars 2018, la compétence en matière de contrôle des concentrations, et plus particulièrement le contrôle d'un éventuel défaut de notification d'une opération de concentration au titre du I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, a été transférée à l'Autorité* » (point 17).

2. La compétence de l’Autorité à l’égard des opérateurs publics et en matière de marchés publics

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. »

Il ressort notamment 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.

Dans la décision n° [2021-DN-01](#), l’Autorité a **sanctionné deux sociétés d’économie mixte (SAEM)** pour avoir manqué à leur obligation de notification d’une opération de concentration dans le secteur de la production d’énergie électrique d’origine photovoltaïque. En l’espèce, la SAEM Promosud, société de financement et de développement de la Province Sud, avait pris le contrôle conjoint de la société Wi Hache Ouatom SAS, auparavant détenue à 100 % par la société Enercal Energies Nouvelles (EEN), elle-même détenue à 100 % par la société Enercal, ayant le statut de SAEM, ceci en l’absence de notification préalable auprès de l’Autorité. Des sanctions ont donc été prononcées à l’encontre de la société Enercal, en tant qu’auteure et société-mère de la société EEN, et à l’encontre de la société Promosud en qualité d’auteure de la pratique.

En matière de marché public, **l’Autorité est également compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles commises par les parties, y compris lorsqu’il s’agit de personnes publiques**, ce qui n’exclut toutefois pas la compétence du juge administratif en tant que juge du contrat.

Dans la décision n° [2021-PAC-02 du 4 novembre 2021](#), l’Autorité a examiné les conditions dans lesquelles certaines entreprises avaient soumissionné à l’appel d’offres lancé par la Direction des achats, du patrimoine et des moyens (DAPM) en février 2019 pour le nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie. En l’espèce, la DAPM ayant constaté que les sociétés EGN Nettoyage, Net Eclair et Sprint Pacifique partageaient un gérant commun, elle craignait un partage d’informations entre les candidats, dommageable à la procédure de sélection des offres. En effet, la remise coordonnée d’offres distinctes par des sociétés appartenant ou non à la même unité économique est sanctionnée sur le fondement du droit des ententes. Le simple fait de procéder à un échange d’informations avant le dépôt des offres, notamment sur les prix, suffit à caractériser un accord de volontés des entreprises ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence devant s’exercer entre elles. L’Autorité a donc été saisie par le Président du gouvernement pour vérifier si les entreprises concernées avaient ou non violé l’article Lp. 421-1 du code de commerce relatif à l’interdiction des ententes anticoncurrentielles.

L’Autorité a considéré que les pratiques anticoncurrentielles présumées par la DAPM n’étaient pas établies et qu’il n’y avait pas lieu de poursuivre la procédure. L’instruction a en effet démontré que les trois sociétés soumissionnaires, bien qu’appartenant à un même groupe, étaient autonomes les unes par rapport aux autres.

Cependant, cette décision a été l'occasion pour l'Autorité d'indiquer que le revirement de jurisprudence de l'Autorité de la concurrence métropolitaine qui considère désormais, sous l'impulsion de la Cour de justice européenne, que les sociétés mères et leurs filiales non-autonomes doivent être regardées comme une seule unité économique ne pouvant être sanctionnées au titre du droit des ententes, quand bien même elles auraient soumissionné à un appel d'offres de façon séparée ne trouve pas à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie. Pour fonder son analyse, l'Autorité a considéré que :

- En premier lieu, la Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise au droit de l'Union à l'origine ce revirement jurisprudentiel.
- En deuxième lieu, la Nouvelle-Calédonie est marquée par un contexte insulaire susceptible d'aggraver les effets anticoncurrentiels d'une entente dans le cadre d'un marché public si bien que le droit de la concurrence doit être un recours effectif pour les décideurs publics calédoniens confrontés à de telles pratiques.
- En troisième lieu, compte tenu des directives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie posées dans le guide des marchés publics, il convient de considérer que les soumissions coordonnées d'entités appartenant à un même groupe - autonomes et *a fortiori* non autonomes - ont vocation à être appréhendées sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce relatif au droit des ententes.

En conséquence, l'Autorité a vocation à contrôler le comportement des entreprises et de leurs filiales soumissionnaires non-autonomes lorsqu'elles soumissionnent aux marchés publics.

B. Les différentes procédures mises en œuvre en 2021

1. La procédure de rejet pour défaut d'éléments suffisamment probants

L'article Lp. 462-8 du code de commerce permet à l'Autorité de rejeter une saisine « *par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.* ».

Contrairement à la procédure engagée dans le cas d'irrecevabilité, une procédure de rejet suppose une appréciation des éléments de preuve produits à l'appui de la saisine. Le service d'instruction doit alors vérifier que les déclarations de la partie saisissante sont étayées par des indices suffisamment crédibles permettant de présumer l'existence de pratiques illicites et le cas échéant de justifier une enquête approfondie.

Dans ce contexte, la jurisprudence a clairement établi qu'il n'appartenait pas à l'Autorité de suppléer le manque d'éléments probants à l'appui d'une saisine et la carence de la saisissante par la conduite d'une instruction complète. Par ailleurs, il ne peut être fait grief à l'Autorité d'avoir, avant de se prononcer sur la saisine, examiné les éléments de preuve apportés par la saisissante en procédant à son audition ou à celle des personnes qu'elle a mises en cause ou en demandant des précisions⁷.

La finalité d'une telle procédure est en effet de conduire les parties saisissantes à produire dès l'origine un ensemble suffisant d'éléments de preuves des pratiques qu'elles dénoncent.

⁷ Voir notamment Cours d'Appel de Paris, 24 juin 2014 n° 2013/06758.

Il est à noter que les éléments non produits devant l'Autorité ne peuvent l'être pour la première fois devant la juridiction de recours⁸.

La saisine de la société Etablissements Bargibant a donné lieu à une décision de rejet n° [2021-PAC-01 du 6 août 2021](#), en application de l'article Lp. 462-8 du code de commerce. L'examen de cette saisine a conduit le service d'instruction à auditionner la société plaignante ainsi que la société locale mise en cause. Le service d'instruction a en outre interrogé par courrier la société Lactalis International, également mise en cause, par le plaignant. Au cas d'espèce, l'Autorité a considéré que la société plaignante n'apportait pas d'éléments suffisamment probants pour démontrer l'existence d'un refus de vente de la part de la société Lactalis International, ni l'existence d'un accord exclusif d'importation de droit ou de fait entre la société Lactalis International et un autre opérateur calédonien. La décision de l'Autorité rappelle néanmoins que « *le rejet pour défaut d'éléments suffisamment probants, fondé sur l'article Lp. 462-8 du code de commerce, laisse la possibilité au plaignant de déposer une nouvelle saisine* ». En conséquence, si de nouveaux éléments étaient portés à la connaissance de l'Autorité, il serait possible d'ouvrir une nouvelle procédure.

2. La procédure de non-lieu

L'article Lp. 464-6 du code de commerce prévoit que l'Autorité « *peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure* » lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est pas établie.

Le prononcé d'un non-lieu intervient après une enquête approfondie aux fins de vérifier la matérialité des pratiques dénoncées et de dire si elles constituent ou non des pratiques anticoncurrentielles prohibées⁹.

Cependant, alors qu'une décision de rejet prise sur le fondement de l'article Lp. 462-8 du code de commerce laisse la possibilité de déposer une nouvelle saisine, une décision de non-lieu prise sur le fondement de l'article Lp. 464-6 du même code a force de chose jugée.

Dans sa décision n° [2021-PAC-02](#) relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a notamment constaté, au vu de l'ensemble des éléments recueillis au cours de l'instruction, que chaque offre avait été élaborée par des personnes distinctes et de manière indépendante les unes des autres. En outre, les pratiques présumées n'ont pas concouru à renchérir les prix sur le marché des services de nettoyage de locaux professionnels, les trois sociétés mises en cause ayant proposé des prix plus bas que trois de leurs concurrentes. En conséquence, l'Autorité a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure.

⁸ Voir notamment Cours d'Appel de Paris, 17 septembre 2008, n° 2007/20354.

⁹ Voir notamment Conseil de la concurrence, décision n° 02-D-75 du 17 décembre 2002.

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.

Toutefois, lors d'une décision de rejet ou de non-lieu, il n'est pas nécessaire que cette analyse soit conduite de façon aussi fine qu'en cas de pratiques anticoncurrentielles avérées. De même, dans le cadre d'une décision sanctionnant un défaut de notification, il est possible de se référer à la délimitation opérée au moment de la décision autorisant ou non l'opération litigieuse.

En 2021, l'Autorité s'est prononcée sur la définition des marchés dans les secteurs de la production d'énergie électrique d'origine photovoltaïque, du commerce de détail à dominante alimentaire, de l'importation et la commercialisation de produits laitiers frais et des services de nettoyage de locaux professionnels. A l'exception de ce dernier secteur, tous les autres avaient déjà fait l'objet d'une analyse de la part de l'Autorité par le passé.

1. La production d'énergie électrique d'origine photovoltaïque

Dans sa décision n° [2021-DN-01](#), prononcée dans le cadre d'un défaut de notification, l'Autorité s'est appuyée sur son expérience dans le secteur de la production d'énergie électrique d'origine photovoltaïque en Nouvelle-Calédonie¹⁰ pour circonscrire le marché concerné au développement, la construction, la gestion et la maintenance de centrales photovoltaïques de première catégorie sur la grande Terre, où opérait la société-cible.

Cette segmentation repose notamment sur la pratique classique des autorités de concurrence qui, 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 distribution¹¹.

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-

¹⁰ Voir notamment l'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, et les décisions n° 2020-DCC-07 et 2020-DCC-08.

¹¹ 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.

segmentation selon la technologie utilisée pour produire l'électricité ou en fonction du 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* »¹².

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.

Par ailleurs, 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 industriel¹³ 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 ».

L'Autorité a eu l'occasion de préciser 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.

2. Le commerce de détail à dominante alimentaire

Dans sa décision n° [2021-DN-02](#), qui sanctionne un défaut de notification dans le secteur du commerce de détail, l'Autorité s'est appuyée sur la délimitation faite dans le cadre de la décision d'autorisation de l'opération litigieuse¹⁴.

Cette analyse, qui soulevait notamment la question de la segmentation du marché pertinent de la distribution au détail à dominante alimentaire aux produits de la spécificité du marché « Bio », est exposée page 115 du présent rapport.

3. L'importation et la commercialisation de produits laitiers frais

Dans sa décision de rejet n° [2021-PAC-01](#), qui concerne des pratiques alléguées de refus de vente implicite et de droits exclusifs d'importation, l'Autorité n'a pas eu besoin de délimiter le marché pertinent, en raison de l'absence d'éléments suffisamment probants à l'appui de la

¹² Voir l'arrêté n°2015-927/GNC.

¹³ 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.

¹⁴ Décision n° [2021-DEC-02](#).

saisine, et compte tenu du fait que le secteur en question avait déjà été examiné en détail dans le cadre d'un récent avis¹⁵.

4. Les services de nettoyage de locaux professionnels

La décision n° [2021-PAC-02](#) a trait aux pratiques présumées d'entreprises soumissionnaires à un appel d'offres lancé par la DAPM pour le nettoyage des locaux professionnels.

Cette décision est l'occasion de rappeler que, selon une jurisprudence constante, **dans le cadre de la passation d'un marché public, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent.**¹⁶

En l'espèce, le marché pertinent était celui du nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie, lancé le 20 février 2019 par le service des achats et des marchés de la DAPM. Ce marché comprenait également la fourniture de produits d'entretien et l'approvisionnement en produits consommables destinés aux sanitaires et espaces détente.

Dans cette décision, l'Autorité a également souligné que la taille des macro-lots retenue par la DAPM dans le cadre du marché en cause limitait, par elle-même, le nombre de sociétés susceptibles de soumissionner. Aussi l'Autorité a-t-elle constaté que le choix de la DAPM d'organiser son appel d'offres en seulement cinq macro-lots avait inéluctablement contribué à la fois à affecter l'intégrité concurrentielle du marché et à obérer le principe de liberté d'accès à la commande publique, dès lors que cet allotissement privilégiait les sociétés de taille supérieure.

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 griefs notifiés 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.

Le défaut de notification d'une opération de concentration ou d'une opération de commerce de détail est également considéré, en raison de ses possibles effets sur la concurrence, comme une pratique anticoncurrentielle.

1. Les critères retenus pour sanctionner un défaut de notification

Après avoir vérifié que l'opération de concentration ou l'opération dans le secteur du commerce de détail aurait dû être notifiée avant sa réalisation, l'Autorité apprécie le niveau de la sanction encourue en tenant compte de la gravité de la pratique et de circonstances aggravantes ou atténuantes, et notamment du caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération, de l'éventuelle volonté délibérée des sociétés concernées de contourner l'obligation légale de notification, de la situation individuelle de chacune des entreprises et

¹⁵ 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).

¹⁶ Voir notamment Autorité de la concurrence de la Concurrence métropolitaine, décision n° 18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique §16.

des moyens, notamment juridiques, dont elles pouvaient disposer, de leur coopération dans le cadre de la procédure de contrôle de l'opération, et de leur coopération au cours de la procédure d'examen de l'opération de concentration comme au cours de la procédure relative au défaut de notification.

© La contrôlabilité de l'opération :

En matière de concentrations, l'article Lp. 431-3 du code de commerce prévoit que toute « opération de concentration est notifiée à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique.

L'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement. Le contenu du dossier de notification est fixé par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. »

Le manquement à cette obligation fait l'objet d'une injonction et d'une éventuelle sanction, selon les termes du I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce : « I. - Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie enjoint aux parties, sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article Lp. 464-2, de notifier l'opération à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles Lp. 431-5 à Lp. 431-7 est alors applicable.

En outre l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie 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° [2021-DN-01](#), l'Autorité fait référence à sa décision n° 2020-DCC-07 du 9 juillet 2020 d'autorisation de l'opération litigieuse où il a été démontré que cette opération de concentration était contrôlable à l'époque de sa réalisation le 25 octobre 2017 et qu'elle n'avait pas fait l'objet d'une notification préalable auprès du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Elle constate en outre la décision d'autorisation n'ayant fait l'objet d'aucun recours des parties, elle était devenue définitive (points 21 et 22).

En matière d'opérations de commerce de détail, le I de l'article Lp. 432-2 du code de commerce dispose expressément que toute opération de commerce de détail répondant aux critères fixés à l'article Lp. 432-1 « est notifiée à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie avant sa mise en exploitation effective. »

Est ainsi soumis au régime d'autorisation :

« 1° toute mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail, lorsque sa surface de vente est supérieure à 600 m² ;

2° toute 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 ;

3° tout 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 ;

4° toute 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. 31

II. – Par dérogation aux dispositions du I, 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. »

Enfin, le I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce prévoit que « I. – Si une opération visée à l'article Lp. 432-1 a été réalisée sans être notifiée, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie enjoint à l'exploitant concerné, sous astreinte et dans la limite de 1 000 F CFP par jour et par mètre carré de surface commerciale concernée, de procéder à cette notification. La procédure prévue aux articles Lp. 432-2 à Lp. 432-4 est alors applicable, sans préjudice des dispositions des paragraphes II à IV.

En outre, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut infliger à l'exploitant auquel incombait la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser 200 000 F CFP par mètre carré de surface commerciale concernée. »

Dans la décision n° [2021-DN-02](#), l'Autorité a relevé **que le caractère éphémère de l'extension litigieuse, invoqué par la société mise en cause, ne lui permettait pas de déroger à son obligation de notification** puisque les textes applicables en matière de notification d'une opération de commerce de détail ne prévoyaient pas d'exception à ce titre.

Au surplus, l'Autorité a estimé que le caractère éphémère de l'extension du magasin n'était pas avéré en l'espèce dans la mesure où l'ouverture de la nouvelle surface avait eu lieu un an avant la décision de l'Autorité.

Enfin, tant dans la décision n° [2021-DN-01](#) que dans la décision n° [2021-DN-02](#), l'Autorité a rappelé que le droit à l'erreur, prévu à l'article 4 de la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020, n'était pas applicable aux procédures mises en œuvre par l'Autorité. **Le droit de la concurrence visant à protéger l'ordre public économique, il ne peut donc y être dérogé par erreur.** Ainsi, même si l'Autorité constate dans ces deux affaires que les entreprises mises en cause avaient davantage fait preuve de négligence plus qu'elles n'ont eu l'intention de contourner délibérément les dispositions de la loi, il reste que la qualification de défaut de notification est avérée.

Le caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération :

S'agissant de la décision n° [2021-DN-01](#), l'Autorité a estimé que les textes en vigueur étaient sans ambiguïté sur le caractère notoire de la concentration.

En effet, l'article Lp. 431-1 du code de commerce, en vigueur à la date de réalisation de l'opération, qualifiait explicitement de concentration « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ».

Le III du même article mentionnait en outre le contrôle conjoint parmi les cas de figure des opérations contrôlables, tandis que l'article Lp. 431-2 du même code précisait les seuils de contrôlabilité d'une opération de concentration.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que ces critères étant remplis, il incombait aux parties de notifier l'opération. En réponse aux parties qui avaient soulevé dans leurs observations écrites l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération, l'Autorité a répondu que :

- Les dispositions de l'article Lp. 431-1 du code de commerce sont claires, transparentes et identiques à celles applicables en métropole ;
- Les parties auraient pu se référer, en cas de doute sur l'interprétation de l'article Lp. 431-1 du code de commerce, aux lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine sur lesquelles s'appuyaient déjà les décisions du gouvernement calédonien en matière d'autorisation des opérations de concentration ;
- Les parties disposaient d'une expérience de la procédure de notification des opérations de concentration ;
- Les parties ne pouvaient exciper de la prétendue incompétence de leurs avocats pour justifier l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération ;
- Les parties n'ont pas exercé de recours en annulation contre la décision d'autorisation de l'opération au motif que la cible n'aurait pas été une entreprise de plein exercice, de sorte que l'opération n'aurait pas été contrôlable.

L'Autorité a néanmoins tenu compte du fait que le projet initial des parties avait évolué d'un contrôle exclusif vers un contrôle conjoint de la cible, cette circonstance étant de nature à atténuer le caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération en amont de sa réalisation (point 51 et suivants).

Dans la décision n° [2021-DN-02](#), l'Autorité n'a pas non plus retenu les arguments de la société mise en cause quant à l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération d'extension d'un commerce de détail à dominante alimentaire.

Elle a d'abord rappelé que les critères de contrôlabilité d'une opération dans le secteur du commerce de détail prévus par les articles Lp. 432-1 et suivants du code de commerce ne sont pas les mêmes que les critères de contrôlabilité d'une opération de concentration prévus par les articles Lp. 431-1 et suivants.

Il apparaît en effet qu'en matière d'opérations dans le secteur du commerce de détail en Nouvelle-Calédonie, les critères prévues à l'article Lp. 432-1 du code de commerce, fondés sur la surface de vente du commerce de détail, sont clairs et transparents et ne soulèvent pas de difficultés d'interprétation particulière.

L'Autorité a donc considéré que, si l'entreprise en cause avait eu un doute sur le caractère notifiable de l'extension du magasin, il lui appartenait de prendre conseil auprès de sa maison-mère qui dispose de ressources juridiques et d'une solide expertise en la matière, ou bien de consulter l'Autorité directement.

La prescription :

S'agissant du délai de prescription, l'Autorité a précisé dans sa décision n° [2021-DN-01](#) relative au défaut de notification d'une opération de concentration, que le Livre IV du code de commerce ne contient aucune disposition expresse sur une prescription spécifiquement applicable à l'infraction visée au I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce.

Toutefois, l'article Lp. 462-7 du code de commerce dispose que pour l'application du titre III du code de commerce, l'autorité de contrôle, qu'il s'agisse du gouvernement dans la version en vigueur au moment des faits ou de l'Autorité, dans la version modifiée par la loi du pays n° 2019-10 du 19 avril 2019, « *ne peut être saisie de faits remontants à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche ; leur constatation ou leur sanction* ».

L'opération litigieuse ayant été réalisée le 25 octobre 2017 et le premier acte du service d'instruction de l'Autorité concernant l'instruction d'un éventuel défaut de notification datant du 2 avril 2019, l'Autorité en a conclu que le délai de cinq ans n'était pas expiré et qu'il y avait lieu de poursuivre la procédure (points 18 à 20).

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.* »

Assimilables à des restrictions verticales, ces accords ou pratiques concertées entre un fournisseur situé hors du territoire calédonien et un distributeur local conduisent à la création de monopole d'importation et sont des infractions *per se* compte tenu de la situation spécifique des collectivités d'outre-mer (marché naturellement restreint où la concurrence est faible). 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.

La décision précitée n° [2021-PAC-01](#) concerne notamment une pratique alléguée d'accord exclusif d'importation dans le secteur des produits laitiers frais, entre la société Lactalis International et la société Socalait.

Toutefois, il est ressorti de l'instruction que les contrats commerciaux entre la société Lactalis International et la société Socalait ne comprenaient aucune clause d'exclusivité d'importation et que la société Lactalis International travaillait avec d'autres distributeurs.

Par ailleurs, la société plaignante ayant elle-même admis avoir pu s'approvisionner en produits Lactalis International, et en particulier, ceux de la marque « Président », par d'autres canaux d'importation qu'un approvisionnement direct, l'Autorité a considéré que la partie saisissante n'avait pas apporté d'éléments suffisamment probants de nature à démontrer l'existence d'un accord exclusif d'importation de droit ou de fait entre la société Lactalis International et un autre opérateur calédonien (point 17 et suivants).

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 qui dispose alors d'une responsabilité particulière.

La décision n° [2021-PAC-01](#), précitée, fait suite à la plainte déposée par la société Etablissements Bargibant à l'encontre de la société Lactalis International, en raison d'un refus de vente implicite des produits de la marque « Président », marque phare de la société Lactalis International.

S'il ne peut être contesté que la société Lactalis International possède le monopole de la fabrication des produits de sa propre marque, l'Autorité n'a pas pu établir la matérialité du refus de vente allégué.

Elle a au contraire constaté que la société saisissante avait rompu ses relations commerciales avec la société Lactalis International entre 2014 et 2017 et que la société saisissante n'avait pas démontré avoir subi un refus de vente explicite de la part de la société Lactalis International, en particulier sur les produits laitiers et sa principale marque « Président ». La société saisissante a d'ailleurs admis en séance n'avoir pas relancé la société Lactalis International pour reprendre leurs relations commerciales.

L'Autorité en a conclu que la partie saisissante n'apportait pas d'éléments suffisamment probants permettant de conclure à l'existence d'un refus de vente de la part de la société Lactalis International.

4. 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° [2021-PAC-02](#) précitée, l'Autorité devait se prononcer sur **l'existence d'une entente présumée** laissant craindre un partage d'informations entre les candidats à un appel d'offre lancé par la DAPM, dommageable à une procédure de sélection des offres.

En effet, la DAPM, à l'origine de la procédure d'appel d'offres pour le nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie, avait constaté que trois des entreprises soumissionnaires partageaient un gérant commun et présumait une entente entre elles.

L'Autorité a rappelé que le droit de la concurrence n'interdit pas *per se* le dépôt d'offres distinctes en réponse à un même appel d'offres par des sociétés appartenant à un même groupe, tout en précisant que la remise coordonnée d'offres distinctes par des sociétés appartenant ou non à la même unité économique est sanctionnée sur le fondement du droit des ententes.

L'Autorité a également souligné que le revirement de jurisprudence de l'Autorité de la concurrence métropolitaine qui considère désormais, sous l'impulsion de la Cour de justice européenne, que les sociétés mères et leurs filiales non-autonomes doivent être regardées comme une seule unité économique ne pouvant être sanctionnées au titre du droit des

ententes, quand bien même elles auraient soumissionné à un appel d'offres de façon séparée ne trouvait pas à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie.

Il convient en effet de considérer que :

- En premier lieu, la Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise au droit de l'Union à l'origine ce revirement jurisprudentiel ;
- En deuxième lieu, la Nouvelle-Calédonie est marquée par un contexte insulaire susceptible d'aggraver les effets anticoncurrentiels d'une entente dans le cadre d'un marché public si bien que le droit de la concurrence doit être un recours effectif pour les décideurs publics calédoniens confrontés à de telles pratiques ;
- En troisième lieu, compte tenu des directives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie posées dans le guide des marchés publics, il convient de considérer que les soumissions coordonnées d'entités appartenant à un même groupe - autonomes et a fortiori non autonomes - ont vocation à être appréhendées sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce relatif au droit des ententes.

Toutefois, l'Autorité a constaté que les craintes du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur l'absence d'autonomie des sociétés mises en cause, en raison de l'existence d'un gérant commun n'étaient pas fondées. L'instruction a en effet démontré que les trois sociétés, bien qu'appartenant à un même groupe étaient autonomes les unes par rapport aux autres.

Dans sa décision, l'Autorité a estimé qu'il eût certes été préférable que les sociétés mises en cause informassent la DAPM de leurs liens capitalistiques mais que, d'une part, l'obligation d'information sur ce point n'était pas prévue par la réglementation alors applicable et, d'autre part, que cette seule omission ne saurait suffire à caractériser une dissimulation blâmable et *in fine* l'intention des trois sociétés de tromper l'acheteur public sur la réalité de la concurrence entre elles.

En conséquence, l'Autorité a considéré que les pratiques anticoncurrentielles lors de l'appel d'offres lancé le 20 février 2019, telles que présumées par la DAPM à l'encontre des sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique, n'étaient pas établies et qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure, conformément aux dispositions de l'article Lp. 464-6 du code de commerce relatif au non-lieu.

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 de non-lieu

Deux des quatre décisions rendues en 2021 en matière de pratiques anticoncurrentielles sont des décisions de rejet et de non-lieu.

Comme indiqué précédemment, la décision n° [2021-PAC-01](#) est une décision qui rejette la saisine pour défaut d'éléments suffisamment probants tandis que la décision n° [2021-PAC-02](#) est une décision qui conclut au non-lieu à poursuivre la procédure.

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.* »

En 2021, par ses décisions n° [2021-DN-01](#) et [2021-DN-02](#) précitées, l'Autorité a sanctionné pécuniairement deux sociétés pour ne pas avoir notifié à l'Autorité, préalablement à leur réalisation, des opérations pourtant notifiables, l'une en matière de concentration, l'autre en matière de commerce de détail.

S'agissant des opérations de concentration, de I de l'article Lp. 431-8 dispose que lorsqu'une opération notifiable a été réalisée sans avoir été préalablement notifiée et autorisée, l'Autorité enjoint aux parties, sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article Lp. 464-2, de notifier l'opération à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. Il est également prévu au même article que l'Autorité « *peut infliger aux personnes auxquelles incombe 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.* »

S'agissant des opérations de commerce de détail, il est prévu au I de l'article Lp. 432-5 qu'une opération notifiable qui a été réalisée sans avoir été préalablement notifiée et autorisée, expose les exploitants mis en cause à une injonction de l'Autorité, sous astreinte et dans la limite de 1 000 F CFP par jour et par mètre carré de surface commerciale concernée, de procéder à la notification. L'Autorité peut également « *infliger à l'exploitant auquel incombe la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser 200 000 F CFP par mètre carré de surface commerciale concernée.* »

Pour déterminer le montant 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 :

Dans sa décision n° [2021-DN-01](#) 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, l'Autorité a précisé que le non-respect de l'obligation prévue à l'article Lp. 431-3 du code de commerce constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de toute possibilité de contrôler un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce, quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence.

De façon identique, l'Autorité a rappelé dans la décision n° [2021-DN-02](#) relative au défaut de notification de l'opération de commerce de détail concernant le supermarché « Casino Port Plaisance » à Nouméa, « *qu'un manquement à l'obligation de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail constitue, en tant que tel et quelle que soit l'importance*

des effets anticoncurrentiels de cette opération sur le ou les marchés pertinents concernés, un manquement grave, dès lors qu'il fait obstacle a priori qui incombe à l'Autorité et porte atteinte à l'ordre public économique » (point 39)

Dans ces deux affaires, l'Autorité a donc souligné, en accord avec une jurisprudence classique de l'autorité métropolitaine de la concurrence, que la caractérisation du manquement ne nécessite pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par l'opération non notifiée¹⁷.

En matière de défaut de notification, la gravité de la pratique s'apprécie également au regard de la durée du manquement.

Dans la décision n° [2021-DN-01](#), l'Autorité a rappelé que la pratique décisionnelle appréciait cette durée en tenant compte du point de départ de l'infraction et de la date de régularisation de la situation. En l'espèce, la durée de l'infraction était de deux ans, huit mois et quatorze jours et constituait une période longue que l'Autorité a considéré comme une circonstance aggravante.

A contrario, l'Autorité a relevé dans la décision n° [2021-DN-02](#) que la durée de l'infraction était relativement courte, ayant duré 6 mois et 4 jours, tout en constatant que cette durée limitée résultait en réalité de l'intervention du service d'instruction pour mettre en demeure l'exploitant de régulariser la situation et non de la dénonciation spontanée du manquement par l'entreprise concernée.

C La coopération des entreprises :

Dans chacune de ces deux décisions, l'Autorité a rappelé que la suspension de la réalisation d'une opération de concentration ou de commerce de détail à une décision d'autorisation est une garantie essentielle de l'effectivité du contrôle qui incite notamment les parties à fournir à l'Autorité, dans des délais contraints, toutes les informations requises par le service d'instruction afin d'obtenir une décision d'autorisation et de pouvoir réaliser l'opération. Cette incitation disparaît de façon évidente lorsque les entreprises concernées ont déjà réalisé l'opération puisque leur éventuel manque de diligence ne contraint aucunement la réalisation de l'opération de concentration ou de commerce de détail.

La pratique décisionnelle retient toutefois la diligence des entreprises concernées pour répondre aux demandes d'information du service d'instruction tant à l'occasion de la procédure de notification de l'opération de concentration *a posteriori* qu'à l'occasion de la procédure liée au défaut de notification constitue une circonstance atténuante à prendre en considération avant de procéder à la détermination des sanctions du défaut de notification préalable à la réalisation de l'opération.

Dans sa décision n° [2021-DN-02](#), l'Autorité a ainsi estimé que la diligence de l'exploitant pour répondre aux demandes d'information du service d'instruction, tant à l'occasion de la procédure de notification de l'opération de commerce de détail *a posteriori*, qu'à l'occasion de la procédure liée au défaut de notification, méritait d'être prise en considération.

Dans sa décision n° [2021-DN-01](#), l'Autorité a considéré que, malgré une certaine lenteur pour régulariser la situation, le fait que le groupe Enercal ait pris l'initiative de dénoncer lui-même

¹⁷ Voir Adlc, décisions n° 12-D-12 et 13-D-22 (concentrations) et n° 12-D-12 du 11 mai 2012 et n°13-D-22 du 20 décembre 2013 (commerces de détail).

l'absence de notification préalable à la réalisation de l'opération auprès de l'Autorité constituait une circonstance atténuante à prendre en considération dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire susceptible de lui être infligée.

En revanche, dans cette même décision, l'Autorité a déploré que la société Promosud n'ait entamé que tardivement ses démarches auprès de l'Autorité (point 82 et suivants).

C Le dommage à l'économie :

Les décisions n° [2021-DN-01](#) et [2021-DN-02](#) ont trait à des défauts de notification mais les opérations litigieuses ont néanmoins été notifiées et instruites par l'Autorité, dans le cadre respectivement de la décision n° [2020-DCC-07](#) du 9 juillet 2020 et de la décision n° [2021-DEC-02](#) du 28 janvier 2021.

Il ressort de ces deux décisions d'autorisation que les opérations envisagées n'étaient pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

L'Autorité a donc pu regarder l'absence de dommage causé à l'économie comme une circonstance atténuante à prendre en considération au regard du défaut de notification reproché dans chacune des deux affaires.

C 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° [2021-DN-01](#), l'Autorité a pris en considération les difficultés de trésorerie soulignées dans ses observations par la société Enercal et confirmées par les observations du commissaire du gouvernement. La société Promosud faisait également état de ses difficultés financières, aggravées par la pandémie sanitaire de la COVID-19 et corroborées par le commissaire du gouvernement.

La société mise en cause dans la décision n° [2021-DN-02](#), appartenait au groupe GBH et n'éprouvait pas de telles difficultés : l'Autorité a constaté qu'elle bénéficiait d'une situation financière saine lui permettant de supporter, le cas échéant, la sanction pécuniaire maximale encourue.

C Le calcul du montant des sanctions :

S'agissant des premières décisions de défaut de notification prononcées par l'Autorité, l'une en matière d'opération de concentration, l'autre en matière d'opération de commerce de détail, le montant des sanctions a été évalué attentivement dans les deux affaires précitées, en fonction des circonstances atténuantes et aggravantes propres à chacune des parties mises en cause.

Dans sa décision n° [2021-DN-01](#), l'Autorité a infligé à la société Enercal, en tant qu'auteur de la pratique et en sa qualité de société-mère de la société EEN, une sanction pécuniaire correspondant à 1,3 % du montant maximal de la sanction encourue, soit 0,067 de son chiffre d'affaires consolidé.

Dans cette même décision, l'Autorité a infligé à la société Promosud, en tant que co-auteure, une sanction pécuniaire correspondant à 2,1 % de la sanction encourue, soit 0,1 % de son chiffre d'affaires consolidé.

En revanche, dans la décision n° [2021-DN-02](#), l'Autorité a infligé à la société SSP, en tant qu'auteure, une sanction pécuniaire correspondant à 87,5 % du montant maximal de la sanction encourue, qui représente une année du résultat net de la société SSP et 0,035 % du chiffre d'affaires du groupe GBH auquel elle appartient.

Ainsi, les sanctions prononcées par l'Autorité en matière de défaut de notification s'inscrivent dans des proportions identiques à celles infligées par l'autorité métropolitaine de la concurrence pour les mêmes infractions.

Les décisions contentieuses en matière de pratiques commerciales restrictives

En 2021, l'Autorité a adoptée cinq décisions de sanction en matière de pratiques commerciales restrictives, ayant pour objet le non-respect des délais de paiement entre professionnels, le non-respect des règles de facturation entre professionnels et le défaut de transparence dans les relations commerciales.

A. Compétence de l'Autorité

Le législateur calédonien a confié à l'Autorité la mission de contrôler les pratiques commerciales restrictives afin **de garantir la transparence et la sécurité juridique dans les relations commerciales des entreprises calédoniennes.**

Le contrôle de l'Autorité est donc un **contrôle objectif**, qui s'attache à sanctionner, au moyen de sanctions de nature pécuniaire et non-pécuniaire, des comportements contraires à la réglementation calédonienne, **sans qu'il soit besoin de caractériser un effet de la pratique en cause sur le marché.**

Ce contrôle 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.

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, etc.) ;
- Les pratiques restrictives de concurrence (refus de vente injustifié, revente à perte, déséquilibre significatif, avantage sans contrepartie, etc.) ;
- Les règles relatives aux délais de paiement entre professionnels.

Ce contentieux connaît des **règles procédurales spécifiques.**

En effet, L'article Lp. 444-2 précise 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.

Parallèlement à ce contrôle, l'Autorité peut, par l'intermédiaire de son président, introduire une action devant la juridiction civile ou commerciale si elle justifie d'un intérêt, et lorsqu'elle constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée à l'article Lp. 442-6 du Code de commerce, d'après le III du même article. Si cette procédure n'a pas encore fait l'objet de décisions en Nouvelle-Calédonie, elle fait désormais l'objet d'un contentieux fourni en métropole¹⁸.

¹⁸ Voir les arrêts n° [12/14513](#) du 25 novembre 2015 de la Cour d'appel de Paris dite « Affaire Darty », n° [S14-11.384](#) du 27 mai 2015 de la Cour de cassation dite « Affaire Leclerc Novelli », n° [14-10.907](#) du 3 mars 2015 de la Cour de cassation dite « Affaire Provera (enseigne Cora) ».

En 2021, l'Autorité a orienté son activité sur deux axes : le contrôle du respect de la législation en matière de délais de paiement, d'une part (1), et le contrôle du respect de la législation relative à la transparence des relations commerciales, d'autre part (2).

1. Le contrôle du respect des délais de paiement entre professionnels

a. Sur le droit applicable en Nouvelle-Calédonie

La législation calédonienne en matière de délais de paiement s'articule autour de trois articles du code de commerce. En premier lieu, l'article Lp. 443-1 s'attache à définir le délai de paiement, comme le 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.

En deuxième lieu, l'article Lp. 443-2, en son premier alinéa, fixe le délai légal de droit commun au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation. Il prévoit par ailleurs, dans son deuxième et troisième alinéa, des délais de paiement spéciaux pour les produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement (alinéa 2) et lorsque les délais de paiement ont fait l'objet d'un accord interprofessionnel par les acteurs économiques et ont été approuvés par le gouvernement par arrêté (alinéa 3).

En troisième lieu, l'article Lp. 443-3 fixe la sanction encourue par une personne ne respectant pas les délais de paiement fixés par les deux articles susmentionnés, de 1 000 000 F.CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F.CFP pour une personne morale.

Ces dispositions ont pour objet de protéger les fournisseurs contre d'éventuels délais de paiement excessifs qui pourraient mettre en péril leur trésorerie.

Contrairement à la législation métropolitaine, en l'état du droit, il n'est pas possible en Nouvelle-Calédonie, de déroger aux délais maxima légaux par voie contractuelle, sauf dans le cadre d'un accord interprofessionnel approuvé par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Actuellement, aucun accord interprofessionnel de ce type n'a été conclu ni approuvé.

En 2021, l'Autorité s'est prononcée à deux reprises dans des affaires relatives au non-respect de cette législation.

Décision n° [2021-PCR-01](#) du 29 juillet 2021 relative à des pratiques de la société Nickel Mining Company SAS en matière de délais de paiement

Décision n° [2021-PCR-05](#) du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie en matière de pratiques commerciales restrictives

Dans sa décision n° [2021-PCR-01](#), l'Autorité a constaté que la société Nickel Mining Company (NMC), active dans le secteur minier, pratiquait des délais de paiement compris entre 29 et 120 jours sur un échantillon de ses principaux fournisseurs pris entre 2019 et 2021, pour un délai de règlement moyen de 63 jours entre 2017 et 2020.

Dans sa décision n° [2021-PCR-05](#), l'Autorité a constaté que la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC) mentionnait, dans ses conditions générales d'achat, un délai de paiement des fournisseurs à 120 jours fin de mois, en contradiction totale avec l'article Lp. 443-2 du code de commerce. Concernant les factures émises à l'égard des clients, les CGA

mentionnaient des délais disparates (30 jours fin de mois, 30 jours fin de mois le 15, 40 jours fin de mois le 10, 40 jours fin de mois le 15).

Dans ces deux affaires, la partie mise en cause contestait la pertinence du cadre légal en vigueur en raison de difficultés pratiques.

Dans ces deux décisions, l’Autorité a rappelé que le cadre légal actuel autorise déjà les entreprises d’un même secteur à prévoir des conditions de règlement dérogatoire au délai légal de 30 jours, dans le cadre d’un accord interprofessionnel approuvé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, si les spécificités du secteur le justifient, comme le prévoit l’article Lp. 443-2 al. 3. Or, dans ces deux secteurs, aucun accord interprofessionnel pour allonger les délais de paiement n’a été conclu.

Enfin, l’Autorité a constaté que le projet de loi du pays visant à autoriser les entreprises à déroger au délai de 30 jours par voie contractuelle avait été rejeté de sorte qu’il lui appartient toujours de faire appliquer le droit en vigueur.

b. Sur le point de départ du délai et le mode de computation des factures

Dans sa décision n° [2021-PCR-01](#), l’Autorité a rappelé que le premier alinéa de l’article Lp. 443-2 du code de commerce prévoit explicitement que « *Le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d’exécution de la prestation* » et que l’article Lp. 441-3 du même code énonce que : « *Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de service* ».

En principe, la date d’émission de la facture doit donc être concomitante à la date de livraison du bien ou d’exécution de la prestation et constitue le point de départ de computation du délai de trente jours, visé à l’article Lp. 443-2 du code de commerce, contrairement à la date de réception de la facture qui peut être postérieure.

En l’espèce, s’il l’Autorité a admis que la date d’émission de la facture était susceptible de correspondre à la date de réception de la facture si celle-ci avait été transmise à l’acheteur le jour de la livraison du bien ou de la réalisation de la prestation comme le faisait valoir la société NMC, il ressortait des dix contrats versés au dossier que seuls les contrats avec trois sociétés mentionnant la date d’émission de la facture étaient conformes. En revanche, les sept autres contrats examinés prévoyaient en tout état de cause un point de départ du délai de paiement postérieur à la date de réalisation de la prestation ou de livraison du bien et un délai supérieur à 30 jours.

En outre, dans les faits, les délais de paiement à l’égard de l’une des trois sociétés dont le contrat était conforme, atteignait en pratique 48 jours en moyenne. Le manquement était donc constitué.

De plus, si l’Autorité a également admis que la société NMC ne pouvait pas être tenue pour responsable du paramétrage de l’outil informatique de son fournisseur, elle a néanmoins rappelé qu’il appartient à la société NMC, en tant qu’acheteur, de respecter le délai de paiement légal.

L’Autorité a, par ailleurs, rappelé que **si le respect de procédures internes de vérification des factures des fournisseurs peut constituer une contrainte forte, cette circonstance ne peut justifier le non-respect des règles applicables en matière de délais de paiement** qui restent

obligatoires quels que soient la taille, les contraintes internes et le rôle économique des entreprises concernées.

Enfin, l'Autorité a souligné que les comptes annuels de la société NMC ont confirmé qu'en pratique le délai moyen de règlement de ses fournisseurs, sur la période 2017-2020 était deux fois plus important que le délai légal (63 jours) de sorte que le manquement était constitué.

Dans une autre décision n° [2021-PCR-05](#), l'Autorité a constaté que la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC) mentionnait, dans ses **conditions générales d'achat, un délai de paiement des fournisseurs « à 120 jours fin de mois »**. Concernant les **factures émises** à l'égard des clients, les CGA **mentionnaient des délais disparates supérieur au délai légal maximum** (30 jours fin de mois, 30 jours fin de mois le 15, 40 jours fin de mois le 10, 40 jours fin de mois le 15).

La société GBNC s'est justifiée en faisant valoir que le maintien de la mention d'un délai de paiement de 120 jours fin de mois sauf dispositions contractuelles contraires, était une « *erreur* », qui devait être appréciée au regard du fait qu'elle avait engagé une démarche de mise en conformité depuis juin 2020, laquelle aurait porté ses fruits puisque des documents internes montreraient un règlement de ses fournisseurs en 32 jours en août 2021. Elle a ajouté que la mention de délais disparates et illégaux sur ses factures s'expliquait par des problèmes informatiques liés aux difficultés d'adaptation du logiciel de facturation du groupe aux spécificités du droit calédonien.

L'Autorité a toutefois constaté que la société GBNC avait volontairement établi des conditions générales d'achat manifestement contraires à la réglementation calédonienne et les a maintenues malgré le développement de la pratique décisionnelle de l'Autorité alors que **cette grande entreprise disposait de ressources en termes d'expertise juridique** et de connaissance des textes applicables qui auraient dû la conduire à réviser ses CGA au plus tôt. **L'Autorité a donc écarté l'argument tiré de l'erreur ou de l'oubli d'autant plus qu'en pratique, la société GBNC a effectivement réglé ses fournisseurs dans un délai près de cinq fois supérieur au maximum légal** (147 jours en moyenne en 2020 et 184 jours en moyenne sur les deux années 2019-2020).

L'Autorité a enfin considéré que **la disparité des délais de paiement pratiqués à l'égard de ses clients de la grande et moyenne distribution était susceptible de caractériser un manque d'équité concurrentielle à leur égard**.

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 2021, l'Autorité a eu l'occasion de vérifier la conformité des pratiques avec les articles relatifs aux règles de facturation (a), aux règles liées à l'obligation de conclure une convention unique (b) et à l'obligation de conclure un contrat de marque de distributeur (c).

a. Les mentions obligatoires devant figurer sur les factures

L'article Lp. 441-3 du code de commerce recense les exigences formelles et les mentions obligatoires que les professionnels doivent faire figurer sur les factures.

« 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. »

Décision n° [2021-PCR-02](#) du 29 juillet 2021 relative à des pratiques de la société Gemini en matière de facturation

Décision n° [2021-PCR-05](#) du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie en matière de pratiques commerciales restrictives

Dans sa décision n° [2021-PCR-02](#), l'Autorité a constaté que la société Gemini omettait de faire apparaître de façon systématique des éléments obligatoires devant figurer sur la facture. L'Autorité a notamment relevé **l'absence de la date à laquelle le règlement devait intervenir**, rendant dès lors impossible la vérification du respect des règles relatives aux délais de paiement, mais également l'absence du prix unitaire hors taxe et des conditions d'escompte.

Dans ses observations, la société Gemini a expliqué se trouver dans une situation très spécifique, n'ayant comme seul client, la société Nickel Mining Company (NMC). La société Gemini a reconnu être en infraction à l'article Lp. 441-3 et a démontré s'être mise en conformité dès la réception du procès-verbal.

Dans sa décision, **l'Autorité a considéré que les manquements relevés à l'encontre de la société Gemini ne revêtaient pas un caractère grave et n'avaient causé aucun dommage à son seul client ni de dommage à l'économie**, du fait qu'elle n'avait aucun autre client que la

société NMC ni aucun concurrent à ce jour sur les sites miniers de la société NMC où elle opère. De plus, le fait que les prestations de service de la société Gemini étaient réglées le plus souvent par des « *paiements en avance* » de la part de la société NMC permettait d'écartier le risque de retards de paiement qui résulteraient de l'omission de la date de paiement et du taux de pénalité exigible en cas de retard de paiement.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté que **la société Gemini était une PME, n'ayant pas de service juridique et dont l'activité dépendait exclusivement de sa relation commerciale avec la société NMC.** L'Autorité a souligné sa **pleine coopération** depuis le début de la procédure d'enquête et la mise en conformité des factures dès la notification du procès-verbal d'infraction.

L'Autorité a donc considéré qu'il n'y avait pas lieu de prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Gemini et lui a seulement enjoint de mettre en conformité ses factures.

Dans sa décision n° [2021-PCR-05](#), l'Autorité a retenu, parmi les manquements relevés par le procès-verbal d'infraction à l'encontre de la société Grande Brasserie de la Nouvelle-Calédonie (GBNC), une infraction à l'article Lp. 441-3 du code de commerce, résultant de **l'absence de mention concernant les conditions d'escompte sur les factures.**

Au cours du débat contradictoire, la société GBNC a fait état de son souhait de se mettre en conformité rapidement et a produit, avant la séance devant l'Autorité, des factures conformes à l'article Lp. 441-3 du code de commerce, mentionnant distinctement que la société GBNC de pratiquait pas l'escompte.

L'Autorité a estimé que l'absence de la mention relative aux conditions d'escompte sur les factures de la société GBNC, grand opérateur calédonien disposant d'un fort pouvoir de marché, était une **atteinte grave à la transparence des relations commerciales même si, en l'espèce le manquement était corrélé au fait que la société GBNC n'accordait aucun escompte.**

L'Autorité a néanmoins considéré qu'il s'agissait de la seule mention obligatoire manquante sur les factures de la société GBNC et que celle-ci avait reconnu l'infraction et pris l'initiative de procéder à une mise en conformité.

Par conséquent, elle a prononcé une **sanction pécuniaire d'un montant symbolique** de 1,5 million de F.CFP alors que le montant maximal encouru s'élève à 45 millions de F.CFP.

b. L'obligation de conclure une convention unique

La convention unique formalise le résultat de la négociation commerciale annuelle entre un fournisseur et un distributeur ou prestataire de service. Cette notion et son régime juridique sont détaillés dans l'article Lp. 441-9 du code de commerce dispose, en son I, que :

« I. - Une convention unique conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services fixe :

1° les conditions de l'opération de vente des marchandises, des produits ou des prestations de services, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect des articles Lp. 441-6 et Lp. 441-8 ;

2° les accords de coopération commerciale, tels qu'ils résultent de l'article Lp. 441-7 ;

3° les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services autres que ceux visés aux alinéas précédents ;

4° les conditions dans lesquelles un fournisseur se fait rémunérer par son client en contrepartie de services, tels que prévus à l'article Lp. 441-6 ;
 5° toute autre condition qui pourrait être conclue entre les parties, dans le respect des présentes dispositions. ».

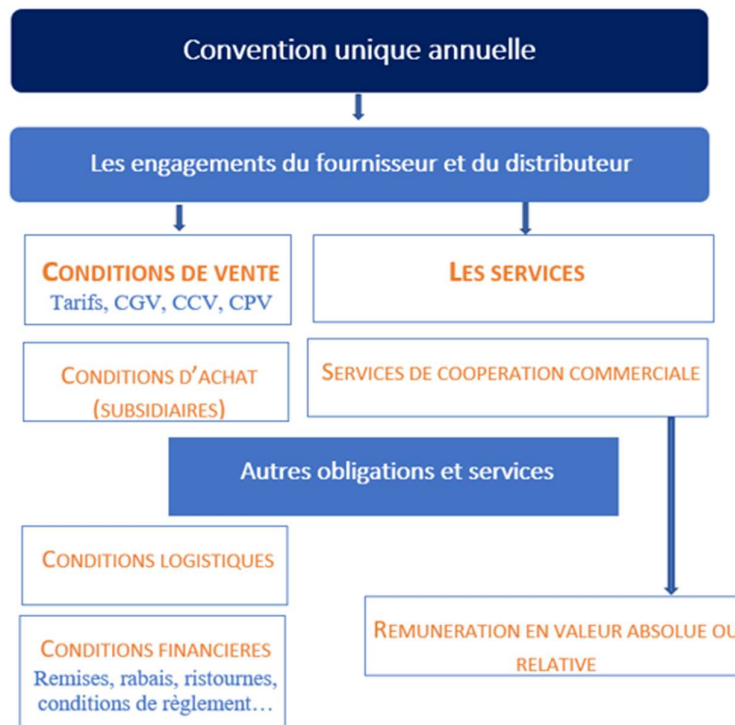
Le II du même article prévoit expressément la date avant laquelle la convention unique doit être signée : « II. – La convention unique est conclue avant le 31 mars de chaque année. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention unique est signée dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande. Les droits et obligations nés de la convention unique ne peuvent avoir de portée rétroactive » (soulignement ajouté).

Enfin, le III du même article mentionne les sanctions encourues en cas d'infraction : « III – Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 8 500 000 F.CFP pour une personne physique et 45 000 000 F.CFP pour une personne morale le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention aux exigences du présent article. ».

Par ailleurs, le VI de l'article Lp. 444-1 du code de commerce fait état de la possibilité pour l'Autorité de recourir à une sanction de publication.

La convention unique annuelle imposée par l'article Lp. 441-9 du code de commerce doit donc permettre de formaliser, dans un seul et même document, le résultat de la négociation commerciale entre les parties.

L'ensemble des éléments de la dégradation tarifaire et en particulier les services de coopération commerciale notamment le contenu et les modalités de leur rémunération, doivent être définis avec précision et récapitulés dans la convention unique, sans qu'il soit besoin de se référer à plusieurs pièces pour comprendre l'intégralité et la réalité de la relation commerciale. Ainsi, la convention unique annuelle peut être schématisée de la manière suivante :



Source : Revue Lamy Concurrences, n°53 septembre 2016

En 2021, l'Autorité a relevé des manquements à l'article Lp.441-9 à l'occasion de trois décisions et a considéré que l'impossibilité de justifier le défaut de convention unique entre un fournisseur et un distributeur constitue un manquement grave au formalisme contractuel, qui doit être sanctionné en tant que tel.

Décision n° [2021-PCR-03](#) du 25 août 2021 relative à des pratiques de la SAS Le Riz de Saint-Vincent en matière de transparence commerciale

Décision n° [2021-PCR-04](#) du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la SAS Socalait en matière de transparence commerciale

Décision n° [2021-PCR-05](#) du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie en matière de pratiques commerciales restrictives

Dans sa décision n° [2021-PCR-03](#), l'Autorité a constaté que la société le Riz de Saint-Vincent (ci-après « *la société RSV* »), en situation de monopole sur le secteur de la transformation et de la commercialisation en gros de riz local en Nouvelle-Calédonie, ne concluait pas de convention unique avec chacun de ses quatre principaux clients grossistes, en infraction avec l'article Lp. 441-9 du code de commerce.

La société RSV a contesté les quatre infractions qui lui étaient reprochées, en déclarant que l'obligation de conclure une convention unique ne s'imposait pas à elle car d'une part, elle opérait dans un secteur où le prix du riz était réglementé et que d'autre part, elle ne négociait pas avec ses clients-grossistes au-delà de ses conditions générales de vente (CGV). D'après la société RSV, l'absence de conclusion de conventions uniques avec ses clients grossistes et la mise en œuvre de ses conditions générales et particulières de vente de façon uniforme auprès de chacun d'eux n'ont causé aucun préjudice à ses clients, ni, plus généralement, à l'ordre public économique en Nouvelle-Calédonie.

En réponse, l'Autorité a rappelé que **l'article Lp. 441-9 du code de commerce ne prévoit aucune exception de nature à soustraire la société RSV à ses obligations en matière de transparence des relations commerciales au motif qu'elle opère sur un marché où les prix sont réglementés**. Au contraire, la réglementation locale précise bien que la fixation d'un prix de vente maximal du riz est « *déterminée en valeur absolue et hors remises commerciales* », ce qui autorise la société RSV à accorder, le cas échéant, des remises sur les prix à ses clients.

En outre, la société RSV s'était fondée sur un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) pour affirmer qu'elle n'avait pas à conclure de convention unique avec ses grossistes, dès lors qu'elle ne négociait pas avec ces derniers au-delà des CGV. L'Autorité a rappelé que la CEPC considérait que cette situation correspondait « *le plus souvent, à la vente ponctuelle aux professionnels de produits proposés en libre-service ou en ligne* » et qu'en l'espèce, **la relation commerciale entre la société RSV et ses clients grossistes était établie depuis de nombreuses années, qu'elle était régulière et s'appuyait sur des services rendus par la société RSV devant être négociés, tarifés et mentionnés dans une convention unique**.

Par ailleurs, l'Autorité a souligné **la situation de monopole de la société RSV**, du fait des mesures de régulation de marché sur le riz (quotas d'importation annuels), lui donnant un **pouvoir de marché important sur le marché aval de la commercialisation du riz en Nouvelle-Calédonie** et que cette situation différait largement de la situation métropolitaine prise en considération par la CEPC. **Cette situation de monopole de fait a renforcé la gravité de la pratique en l'espèce**.

Au surplus, l'Autorité a considéré que l'application uniforme des conditions générales et particulières de vente, documents unilatéraux susceptibles d'être modifiés à tout moment par la société RSV, et l'impossibilité pour ses clients de pouvoir en négocier les termes, seraient susceptibles de caractériser un **déséquilibre significatif** au titre de l'article Lp. 442-6 du code de commerce.

Par conséquent, l'Autorité a infligé une amende administrative pour chaque défaut de conclusion d'une convention unique non justifié et a infligé au total, une sanction pécuniaire de 32 millions de F.CFP. Elle a également enjoint à la société RSV de mettre en conformité les quatre conventions qu'elle a signées le 27 avril 2021 et de publier un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*.

Dans sa décision n° [2021-PCR-04](#), l'Autorité a relevé un manquement à l'article Lp. 441-9 du code de commerce, de la part de la société Socalait. Il lui était reproché de n'avoir pas justifié **l'absence de date de signature de la convention unique** avec certains de ses distributeurs, ni **l'absence de formalisation de la convention unique** avec d'autres distributeurs.

S'agissant de l'absence de date de signature, la société Socalait a fourni des éléments tendant à démontrer que les conventions uniques avaient bien été signées par les distributeurs. S'agissant de l'absence de formalisation de la convention unique avec les autres distributeurs, la société Socalait a produit des propositions de contrat transmises aux distributeurs, qui ne les ont pas signées malgré des courriels de relance de sa part. Elle a également fait valoir que son comportement et les conditions commerciales accordées à ses distributeurs ne témoignaient d'aucune pratique abusive de sa part et a proposé de s'engager à conduire une démarche de mise en conformité dès 2022.

S'agissant du manquement au formalisme contractuel imposé par l'article Lp. 441-9 du code de commerce, l'Autorité a été sensible aux justifications de la société Socalait et a considéré que les manquements n'étaient pas graves et n'avaient causé aucun préjudice à l'économie ni aux distributeurs concernés. Elle a donc privilégié une **sanction pédagogique, à travers une injonction de mise en conformité**.

En revanche, **l'Autorité a considéré que l'absence de toute proposition de convention unique avec certains distributeurs en 2020 et en 2021 constituaient des manquements graves aux dispositions de l'article Lp. 441-9 du code de commerce et que la société Socalait n'avait apporté aucune justification pertinente**.

Elle a considéré que **chaque défaut de conclusion d'une convention unique justifiait le prononcé d'une sanction pécuniaire**.

L'Autorité a néanmoins relevé **l'absence de pratique abusive de la part de Socalait, ainsi que l'absence de préjudice à l'économie ou aux distributeurs concernés, par ailleurs coresponsables de la situation**. Elle a donc privilégié le prononcé de **plusieurs sanctions pécuniaires symboliques (une pour chaque défaut de convention unique)**, d'un montant total de 6.1 millions de F.CFP. Elle a également enjoint une **mise en conformité dès 2021** et pour les années suivantes, ainsi qu'une **injonction de publication** dans *Les Nouvelles Calédoniennes* et sur le site Internet socalait.nc pendant un mois.

Dans sa décision n° [2021-PCR-05](#), l'Autorité a constaté que la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC), n'avait pas conclu de convention unique avec certains de ses clients en 2020 et 2021 et, parmi certaines des conventions uniques signées régulièrement,

L'Autorité a constaté le non-respect du formalisme imposé à l'article Lp. 441-9 du code de commerce.

La société GBNC a apporté plusieurs justifications aux pratiques constatées. En premier lieu, s'agissant de la non-signature de convention uniques en 2020 et 2021 avec deux clients, la société GBNC a soulevé le contexte d'impayés auquel elle était confrontée avec ces deux groupes et a démontré qu'elle avait engagé des discussions et continué d'appliquer les tarifs préférentiels des années précédentes.

En second lieu, s'agissant du non-respect du formalisme dans certaines conventions uniques signées avec d'autres clients, la société GBNC a transmis des documents indiquant que la convention unique était régulièrement conclue et a invoqué d'autres justifications, notamment les contraintes liées aux confinements résultants de la pandémie de la COVID-19.

L'Autorité a apporté des réponses distinctes pour ces deux pratiques. D'une part, **s'agissant de l'absence de toute proposition de convention unique de la part de la société GBNC** avec deux de ses clients en 2020 et 2021, l'Autorité a considéré qu'il s'agissait d'un **manquement grave** aux dispositions de l'article Lp. 441-9 du code de commerce et justifiait une sanction pécuniaire. Cependant, malgré l'absence de convention unique, la société GBNC n'avait mis en œuvre **aucune pratique abusive** au détriment de ses distributeurs et ces **deux distributeurs étaient également responsables** du manquement imputé à la société GBNC. L'Autorité a donc privilégié une **sanction pécuniaire d'un montant symbolique** de 4,3 millions de F.CFP.

D'autre part, **s'agissant du non-respect du formalisme dans certaines conventions uniques**, l'Autorité a admis certaines justifications de la société GBNC, mais a confirmé l'insuffisante formalisation des relations contractuelles entre la société GBNC et certains de ses clients. Néanmoins, **l'Autorité a privilégié une sanction pédagogique, à travers une injonction de mise en conformité des conventions uniques, plutôt qu'une sanction punitive de nature pécuniaire.**

c. L'obligation de conclure un contrat de marque de distributeur

L'article Lp. 441-8 du code de commerce dispose que : « *Les conditions dans lesquelles un fournisseur fabrique et/ou commercialise des produits à destination exclusive (marques de distributeur, premiers prix, marques propres, etc) de l'un de ses clients distributeurs, doivent être reprises dans un contrat rédigé en double exemplaire par chacune des deux parties.*

(...)

Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu une convention satisfaisant aux exigences du présent article 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 ».

Décision n° [2021-PCR-05](#) du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie en matière de pratiques commerciales restrictives

Dans sa décision n° [2021-PCR-05](#), l'Autorité a constaté que la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC), n'avait pas conclu de contrat de marque de distributeur pour la production de produits de marque Leader Price, contrairement aux dispositions de l'article Lp. 441-8 du code de commerce.

En guise de justification, la société GBNC a démontré que le contrat qui la liait depuis 2006 à l'enseigne Leader Price NC avait été rompu en 2019 à l'initiative de cette dernière, celle-ci ayant fait le choix de maintenir un partenariat en dehors de tout contrat.

En réponse, **l'Autorité a considéré que la société GBNC ne pouvait se voir imputer ce manquement que de manière très résiduelle.** D'une part, l'Autorité a en effet constaté que la société GBNC avait hérité de relations contractuelles établies en 2006 entre la SIEM, qu'elle avait racheté en 2018, et son distributeur exclusif Leader Price.

D'autre part, elle a relevé que les contrats conclus en 2006, avant l'entrée en vigueur des dispositions visées par l'article Lp. 441-8 du code de commerce, avaient été rompus à l'initiative du distributeur en 2019, alors qu'il aurait été opportun qu'il proposât un nouveau contrat conforme au code de commerce, le distributeur étant le seul à pouvoir définir le cahier des charges des produits exclusifs qu'il fait fabriquer par le producteur.

Enfin, **l'Autorité a constaté que ce manquement ne relevait pas d'une pratique abusive de la société GBNC et n'avait manifestement pas porté préjudice à son distributeur. Elle a donc privilégié une sanction pédagogique, à travers une injonction de mise en conformité.**

B. La 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.

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.

Le procès-verbal dressé par l'agent assermenté « fait foi jusqu'à preuve du contraire »¹⁹ ; l'infraction y étant mentionnée est donc effectivement constituée tant qu'une preuve contraire n'est pas apportée. 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.**

Par exemple, dans la décision n° [2021-PCR-05](#), la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC), pour justifier qu'elle respectait certaines formalités liées aux conventions uniques conclues avec ses clients, a transmis des documents démontrant le respect de ces formalités.

¹⁹ 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.

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.

Le service d'instruction, où à défaut, 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 pour déterminer le montant des éventuelles sanctions. Les parties sont également invitées à répondre à la présentation du dossier par les services de l'Autorité et aux questions éventuelles des membres du collège en séance.

Par exemple, toujours dans la décision n° [2021-PCR-05](#), l'Autorité a considéré que certains des documents transmis par la société GBNC étaient suffisamment probants pour que soient abandonnés certains manquements relatifs au non-respect du formalisme dans certaines conventions uniques passées avec ses clients. La société GBNC a néanmoins été sanctionnée pour d'autres manquements (voir *supra*).

L'Autorité rend ensuite 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 2021, toutes les décisions ont été rendues de façon collégiale.

C. Les 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. Les sanctions de nature pécuniaire

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 du code de commerce :

« 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 tenant 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 ses décisions n° [2021-PCR-01](#) et n° [2021-PCR-05](#) relatives à des **infractions en matière de délais de paiement**, l'Autorité a souligné qu'il s'agissait **nécessairement de pratiques graves, car elles fragilisent la situation financière des fournisseurs et contiennent en elles-mêmes un risque de contagion à d'autres opérateurs économiques** et ce d'autant plus si les retards constatés sont importants.

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-crédancier constitue un facteur aggravant.**

En 2021, ce facteur aggravant n'a été retenu à l'encontre d'aucune des deux 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 ou non de grandes entreprises calédoniennes, soumises à un devoir d'exemplarité.**

De même, dans ses décisions n° [2021-PCR-03](#), n° [2021-PCR-04](#) et n° [2021-PCR-05](#) relatives à l'impossibilité de justifier **le défaut de convention unique** entre un fournisseur et un distributeur, l'Autorité a souligné que ces infractions constituaient un **manquement grave au formalisme contractuel** imposé à l'article Lp. 441-9 du code de commerce.

A l'inverse, l'Autorité a constaté dans sa décision n° [2021-PCR-02](#) que **le manquement relevé à l'encontre de la société Gemini concernant les factures adressées à son seul client**, la société NMC, **ne revêtait pas un caractère grave**, puisqu'elle n'avait qu'un seul client et qu'elle n'avait aucun concurrent à ce jour sur les sites miniers de la société NMC où elle opère. Dès lors, le risque d'atteinte à une concurrence saine et loyale a pu être écarté.

Sur le dommage à l'économie :

Si le contentieux des pratiques commerciales restrictives est un contentieux objectif et que le non-respect de la réglementation suffit à mettre en œuvre la sanction, l'Autorité peut

analyser quand même le dommage à l'économie, comme une variable pouvant influencer sur le montant de l'amende. Le dommage à l'économie s'apprécie au regard de la **durée et de l'envergure de la pratique**.

Par exemple, dans sa décision n° [2021-PCR-01](#), l'Autorité a considéré que le dommage à l'économie résultant des retards de paiements de la société NMC était nécessairement important du fait de la place de la société NMC dans le paysage minier calédonien et de la gravité de pratiques de délais de paiement anormalement longs, à l'origine de tensions sur la trésorerie et le besoin en fonds de roulement des fournisseurs. En effet, les retards de paiement sont de potentiels facteurs de défaillance d'entreprises et peuvent être à l'origine de distorsions de concurrence entre les fournisseurs.

En l'espèce, le règlement des sommes dues était compris entre 29 et 120 jours sur les périodes examinées, l'envergure de la pratique était donc importante et de nature à faire subir un dommage conséquent à l'économie.

A contrario, le dommage à l'économie a été jugé moindre dans la décision n° [2021-PCR-02](#) (voir *supra*).

C 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 mais peut être pris en considération en atténuation de la sanction**. Ainsi, dans la décision n° [2021-PCR-01](#) l'Autorité a estimé que cette circonstance était susceptible de justifier une réduction de 10 % du montant de la sanction encourue par la société NMC.

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**. Toujours dans la décision n° [2021-PCR-01](#), 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.

De même, dans la décision n° [2021-PCR-04](#), l'Autorité a pris en compte à la fois la situation financière fragile de la société Socalait et sa volonté de s'inscrire durablement dans une démarche de mise en conformité, pour prononcer des sanctions de nature pécuniaire symboliques.

2. La 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).

En 2021, l'Autorité a donc prononcé quatre sanctions de publication, dans les décisions n° [2021-PCR-02](#), n° [2021-PCR-03](#), n° [2021-PCR-04](#) et n° [2021-PCR-05](#), imposant dans tous les cas une publication d'un communiqué portant extrait de la décision dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* et également dans certains cas, sur le site internet de l'entreprise.

3. L'injonction de mise en conformité

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, même dans les cas où l'entreprise mise en cause s'était engagée dans une démarche de mise en conformité, les documents contractuels n'étaient pas en parfaite conformité avec la réglementation en vigueur, l'Autorité a assorti aux sanctions pécuniaires et aux sanctions de publication des injonctions de mise en conformité, dans chaque décision en 2021 rendue en matière de pratiques commerciales restrictives.

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 2021, l'Autorité n'a adopté qu'une seule décision en matière de contrôle des opérations de concentration. Cette opération concernait les secteurs du médicament et du matériel médical. Cette réduction importante du nombre d'opérations contrôlées par l'Autorité par rapport à l'année 2020 s'explique probablement par un ralentissement des projets d'investissement dû à la pandémie du Covid-19 et aux incertitudes institutionnelles liées à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie.

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 rentrent 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.

La décision prise par l'Autorité en 2021 vient à son tour préciser les contours de la notion de concentration.

Opération consistant en l'acquisition d'actifs

Décision n° 2021-DCC-01 du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

D'après l'article Lp. 431-1 du code de commerce, 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* ».

Dans sa décision n° 2021-DCC-01, l'Autorité a eu l'occasion d'examiner la prise de contrôle exclusif de la société Médical Equipement par la société Handipharma. L'opération a été mise en œuvre par la cession de la totalité des parts sociales composant le capital social de la société Médical Equipement à la société Handipharma, le 6 décembre 2019.

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 une analyse du marché, elle a autorisé l'acquisition des parts sociales de la société Médical Equipement.

2. Les seuils de contrôle applicables en 2021

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.

Depuis le 30 janvier 2020, date de l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2020-2 *de soutien à la croissance de l'économie calédonienne*²⁰, 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 F.CFP (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 F.CPF en Nouvelle-Calédonie (nouvelle condition).

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.

Cependant, pour contrôler une opération de concentration, l'Autorité applique les dispositions applicables à la date de réalisation l'opération.

Décision n° 2021-DCC-01 du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans sa décision n° 2021-DCC-01, l'Autorité a eu l'occasion de rappeler ce principe. En l'espèce, l'opération ayant été réalisée le 6 décembre 2019, la loi du pays n° 2020-2 *de soutien à la croissance de l'économie calédonienne* n'était pas encore entrée en vigueur. L'Autorité a

²⁰ Voir à ce sujet l'avis n° 2019-A-05 du 6 décembre 2019.

donc appliqué les seuils issus des articles Lp. 431-3 et suivants du code de commerce relatifs à la concentration économique en vigueur au 6 décembre 2019²¹.

3. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée

Le 4° du II de l'article Lp. 431-2 du code de commerce fixe les critères à prendre en compte pour calculer le chiffre d'affaires des entreprises concernées par l'opération de concentration et vérifier si les seuils de contrôlabilité d'une opération de concentration sont franchis.

Ainsi, « le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent chapitre résulte de la somme des chiffres d'affaires :

a) de l'entreprise concernée ;

b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement :

i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation ;

ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ;

iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ;

iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise ;

c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c dispose des droits et pouvoirs énumérés au point b) ;

e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées au point a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ; [...] ».

Décision n° [2021-DCC-01](#) du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans cette décision, l'Autorité a considéré que les entreprises concernées étaient :

- La société Handipharma et l'ancienne société Médical Equipement au sens du point a) ainsi que leurs filiales visées au point b) ;
- Leurs sociétés mères au sens du point c) puisque la société OCDP contrôlait la société Handipharma à hauteur de 60 % et que la société Holmersud contrôlait elle-même la société OCDP à hauteur de 58,20 % ;
- Et les filiales détenues par leurs sociétés mères au sens du point d) : à cet égard, la société Holmersud, même si elle ne réalisait aucun chiffre d'affaires elle-même, en tant qu'holding financière, détenait les droits et pouvoirs mentionnés au point b) dans les sociétés SAS Amsud, SC de Saint Vincent, SA NG Holdinf et SAS Hyprocal, de sorte qu'il convenait de prendre en considération le chiffre d'affaires de chacune de ces filiales.

²¹ Point 28 de la décision n° [2020-DCC-01](#).

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. Les exceptions : les cas dans lesquels l'Autorité peut contrôler une opération *a posteriori*

a. *L'examen a posteriori de l'opération en cas d'octroi exceptionnel d'une dérogation pour réaliser la concentration avant la décision définitive de l'Autorité*

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).

Lorsqu'elle est accordée, la dérogation permet donc à l'entreprise de réaliser l'opération de concentration avant même son autorisation définitive par l'Autorité. Cette procédure n'obère pas la possibilité pour l'Autorité d'autoriser l'opération sous réserve d'engagements, voire de refuser l'opération en imposant une remise en l'état antérieur à la dérogation.

Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion de manière irréversible.

Cette procédure, rare et exceptionnelle, n'a jusqu'alors été mise en œuvre qu'une fois, en 2019, dans la décision de l'Autorité 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.

b. *Le contrôle a posteriori d'une opération de concentration non notifiée à l'Autorité*

L'article Lp 431-8 1° du code de commerce 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.

Décision n° 2021-DCC-01 du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans sa décision n° [2021-DCC-01](#), les parties à l'opération de concentration ont réalisé l'opération sans la notifier au préalable à l'Autorité. Le 2 octobre 2020, la Rapporteuse générale de l'Autorité a adressé un courrier à la société Handipharma pour lui demander les raisons pour lesquelles cette prise de contrôle exclusif de la société Médical Equipement n'avait pas été notifiée, en lui enjoignant de procéder à cette notification dans les délais les plus brefs si l'absence de notification n'était pas justifiée.

Le dossier de notification de l'opération a finalement été adressé à l'Autorité le 6 novembre 2020 et déclaré complet le 10 décembre 2020.

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

D'après l'article Lp. 431-8 I° du code de commerce, en cas de défaut de notification par les parties d'une opération de concentration contrôlable, l'Autorité peut leur infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette sanction 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.

Décision n° 2021-DCC-01 du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans sa décision n° [2021-DCC-01](#), l'Autorité a autorisé, *a posteriori*, la prise de contrôle exclusif d'Handipharma, sous réserve d'engagements.

Le défaut de notification est, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique, en ce qu'elle prive l'Autorité chargée du contrôle de la possibilité d'examiner les effets potentiellement anticoncurrentiels de l'opération. En l'espèce, l'opération a soulevé des risques anticoncurrentiels qui ont conduit les parties à devoir présenter des engagements devant l'Autorité.

En revanche, certaines circonstances atténuantes peuvent être prises en compte par l'Autorité dans le calcul de la sanction, par exemple lorsque les parties à l'opération ont fait preuve de bonne foi dans leur démarche de régularisation. La sanction du défaut de notification, qui fait la mise en balance entre le dommage à l'économie et les éventuelles circonstances atténuantes, fait l'objet d'une décision n° [2022-DN-01](#) rendue par l'Autorité le 10 janvier 2022.

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 2021.

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.

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.

Décision n° [2021-DCC-01](#) du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans sa décision n° [2021-DCC-01](#), l'Autorité a eu l'occasion de se prononcer, pour la première fois, sur la définition des marchés dans les secteurs du matériel médical et du médicaments en Nouvelle-Calédonie et s'est parfois éloigné de l'analyse retenue en métropole ou en Europe pour tenir compte des spécificités locales dégagées par les tests de marché réalisés par le service d'instruction.

1. Le marché de la fourniture de matériel médical

L'Autorité a segmenté le marché de la fourniture de matériel médical en deux, en distinguant selon que la fourniture de matériel médical était destinée aux professionnels ou aux particuliers.

Le marché de la fourniture de matériel médical aux professionnels

Concernant les marchés de produits, l'Autorité s'est fondée sur la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence métropolitaine et européenne pour distinguer deux marchés : d'une part, le marché de la fourniture de matériel médical destiné aux hôpitaux, cliniques et maisons de retraite, et d'autre part, le marché destiné aux pharmacies et prestataires de santé à domicile²².

Cette segmentation n'a pas été remise en cause par les parties.

Par ailleurs, l'Autorité s'est écartée de la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence métropolitaine et européenne, qui renaient l'existence d'autant de marchés distincts que de types de produits.

En effet, la partie notifiante a estimé qu'il y avait lieu de segmenter le marché de la fourniture de matériel médical (hors matériel de traitement ou d'assistance respiratoire) en fonction de la technicité d'installation du matériel. Or, cette analyse ayant globalement été confirmée lors du test de marché réalisé au cours de l'instruction, l'Autorité a analysé l'impact concurrentiel de l'opération sur :

- Le marché de la fourniture de produits technologiques et d'équipements lourds aux hôpitaux, cliniques et maisons de retraite qui consistent en du matériel médical nécessitant l'intervention de techniciens spécialisés lors de l'installation (comme les scanners, les appareils de dialyse, des lits d'hôpitaux) ainsi que des équipements techniques spécifiques et ponctuels (comme des palans pour lever les personnes à mobilité réduite) ;
- Le marché de la fourniture de matériel médical à domicile aux hôpitaux, cliniques et maisons de retraite qui consiste en du matériel médical permettant de combler de nombreux handicaps, en facilitant les déplacements, la communication et les gestes du quotidien et ne nécessite pas l'intervention d'un technicien (comme notamment les lits médicalisés, les fauteuils roulants, les déambulateurs, les béquilles, etc.) ;
- Le marché de la fourniture de dispositifs médicaux consommables aux hôpitaux, cliniques et maisons de retraite qui comprennent les petits matériels médicaux et les consommables (tels que les orthèses, les bas de contention, les couches, les alèses, les gants d'examen, etc.) ;
- Le marché de la fourniture de matériel médical de maintien à domicile aux pharmacies et prestataires de santé à domicile ;
- Et le marché de la fourniture de dispositifs médicaux consommables aux pharmacies et prestataires de santé à domicile.

²² Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [13-DCC-164](#) du 21 novembre 2013 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Almayva Santé par UI Gestion et la société GIMV.

L'Autorité a ajouté qu'en tout état de cause, la question de la délimitation exacte des marchés de la fourniture de matériel médical aux professionnels peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées.

Concernant la délimitation géographique du marché de la fourniture du matériel médical aux particuliers, l'Autorité a confirmé la proposition de la partie notifiante de retenir une dimension géographique correspondant au territoire de la Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où les opérateurs présents sur ce marché fournissent du matériel médical aux particuliers sur tout le territoire.

C Le marché de la fourniture de matériel médical aux particuliers

Concernant les marchés de produits, les tests de marché réalisés par l'Autorité ont confirmé les estimations de la partie notifiante. Cette dernière estimait que le marché de la fourniture de matériel médical aux particuliers pouvait être segmenté entre

- La vente ou la location de matériel médical de maintien à domicile aux particuliers, comprenant le matériel qui permet d'adapter le domicile du patient à son état de santé ;
- Et la vente aux particuliers de dispositifs médicaux consommables comprenant les petits matériels médicaux et les consommables (tels que les orthèses, les bas de contention, les couches, les alèses, les gants d'examen, etc.)

En outre, sous-segmentation plus fine du marché de la fourniture de matériel médical de maintien à domicile aux particuliers entre la vente et la location de ces produits aux clients particuliers n'a pas paru pertinente, d'autant plus que la question d'une délimitation exacte de ce marché peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées.

Concernant la délimitation géographique du marché de la fourniture du matériel médical aux particuliers, l'Autorité a confirmé la proposition de la partie notifiante de retenir une dimension géographique correspondant au territoire de la Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où les opérateurs présents sur ce marché fournissent du matériel médical aux particuliers sur tout le territoire.

2. Les marchés amont de l'approvisionnement

Concernant les marchés de produit, les autorités de la concurrence calédonienne et métropolitaine ont identifié autant de marchés qu'il existe de familles de produits²³. Or, les parties étaient présentes en tant qu'acheteurs ou grossistes-importateurs sur les familles de produits suivantes, qui correspondent aux trois marchés pertinents analysés :

- Les produits technologiques et les équipements lourds ;
- Le matériel médical de maintien à domicile ;
- Et les dispositifs médicaux consommables.

²³ Voir par exemple les décisions de l'Autorité n° [2020-DCC-04](#) du 2 mars 2020 relative à la création d'une entreprise commune entre les sociétés Agridis SARL et Agricenter SARL et les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [10-DCC-86](#) du 4 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aster-Mod par la société Verywear et n° [12-DCC-184](#) du 27 décembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société RP Diffusion par la société Financière de Plouguiel.

L'Autorité a ajouté qu'en tout état de cause, la question de la délimitation exacte des marchés de la fourniture de matériel médical aux professionnels peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées.

Concernant le marché géographique, les tests de marché ont confirmé la proposition de la partie notifiante de retenir un marché amont de l'approvisionnement de dimension mondiale, dans la mesure où les parties s'approvisionnent en grande majorité en matériel médical auprès de fournisseurs français situés en métropole.

3. Les marchés connexes des prestations de services de santé non respiratoires à domicile

Concernant le marché de produits, la pratique décisionnelle calédonienne et métropolitaine a opéré une distinction entre le marché de la fourniture des services de santé respiratoires à domicile d'une part, car ces services exigent la fourniture de services plus importants ainsi que des connaissances médicales plus étendues, et le marché de la fourniture de services de santé non respiratoires à domicile d'autre part²⁴.

La partie notifiante étant la seule, en l'espèce, à être active sur le marché des prestations de service de santé non respiratoires à domicile, l'Autorité a analysé les potentiels effets anticoncurrentiels sur le marché des prestations de services de santé non respiratoires à domicile.

Concernant le marché géographique, l'Autorité a retenu, conformément à sa pratique décisionnelle, un marché géographique des prestations de services de santé respiratoires à domicile correspondant à l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie.

4. Le marché connexe de la répartition pharmaceutique

Concernant le marché de produits, la pratique décisionnelle métropolitaine considère que le marché de la répartition pharmaceutique est un marché distinct. L'autorité de la concurrence métropolitaine a envisagé plusieurs segmentations de ce marché, notamment selon le type de produits, ou selon le canal de distribution, ou encore selon le type de médicaments²⁵.

L'Autorité a laissé la délimitation exacte du marché de la répartition pharmaceutique ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées quelle que soit la définition du marché retenue.

Concernant le marché géographique, l'Autorité a retenu la dimension géographique proposée par la partie notifiante, correspondant au territoire de la Nouvelle-Calédonie.

²⁴ Voir la décision de l'Autorité n° [2019-DCC-08](#) du 23 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Âge d'Or NC par la SARL Aide à Domicile NC et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [12-DCC-123](#) relative à la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air Liquide Santé International.

²⁵ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [15-DCC-113](#) du 25 août 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la société IMJ Finance par la société Atrilux et la lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi [C2008-111](#) du 20 novembre 2008 au conseil de la société Alliance Santé France, relative à une concentration dans le secteur des produits pharmaceutiques.

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, 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.* »²⁶ (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 ;

²⁶ 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° [2021-DCC-01](#) du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans sa décision n° [2021-DCC-01](#), l'Autorité a considéré que l'opération n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux.

L'Autorité a constaté que le groupe Leroux, qui détient la société Handipharma, et la société Médical Equipement sont présent simultanément sur les marchés de la fourniture de matériel médical aux professionnels, que sont, d'une part, les hôpitaux, les cliniques et les maisons de retraite et, d'autre part, les pharmacies et prestataires de santé à domicile.

Cependant, l'Autorité a écarté le risque d'effets horizontaux car le groupe Leroux dispose, à l'issue de l'opération, d'une part de marché comprise entre 5 et 40% et n'est jamais leader sur aucun de ces marchés. Par ailleurs, la part de marché du groupe Leroux reste marginale sur les marchés de l'approvisionnement de dimension mondiale même après réalisation de l'opération (< 1 %).

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 facilement²⁷.

« 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 actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective²⁸ » (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 :

²⁷ Voir les points 507 et suivants des nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations.

²⁸ *Ibid.*

- 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)²⁹.

En 2021, l'Autorité n'a pas été confrontée à cette situation.

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° [2021-DCC-01](#) du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Dans sa décision n° [2021-DCC-01](#), l'Autorité a considéré que l'opération n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux.

En effet, l'Autorité a constaté que le groupe Leroux et la société Médical Equipement sont présents, en aval, sur les marchés de la vente et location de matériel médical aux particuliers via leurs magasins « Santé Conforté » et « Médical Equipement » respectivement et disposent, à l'issue de l'opération, d'une part de marché inférieure à 30%, ce qui l'a amené à écarter de potentiels effets verticaux sur ces marchés.

L'Autorité a également constaté que les parties sont actives en tant que fournisseurs de matériel médical aux pharmacies qui leur font concurrence sur les marchés de la vente et la location de matériel médical aux particuliers.

Cependant, sur l'ensemble des marchés de la fourniture de matériel médical aux pharmacies, l'incrément de part de marché au bénéfice du groupe Leroux du fait de l'opération est très marginal (moins de 4%), de sorte que l'Autorité a écarté le risque de verrouillage du marché de la vente de matériel médical aux particuliers par les intrants.

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

²⁹ 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.

éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.

Décision n° [2021-DCC-01](#) du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

La décision n° [2021-DCC-01](#) a permis à l'Autorité de consolider sa pratique décisionnelle en matière d'analyse des effets congloméraux d'une opération de concentration.

En effet, l'instruction a soulevé des risques d'effets congloméraux sur le marché connexe de la répartition pharmaceutique, sur lequel le groupe Leroux est en situation de duopole avec le groupement des pharmaciens de Nouvelle-Calédonie (GPNC). Les deux entreprises enregistrent respectivement 49 % et 51 % de parts de marché.

Ainsi, l'Autorité a considéré qu'un renforcement de la part de marché de la partie notificante sur les marchés de la fourniture de matériel médical de maintien à domicile et de dispositifs médicaux consommables aux pharmacies et prestataires de santé à domicile pourrait inciter le groupe Leroux à s'appuyer sur sa forte position sur le marché de la répartition pharmaceutique pour effectuer des pratiques anticoncurrentielles.

Parmi ces pratiques que le groupe Leroux aurait pu mettre en œuvre par effet de levier, l'Autorité a identifié la possibilité de pratiquer des ventes ou remises liées auprès des pharmacies pour des prestations sur ces trois marchés, ce qui aurait eu un effet néfaste sur la concurrence.

Pour remédier à cette préoccupation, la partie notificante a proposé trois types d'engagements, soumis au contrôle d'un mandataire indépendant désigné par l'Autorité.

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* »³⁰.

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 rappelé dans

³⁰ Voir les points 351 et suivants des nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, relatives au contrôle des concentrations.

sa décision n° [2021-DCC-01](#) 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.

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 visent à garantir des structures de marchés compétitives. Elles 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.

En 2021, l'Autorité n'a pas accepté ni prononcé de mesures correctives de nature structurelle.

2. Les mesures comportementales

Eu égard à l'objectif de neutralité des mesures correctives, l'Autorité accepte que la partie notifiante propose des remèdes de nature comportementale, s'ils apparaissent, au cas d'espèce, plus appropriés pour compenser certaines atteintes à la concurrence identifiées.

Pour autant, ces remèdes comportementaux doivent être définis de manière à garantir leur efficacité et leur contrôlabilité. Cependant leur efficacité ne doit pas dépendre de la seule diligence et de la bonne foi de la partie notifiante.

Décision n° [2021-DCC-01](#) du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma

Si la décision n° [2021-DCC-01](#) ne comportait pas de remèdes structurels, l'Autorité a néanmoins accepté les mesures correctives de nature comportementale proposées par la partie notifiante.

En effet, pour remédier aux préoccupations de concurrence soulevées lors de l'instruction, la partie notifiante a proposé trois types d'engagements comportementaux d'une durée de cinq ans, éventuellement renouvelables une fois, soumis au contrôle d'un mandataire indépendant désigné par l'Autorité :

- Engagement de séparation des activités de vente des sociétés Unipharma et Médical Equipement vis-à-vis de leur clientèle respective de pharmacies et de prestataires de santé à domicile ;
- Engagement de s'abstenir de proposer ou d'appliquer des avantages commerciaux et non commerciaux de la part de la société OCPD et ses filiales à l'égard de leur clientèle

de pharmacies et de prestataires de santé à domicile liés, lors de la vente de médicaments ou de dispositifs médicaux par Unipharma comme lors de la vente de matériel médical de maintien de médicaments et de dispositifs médicaux ;

- Engagement de la société OCDP et ses filiales de ne pas conditionner la vente de médicaments et/ou de dispositifs médicaux par Unipharma, d'une part, à la vente de matériel médical de maintien à domicile par Médical Equipement, d'autre part, et inversement, à leur clientèle respective de pharmacies et de prestataires de santé à domicile. Unipharma prend également l'engagement de ne pas conditionner la vente de médicaments à la vente de dispositifs médicaux, et inversement, à ses clients pharmaciens et prestataires de santé à domicile.

Pour ce faire, la partie notifiante s'est aussi engagée à ce que les équipes commerciales des sociétés Unipharma et Médical Equipement conduisent de manière indépendante et séparée leur négociation commerciale auprès de leur clientèle respective, et ce, sans partage de données commerciales entre elles. Ces équipes seront en outre sensibilisées à la nécessité de respecter cet engagement en toutes circonstances, sous peine de sanction, par la communication d'un courriel dans un délai de 10 jours à compter de la date d'effet de la présente décision. De plus, la société OCDP et ses filiales s'engagent à communiquer à leurs clients les modalités résultant des Engagements par courriers ou courriels, mis à disposition du mandataire.

Dans sa décision, l'Autorité a considéré que les engagements proposés par la partie notifiante étaient clairs, précis et suffisants pour écarter le risque d'effets congloméraux identifiés et qu'ils ne soulevaient aucun doute quant à leur mise en œuvre.

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 2021, la seule la décision de concentration n° [2021-DCC-01](#) a donné lieu à la désignation d'un mandataire.

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

En 2021, l’Autorité a rendu treize décisions relatives à des opérations dans le secteur du commerce de détail : huit portant sur des commerces spécialisés, dont trois portant sur l’espace de vente caviste et cinq sur les commerces à dominante alimentaire. Deux d’entre elles ont donné lieu à une autorisation sous réserve d’engagements.

A. Le champ d’application du contrôle

Le I de l’article Lp. 432-1 du code de commerce définit les opérations dans le secteur du commerce de détail soumises au régime d’autorisation préalable de l’Autorité 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.
- Le II de l’article Lp. 432-1 du code de commerce que précise également 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).

B. La procédure de contrôle

1. Le principe : le contrôle *a priori* des opérations dans le secteur du commerce de détail

a. La procédure de droit commun

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 2018³¹.

³¹ 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.

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.

En outre, l'Autorité dispose d'un délai pour autoriser (avec ou sans condition) ou refuser l'extension ou l'ouverture demandée, commençant à courir à compter de la réception du dossier complet de notification.

La durée de ce délai varie en fonction de la part de marché de l'exploitant :

- Dans le cas où la **part de marché de l'exploitant est inférieure à 25%** dans la zone de chalandise concernée, la notification est éligible à un dossier simplifié, l'Autorité devra rendre sa décision dans un **délai de 25 jours ouvrés à compter de la réception du dossier complet de notification** ;
- Dans le cas où la **part de marché de l'exploitant est supérieure à 25%** dans la zone de chalandise concernée, la notification est éligible à un dossier simplifié, l'Autorité devra rendre sa décision dans un **délai maximal de 40 jours ouvrés à compter de la réception du dossier complet de notification**.

A l'issue de ce délai, l'Autorité se prononce sur l'opération et a le choix entre plusieurs décisions selon les cas de figure :

- L'Autorité peut décider que l'opération n'est pas contrôlable, dans ce cas les parties peuvent effectuer l'opération ;
- L'Autorité peut ne pas prendre de décision dans le délai imparti, dans ce cas l'autorisation de l'opération est tacite ;
- L'Autorité peut autoriser l'opération de concentration, de façon inconditionnelle ou avec engagements ;
- L'Autorité peut décider d'ouvrir un **examen approfondi**. Dans ce cas, l'Autorité dispose d'un **délai maximal de 100 jours ouvrés** pour se prononcer sur l'autorisation (avec ou sans engagement) de l'opération ou son interdiction.

b. La procédure spéciale et temporaire de notification simplifiée pour la mise en conformité avec la réglementation de la Province Sud relative à la vente d'alcool

La délibération n° 13-2020/APS du 7 mai 2020 modifiant le code des débits de boissons a imposé l'obligation aux établissements de 3^e et 5^e classes en Province Sud de créer des espaces de vente dédiés aux boissons alcooliques et fermentées. Ces établissements disposaient d'un délai fixé au 1^{er} juin 2021 pour se mettre en conformité avec cette réglementation. Ce délai a ensuite été reporté au 1^{er} novembre 2021.

La mise en place d'espaces de vente dédiés aux boissons alcooliques et fermentées au sein des grandes surfaces alimentaires (ci-après les « GSA ») pouvant, le cas échéant, se traduire par une extension des surfaces commerciales existantes ou par l'ouverture de nouvelles surfaces commerciales susceptibles de franchir les seuils de notification énoncés à l'article Lp. 432-1 du code de commerce, l'Autorité a considéré que ce texte comportait des conséquences directes au regard des obligations de notification visées par ce même article.

Dans une volonté de simplifier les formalités imposées aux entreprises concernées, l'Autorité a proposé, dans un communiqué de procédure n° [2020-01](#) du 30 décembre 2020 d'instaurer un dispositif temporaire de notification simplifiée par voie dématérialisée jusqu'au 26 mars 2021.

Ce dispositif permet à chaque entreprise concernée de soumettre un dossier de notification allégé et unique relatif à l'ensemble de ses projets d'extension de surface commerciale ou d'ouverture de magasins qui seraient entrepris exclusivement dans une démarche de mise en conformité avec la délibération n° 13-2020/APS du 7 mai 2020.

Le but de ce dispositif temporaire était d'éviter que les entreprises, qui disposent de plusieurs magasins, notifient à l'Autorité chaque création ou extension des espaces de vente dédiés aux boissons alcooliques et fermentées par le biais de la procédure de droit commun.

Ce dispositif a donné lieu à trois décisions de l'Autorité, autorisant sans engagement les ouvertures ou extension des espaces de vente dédiés aux boissons alcooliques et fermentées.

Décision n° [2021-DEC-05](#) du 30 avril 2021 relative à l'extension des surfaces de vente de deux supermarchés à l'enseigne « Leader Price » et « Casino » situés sur la commune de Nouméa

Décision n° [2021-DEC-06](#) du 10 mai 2021 relative à l'extension de 90.8 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « Discount » situé sur la commune de Nouméa

Décision n° [2021-DEC-07](#) du 21 mai 2021 relative à l'extension de 75.77 m² de la surface du magasin sous l'enseigne « Leader Price » situé au sein du centre commercial « Plaza Apogoti » sur la commune de Dumbéa

Les exceptions : les cas dans lesquels l'Autorité peut contrôler *a posteriori* des opérations dans le secteur du commerce de détail

c. L'examen a posteriori de l'opération en cas d'octroi exceptionnel d'une dérogation pour réaliser la concentration avant la décision définitive de l'Autorité

En principe, les notifications d'opérations de commerce de détail sont à effet suspensif, ce qui signifie que les opérations ne peuvent être réalisées qu'après l'intervention de la décision d'autorisation de l'Autorité.

Ainsi, la première exception au contrôle *a priori* des opérations dans le secteur du commerce de détail concerne la demande de dérogation pour réaliser l'opération avant la décision définitive de l'Autorité, prévue par le **VI de l'article Lp. 432-2 du code de commerce**, qui dispose qu' : « *En cas de nécessité particulière dûment motivée, l'exploitant ayant procédé à la notification peut demander une dérogation lui permettant 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.* » (Soulignement ajouté).

Ce dispositif est également une exception à l'effet suspensif des opérations de commerce de détail.

L'Autorité s'est inspirée de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence métropolitaine³² et européenne³³ en matière de contrôle des concentrations pour apprécier dans quel cadre une telle dérogation peut être accordée à une entreprise. Elle en a conclu que ce dispositif pouvait être appliqué dans deux cas principaux.

D'une part, la dérogation peut permettre à l'entreprise acquéreuse de formuler une offre de reprise inconditionnelle, parfois exigée par le tribunal de commerce pour que leur offre soit recevable.

D'autre part, l'Autorité peut accorder la dérogation lorsqu'il est démontré que le retard dans la réalisation de l'opération de concentration concernée risque d'avoir des effets spécifiques et particulièrement dommageables, allant au-delà des seules conséquences habituelles du délai de traitement d'une notification d'opération et impactant également des tiers, en ce que le retard dans la réalisation de l'opération entraînerait des incertitudes et retards pour les clients, les fournisseurs et partenaires de la cible pour l'opération de concentration.

Décision n° [2021-DEC-10](#) du 19 novembre 2021 relative à la demande de dérogation à l'effet suspensif du contrôle d'une opération de commerce de détail consistant en l'acquisition par le groupe Aline du fonds de commerce du magasin sous l'enseigne « Supermarché Tran Duc » à Boulouparis

En l'espèce, le groupe Aline a demandé à l'Autorité une dérogation pour reprise anticipée du fonds de commerce exploité par la SARL Angel à partir du 1^{er} décembre 2021 sans attendre la décision de l'Autorité afin d'assurer la pérennité du magasin en situation de cessation de paiement, en attendant la décision finale de l'Autorité.

L'Autorité a autorisé, à titre dérogatoire, l'acquisition du fonds de commerce par le groupe Aline et l'extension limitée de la surface de vente de ce magasin, avant la décision définitive, sous la condition du respect de trois obligations par le groupe Aline :

- Ne pas procéder à une extension de la surface de vente supérieure à 25 m² ;
- Ne pas procéder au changement de l'enseigne actuelle au profit de l'enseigne « *Express Boulouparis* » ;
- Ne pas acquérir le bien immobilier dont la SARL Angel est actuellement locataire.

L'Autorité a pris cette décision pour permettre au groupe Aline d'assurer la continuité économique du magasin « Supermarché Tran Duc », dans une situation financière extrêmement fragile, en lui apportant des moyens matériels, financiers et commerciaux indispensables à la poursuite de son activité et à une extension de 25 m² pour se mettre en conformité avec la législation sur la vente d'alcool en Province Sud.

En outre, l'Autorité a rappelé que l'octroi d'une dérogation ne préjugeait en rien du sens de la décision finale, prise à l'issue de l'instruction, « [...] *l'Autorité se réservant le droit d'imposer des remèdes ou d'interdire l'opération en fonction de l'analyse concurrentielle qui sera menée*³⁴. ».

³² Décision n° [2019-DCC-154](#) de l'autorité de la concurrence métropolitaine du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

³³ Décision de la Commission européenne du 11 novembre 2003 sur l'affaire n° [COMP/M.2621 – Seb/Moulinex](#).

³⁴ Point 25 de la décision n° [2021-DEC-10](#) du 19 novembre 2021 relative à la demande de dérogation à l'effet suspensif du contrôle d'une opération de commerce de détail consistant en l'acquisition par le groupe Aline du fonds de commerce du magasin sous l'enseigne « Supermarché Tran Duc » à Boulouparis.

In fine, l'Autorité a autorisé, avec engagements, l'acquisition par le groupe Aline du magasin « Supermarché Tran Duc », dans une décision n° [2021-DEC-13](#) du 30 décembre 2021.

d. Le contrôle a posteriori d'une opération non notifiée à l'Autorité

D'après le premier alinéa du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce, « Si une opération visée à l'article Lp. 432-1 a été réalisée sans être notifiée, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie enjoint à l'exploitant concerné, sous astreinte et dans la limite de 1 000 F CFP par jour et par mètre carré de surface commerciale concernée, de procéder à cette notification. La procédure prévue aux articles Lp. 432-2 à Lp. 432-4 est alors applicable [...]. ».

L'Autorité peut ainsi être amenée à contrôler *a posteriori* une opération dans le commerce de détail si l'opération en cause ne lui a pas été notifiée en amont de sa réalisation. Contrairement à la demande de dérogation, cette procédure ne remet pas en cause l'effet suspensif de la notification, il correspond seulement à la mise en conformité de l'opération au regard du droit de la concurrence dans les meilleurs délais.

En 2021, l'Autorité a été confrontée à un cas de défaut de notification préalable d'une opération d'extension du magasin sous l'enseigne « Casino Plaisance » par son exploitant, la société Supermarché Port-Plaisance (ci-après « SPP »), le 24 juillet 2020. La société SPP, appartenant au Groupe Bernard Hayot, a finalement notifié l'opération d'extension le 23 novembre 2020 après une demande d'information puis une mise en demeure de la part de la rapporteure générale.

Dans sa décision n° [2021-DEC-02](#) du 28 janvier 2021, l'Autorité a autorisé, sans condition, *a posteriori*, l'extension de la surface de vente du supermarché « Casino Port Plaisance » qui passe de 800 à 879,76 m². En effet, l'Autorité a considéré que l'opération en cause ne conduisait pas à porter atteinte à la concurrence en l'espèce, que ce soit par la création ou le renforcement d'une position dominante du groupe GBH ou par le renforcement sensible de sa puissance d'achat sur les marchés concernés.

Par la suite, l'Autorité s'est auto-saisie pour sanctionner le défaut de notification préalable de l'opération d'extension, sanctionnable en vertu du deuxième alinéa du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce. Elle a rendu une décision n° [2021-DN-02](#) du 5 août 2021, infligeant une amende de 14 millions de F.CFP à la société SPP.

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.

1. Les marchés amont de l'approvisionnement

L'Autorité a, en 2021, maintenu sa pratique décisionnelle relative à la délimitation des marchés amont de l'approvisionnement, à la fois pour les produits à dominante alimentaire et les produits non-alimentaires.

Décision n° [2021-DEC-01](#) du 25 janvier 2021 relative à l'ouverture d'un commerce de détail sous l'enseigne « *First Déco* » dans la zone de Ducos à Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-02](#) du 28 janvier 2021 relative à une extension de 79.67 m² de la surface de vente du supermarché à l'enseigne « *Casino Port Plaisance* » situé sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-03](#) du 24 février 2021 relative à l'ouverture d'un commerce de détail sous l'enseigne « *Gifi* » d'une surface de vente de 660 m² situé sur la commune de Dumbéa ;

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « *As de Trèfle* » situé au Quartier Latin à Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-05](#) du 30 avril 2021 relative à l'extension des surfaces de vente de deux supermarchés à l'enseigne « *Leader Price* » et « *Casino* » situés sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-07](#) du 21 mai 2021 relative à l'extension de 75.77 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « *Leader Price* » situé au sein du centre commercial « *Plaza Apogoti* » sur la commune de Dumbéa ;

Décision n° [2021-DEC-08](#) du 1^{er} juin 2021 relative à la mise en exploitation d'un commerce de détail sous l'enseigne « *Thiriet* » d'une surface de 250 m² dans le quartier « *Faubourg Blanchot* » à Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-09](#) du 4 octobre 2021 relative à une extension de 270 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « *Super U* » situé à Rivière-Salée, Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-11](#) du 18 décembre 2021 relative à l'ouverture d'un commerce de détail à dominante alimentaire d'une surface commerciale de 598.5 m² sous l'enseigne « *Leader Price* » situé sur la commune de Koumac ;

Décision n° [2021-DEC-12](#) du 20 décembre 2021 relative à l'extension de 230 m² du magasin sous l'enseigne « *Cheval Distribution* » à Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-13](#) du 29 décembre 2021 (rectifiée) relative à l'acquisition par le groupe Aline du magasin Supermarché Tran Duc situé sur la commune de Boulouparis.

Le marché de produits

Concernant la délimitation des marchés de produits, l'Autorité considère, d'après une pratique décisionnelle constante, que les entreprises de commerce de détail sont présentes sur les marchés de l'approvisionnement. Ces derniers comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients, tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises (par exemple les cafés/hôtels/restaurants).

L'autorité de la concurrence métropolitaine, quant à elle, ne distingue pas dans sa pratique décisionnelle selon le circuit de distribution. Pourtant, elle a relevé à plusieurs reprises qu'il existait des indices sérieux permettant de penser que le marché de l'approvisionnement du

secteur du commerce de détail pourrait constituer un marché autonome des autres circuits de distribution, tout en laissant la question ouverte³⁵.

L'Autorité, ainsi que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, à l'occasion de précédentes opérations³⁶, ont retenu l'existence de marchés répartis selon les familles ou catégories de produits. Il y a donc lieu d'analyser les marchés amont de l'approvisionnement selon les 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 ;
- 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.

Le marché géographique

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.

S'agissant de la délimitation géographique des marchés de l'approvisionnement à dominante alimentaire, l'Autorité a rappelé dans ses décisions n° [2021-DEC-02](#), n° [2021-DEC-05](#), n° [2021-DEC-07](#), n° [2021-DEC-08](#), n° [2021-DEC-09](#) et n° [2021-DEC-11](#) qu'en Nouvelle-Calédonie, si les importations sont courantes, une partie importante de l'approvisionnement des enseignes de distribution de détail à dominante alimentaire provient néanmoins de producteurs et de grossistes locaux. Par conséquent, **les marchés de l'approvisionnement à dominante alimentaire revêtent à la fois une dimension locale et internationale selon la catégorie de produits concernée**. Dans sa décision n° [2021-DEC-13](#), l'Autorité a relevé qu'en l'espèce, le magasin Supermarché Tran Duc s'approvisionnait essentiellement auprès d'acteurs locaux.

S'agissant de la délimitation géographique des marchés de l'approvisionnement pour les produits non-alimentaires, l'Autorité a maintenu sa pratique décisionnelle. Dans ses décisions n° [2021-DEC-01](#), n° [2021-DEC-03](#) et n° [2021-DEC-12](#), l'Autorité a relevé que les marchés de l'approvisionnement en produits d'ameublement, en produits de bazar et décoration et en produits de jardinage, bricolage, aménagements extérieurs et animalerie revêtaient une **dimension internationale**, notamment du fait du recours important à l'importation. Cette pratique décisionnelle correspond au contexte calédonien et s'écarte de

³⁵ Voir en ce sens les avis du Conseil de la concurrence n° [97-A-14](#) du 1^{er} juillet 1997, dans l'opération Carrefour/Cora et n° [98-A-06](#) du 5 mai 1998, dans l'opération Casino Franprix/Leader Price.

³⁶ Voir la 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 et les arrêtés n° 2015-1135/GNC du 30 juillet 2015 relatifs à la création et mise en exploitation par la SARL Super Auteuil, d'un commerce de détail à dominante alimentaire à enseigne Super U d'une surface de vente de 1 557 m² situé à Auteuil, commune de Dumbéa.

la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence métropolitaine, qui retient une dimension nationale, voire européenne pour ces marchés³⁷.

En particulier, en 2021, l'Autorité a eu l'occasion de se prononcer pour la première fois sur la délimitation géographique du marché de l'approvisionnement des produits de livres neufs, de produits de papeterie, de produits électrodomestiques et de produits de maroquinerie, dans une décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « *As de Trèfle* » situé au Quartier Latin à Nouméa. L'Autorité a retenu, en l'espèce, un marché de dimension internationale eu égard au recours important à l'importation de la part de l'entreprise notificante.

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 de la distribution au détail alimentaire et de la distribution au détail d'articles d'ameublement, de bazar et de décoration à l'occasion des décisions rendues en 2021.

En revanche, l'Autorité s'est prononcée en 2021 à deux reprises sur la substituabilité entre les canaux de distribution en ligne et en magasin physique, à propos de la distribution au détail de livres³⁸ et de la distribution au détail d'équipements d'équitation³⁹, ce qui l'a amenée à constater les évolutions dans le développement du commerce en ligne en Nouvelle-Calédonie.

a. Les marchés aval de la distribution au détail à dominante alimentaire

Marché aval de la distribution au détail alimentaire généraliste

Décision n° [2021-DEC-02](#) du 28 janvier 2021 relative à une extension de 79.67 m² de la surface de vente du supermarché à l'enseigne « Casino Port Plaisance » situé sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-05](#) du 30 avril 2021 relative à l'extension des surfaces de vente de deux supermarchés à l'enseigne « Leader Price » et « Casino » situés sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-06](#) du 10 mai 2021 relative à l'extension de 90.8 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « Discount » situé sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-07](#) du 21 mai 2021 relative à l'extension de 75.77 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « Leader Price » situé au sein du centre commercial « Plaza Apogoti » sur la commune de Dumbéa ;

Décision n° [2021-DEC-09](#) du 4 octobre 2021 relative à une extension de 270 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « Super U » situé à Rivière-Salée, Nouméa ;

³⁷ Voir la décision n° [16-DCC-139](#) du 29 août 2016 de l'autorité de la concurrence métropolitaine relative à la prise de contrôle exclusif de dix-huit points de vente sous enseigne But par But International.

³⁸ Voir la décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « *As de Trèfle* » situé au Quartier Latin à Nouméa.

³⁹ Voir la décision n° [2021-DEC-12](#) du 20 décembre 2021 relative à l'extension de 230 m² du magasin sous l'enseigne « Cheval Distribution » à Nouméa.

Décision n° [2021-DEC-11](#) du 18 décembre 2021 relative à l'ouverture d'un commerce de détail à dominante alimentaire d'une surface commerciale de 598.5 m² sous l'enseigne « Leader Price » situé sur la commune de Koumac ;

Décision n° [2021-DEC-13](#) du 29 décembre 2021 (rectifiée) relative à l'acquisition par le groupe Aline du magasin Supermarché Tran Duc situé sur la commune de Boulouparis.

S'agissant de la délimitation du marché de produits, 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 800m², 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 ses décisions n° [2021-DEC-02](#), correspondant à l'extension de la surface de vente d'un supermarché à l'enseigne « Casino Port Plaisance » à Nouméa, n° [2021-DEC-06](#), correspondant à l'extension de la surface de vente d'un supermarché à l'enseigne « Discount » à Nouméa, et dans sa décision n° [2021-DEC-09](#) relative à l'extension de la surface de vente d'un magasin à l'enseigne « Super U » à Nouméa, **l'Autorité a maintenu sa pratique décisionnelle en matière de supermarchés**. Elle a rappelé que l'analyse diffère selon que le magasin cible est un hypermarché ou un supermarché, du fait de la concurrence asymétrique existant entre ces catégories.

Dans sa décision n° [2021-DEC-05](#) relative à l'extension de la surface de vente de deux supermarchés à l'enseigne « Leader Price » et à l'enseigne « Casino », puis dans sa décision n° [2021-DEC-07](#) du 21 mai 2021 relative à l'extension de la surface de vente d'un magasin sous l'enseigne « Leader Price » à Dumbéa, **l'Autorité a qualifié les deux supermarchés à l'enseigne « Leader Price » de maxidiscompteurs**.

S'inspirant de la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence métropolitaine, elle a considéré que les magasins de maxidiscompte et les supermarchés appartenaient au même marché, comprenant les magasins de maxidiscompte et les formes de commerces équivalentes (hypermarchés, supermarchés et magasins populaires), hormis le petit commerce de détail.

Toutefois, **l'Autorité a adapté sa pratique décisionnelle à la localisation du commerce de détail dans sa décision n° [2021-DEC-11](#) relative à l'ouverture d'une surface commerciale sous l'enseigne « Leader Price » à Koumac.**

Outre le fait qu'elle a considéré que le maxidiscompteur était sur le même marché que les autres grandes surfaces alimentaires et que ces deux types de magasins se livraient une concurrence réciproque, **l'Autorité a considéré que le magasin à l'enseigne « Leader Price » serait également en concurrence avec les superettes d'une surface de vente de 120 à 400 m²**, du fait, d'une part, de la taille modeste du magasin à l'enseigne « Leader Price » (598,5 m²) et, d'autre part, des habitudes de consommation en Province Nord, où 58% des achats alimentaires des ménages sont effectués auprès de petits commerces de proximité

De plus, l'analyse concurrentielle a intégré la boutique de la station-service Shell située à Koumac, d'une surface de vente de 240 m² et susceptible d'offrir un service capable de concurrencer le panier de biens proposés par les supermarchés ou les supérettes d'une surface de vente supérieure à 120 m².

Dans sa décision n° [2021-DEC-13](#) relative à l'acquisition d'un magasin Supermarché Tran Duc situé à Boulouparis, l'Autorité a mené une analyse similaire en s'adaptant aux spécificités du commerce de détail en Province Nord. Elle a considéré que les superettes d'une surface de vente de 120 à 400 m² exerçaient une pression concurrentielle sur le magasin cible, et que l'analyse concurrentielle devait non seulement intégrer les supermarchés classiques, mais également les superettes de taille plus modeste.

S'agissant de la délimitation géographique du marché aval de la distribution au détail alimentaire généraliste, les autorités calédonienne et métropolitaine considèrent que le marché est de dimension locale, correspondant à la zone de chalandise du magasin en cause.

S'agissant des **supermarchés et des maxidiscompteurs**, l'Autorité n'a pas modifié sa pratique décisionnelle : l'analyse concurrentielle est menée sur la base d'une zone de chalandise correspondant au marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et des maxidiscompteurs et les formes de commerces équivalentes situés à moins de **15 minutes de déplacement en voiture**. Ce marché géographique a, par exemple, été retenu dans la décision n° [2021-DEC-05](#) « Leader Price » et « Casino » à Nouméa.

La délimitation géographique a cependant été affinée pour les décisions concernant des commerces de détail situés en Province Nord, notamment du fait de l'absence d'hypermarchés et de grands supermarchés, particulièrement dans le Grand Nord.

Dans sa décision n° [2021-DEC-11](#) relative à l'ouverture d'un « Leader Price » à Koumac, l'Autorité a conclu, grâce aux tests de marché et à la consultation publique effectués lors de l'instruction, que la zone de chalandise dépassait largement la zone de 10-15 minutes généralement retenue pour les opérations situées dans le grand Nouméa.

En tenant compte des spécificités du marché de la distribution à dominante alimentaire en province Nord, l'Autorité a conduit son analyse concurrentielle sur deux niveaux de zone de chalandise :

- Une zone dite « primaire », intégrant les supermarchés et les magasins de commerce de détail à dominante alimentaire d'une surface de vente comprise entre 120 et 400 m² correspondant à un trajet de 10 à 15 minutes en voiture autour du magasin cible ;
- Et une zone dite « secondaire », intégrant au surplus tous les supermarchés et commerces de détail à dominante alimentaire à l'exclusion des surfaces de vente comprises entre 120 et 400 m² présents sur la zone du Grand Nord (couvrant les communes de Koumac, Kaala-Gomen, Poum, Ouégoa et Pouebo).

En revanche, dans sa décision n° [2021-DEC-13](#) relative à l'acquisition d'un magasin Supermarché Tran Duc situé à Boulouparis, en Province Sud, l'Autorité n'a pas retenu les deux zones de chalandise proposées par la partie notifiante, qui proposait une zone primaire accessible à moins de 5 minutes et une zone secondaire accessible à moins de 15-20 minutes autour du magasin cible. Elle a ainsi conduit l'analyse concurrentielle uniquement sur la zone de chalandise de 10-15 minutes autour du magasin cible, les tests de marché ayant révélé que cette délimitation géographique correspondait davantage aux habitudes des consommateurs de Boulouparis.

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

Décision n° [2021-DEC-05](#) du 30 avril 2021 relative à l'extension des surfaces de vente de deux supermarchés à l'enseigne « Leader Price » et « Casino » situés sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-06](#) du 10 mai 2021 relative à l'extension de 90.8 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « Discount » situé sur la commune de Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-07](#) du 21 mai 2021 relative à l'extension de 75.77 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « Leader Price » situé au sein du centre commercial « Plaza Apogoti » sur la commune de Dumbéa

S'agissant du marché de produits, sur le marché des boissons alcooliques et fermentées, l'Autorité métropolitaine retient dans sa pratique décisionnelle un marché de la vente au détail, de vins effervescents et tranquilles en caviste, distinct des GSA⁴⁰.

L'Autorité a considéré qu'en raison de la délibération n°13-2020/APS du 7 mai 2020 modifiant le code des débits de boisson dans la Province Sud, il y avait lieu de considérer que les magasins cavistes et les GSA étaient en concurrence sur le marché de la distribution au détail de boissons alcooliques et fermentées en province Sud. En effet, ce texte prévoit que 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* ».

Sur ce marché, l'Autorité a donc maintenu sa pratique décisionnelle initiée en 2020. Par exemple, dans sa décision n° [2021-DEC-05](#), relative à l'extension d'un « Leader Price » et d'un « Casino » à Nouméa, elle a mené son analyse concurrentielle sur le marché de la distribution au détail de boissons alcooliques et fermentées en province Sud, comprenant à la fois les magasins cavistes et les GSA.

S'agissant de la délimitation géographique du marché, de façon concordante avec à la pratique décisionnelle métropolitaine pour le marché de la vente au détail de vins effervescents et tranquilles⁴¹, 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.**

⁴⁰ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [12-DCC-92](#) du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

⁴¹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [12-DCC-92](#) précitée.

C **Marché aval de la distribution au détail de produits alimentaires surgelés et glaces**

Décision n° [2021-DEC-08](#) du 1^{er} juin 2021 relative à la mise en exploitation d'un commerce de détail sous l'enseigne « Thiriet » d'une surface de 250 m² dans le quartier « Faubourg Blanchot » à Nouméa ;

S'agissant du marché de produits, sur le marché de la distribution des produits surgelés, l'Autorité métropolitaine estime qu'elle est assurée à la fois par les GSA et les GSS⁴². 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 GSS⁴³. 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 surgelés⁴⁴.

En 2020, l'Autorité avait également adopté cette analyse, à la suite d'un test de marché, dans ses décisions d'autorisation d'ouverture de commerces de détail sous l'enseigne « Hyper U » par le groupe Ballande⁴⁵.

Dans sa décision n° [2021-DEC-08](#) relative à la mise en exploitation d'un magasin « Thiriet » à Nouméa, l'Autorité a poursuivi dans la lignée de cette pratique décisionnelle, en analysant l'opération sur les **marchés de la distribution au détail de produits surgelés et glaces intégrant à la fois les GSS et les GSA**.

En ce qui concerne le marché géographique, l'Autorité s'est appuyée sur sa pratique décisionnelle et celle de l'autorité métropolitaine, qui définissent la zone de chalandise des magasins spécialisés dans les produits surgelés comme étant de dimension locale. 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 **Marché aval de la distribution au détail de produits « Bio » à dominante alimentaire**

Décision n° [2021-DEC-02](#) du 28 janvier 2021 relative à une extension de 79.67 m² de la surface de vente du supermarché à l'enseigne « Casino Port Plaisance » situé sur la commune de Nouméa

⁴² 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'Economie, des finances et de l'industrie en date du 5 mars 2003 au conseil de Toupargel relative à une concentration dans le secteur de la vente au détail de produits du grand froid.

⁴³ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Voir les décisions de l'Autorité 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 3600 m² à Païta par la société Ballande SAS et 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.

En 2021, l’Autorité a été confrontée à la question de savoir s’il fallait restreindre le marché pertinent de la distribution au détail à dominante alimentaire au segment des produits « Bio », dans sa décision n° [2021-DEC-02](#), concernant l’extension d’un supermarché « Casino » dans un local provisoirement dédié exclusivement à la vente de produits « Bio ».

S’agissant du marché de produits, l’existence d’un marché de la distribution de produits « Bio » à dominante alimentaire a été reconnue par l’autorité de la concurrence métropolitaine et a fait l’objet d’une analyse approfondie, dans une décision relative au rachat de magasins sous l’enseigne « Bio c’ Bon » par Carrefour⁴⁶. Dans cette décision, l’Autorité métropolitaine a segmenté le marché de la distribution au détail de produits à dominante alimentaire issus de l’agriculture biologique selon le canal de distribution. En l’espèce, l’analyse de marché avait démontré l’absence de substituabilité entre les produits biologiques vendus en GSS et ceux vendus en GSA, notamment du fait de différences importantes en termes de prix, de gammes, de caractéristiques des produits, ainsi que de profondeur de l’assortiment.

En Nouvelle-Calédonie, en se fondant sur sa pratique décisionnelle relative à d’autres biens de consommation courante comme les produits surgelés ou encore les boissons alcooliques, l’Autorité a rappelé que **dans l’hypothèse d’une segmentation du marché de la distribution au détail à dominante alimentaire limitée aux produits « Bio », l’existence d’une concurrence, à tout le moins asymétrique, entre les rayons bio des GSA et l’offre de magasins spécialisés « Bio » serait envisageable.**

Néanmoins, l’Autorité a laissé la définition exacte du marché pertinent ouverte, les conclusions de l’analyse demeurant inchangées en l’espèce, quelle que soit la définition retenue.

S’agissant de la délimitation géographique, l’Autorité a retenu une zone de chalandise correspondant à un **trajet d’environ 15 minutes en voiture autour du magasin cible**, comme pour ses décisions en matière de produits surgelés ou de boissons alcooliques et fermentées.

b. Les marchés aval de la distribution au détail à dominante non alimentaire

Marché aval de la distribution au détail de produits d’ameublement

Décision n° [2021-DEC-01](#) du 25 janvier 2021 relative à l’ouverture d’un commerce de détail sous l’enseigne « First Déco » dans la zone de Ducos à Nouméa

S’agissant du marché de produits, la pratique décisionnelle calédonienne et métropolitaine a défini le marché de la distribution de produits d’ameublement comme celui regroupant les produits destinés à meubler les pièces d’un logement (chaises, canapés, éléments de cuisine, éléments de salle de bain, literie, buffets, rangements, bureaux, etc.)⁴⁷.

En outre, les autorités métropolitaine et calédonienne ont envisagé un marché de la distribution de produits d’ameublement segmenté d’une part, par canal de distribution, selon

⁴⁶ Voir la décision de l’Autorité de la concurrence métropolitaine n° [21-DCC-161](#) du 10 septembre 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités du groupe Bio c’ Bon par la société Carrefour France.

⁴⁷ Voir la décision de l’Autorité 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.

que le magasin est spécialisé ou généraliste, et d'autre part, en termes de gamme de produits compte tenu du prix et des services proposés⁴⁸.

Dans sa décision n° [2021-DEC-01](#) relative à l'ouverture d'un « First déco » à Nouméa, l'Autorité a pris en compte le **marché de la distribution au détail de produits d'ameublement à bas et moyen prix en GSS, tout en laissant la définition exacte de ce marché ouverte**, dans la mesure où les conclusions de l'analyse restaient inchangées.

S'agissant de la délimitation géographique, l'analyse concurrentielle a été menée sur une zone de chalandise englobant le Grand Nouméa, ce qui correspond à une **zone de chalandise d'environ 30 minutes en voiture autour du magasin cible**.

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

Décision n° [2021-DEC-01](#) du 25 janvier 2021 relative à l'ouverture d'un commerce de détail sous l'enseigne « First Déco » dans la zone de Ducos à Nouméa ;

Décision n° [2021-DEC-03](#) du 24 février 2021 relative à l'ouverture d'un commerce de détail sous l'enseigne « Gifi » d'une surface de vente de 660 m² situé sur la commune de Dumbéa

S'agissant du marché de produits, les autorités de concurrence calédonienne et métropolitaine ont distingué la distribution de produits de bazar et de décoration, de celle de l'ameublement, en raison des différences dans l'assortiment des offreurs, dans les comportements d'achat ainsi que dans les fonctions des produits concernés, les produits de bazar-décoration étant complémentaires à l'ameublement mais non substituables.

La pratique décisionnelle calédonienne a également envisagé une segmentation de ce marché en fonction de prix et selon le canal de distribution. En effet, 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-Calédonie⁴⁹.

Dans sa décision n° [2021-DEC-01](#) relative à l'ouverture d'un magasin « First déco » à Nouméa, l'Autorité a porté son analyse sur les surfaces de vente dédiées aux produits de bazar et de décoration au sein des GSS d'ameublement.

Dans sa décision n° [2021-DEC-03](#) relative à l'ouverture d'un « Gifi » à Dumbéa, l'Autorité a considéré que certaines grandes surfaces de bricolage (GSB) pouvaient être intégrées à l'analyse concurrentielle car elles pouvaient proposer, en Nouvelle Calédonie, un assortiment en produits de bazar et de décoration à bas et moyen prix relativement étendu.

S'agissant de la délimitation géographique, l'analyse concurrentielle a été menée sur une zone de chalandise englobant le Grand Nouméa, ce qui correspond à une zone de chalandise d'environ **30 minutes en voiture autour du magasin cible**.

⁴⁸ Voir la décision de l'Autorité n° [2018-DEC-03](#) du 18 mai 2018 relative à l'ouverture d'un commerce de détail d'une surface de vente de 1 321 m² sous l'enseigne « House » au centre commercial « Les Jardins d'Apogoti » sur la commune de Dumbéa et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [14-DCC-39](#) du 24 mars 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de six points de vente sous enseigne Fly et Atlas par But International.

⁴⁹ Voir l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n°2017-2085/GNC et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [17-DCC-216](#) du 18 décembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Lilnat, Vutura et Agora Distribution par la société Groupe Philippe Ginestet.

Marché aval de la vente de livres au consommateur final

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l’enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa

S’agissant du marché de produits, dans le secteur de la vente de livres, les autorités de concurrence calédonienne, métropolitaine et européenne distinguent traditionnellement les marchés suivants : (i) la vente de livres par les éditeurs au revendeurs (librairies, hypermarchés, etc.), (ii) la vente de livres par les grossistes aux détaillants dits « de niveau 3 » (magasins de diffusion de presse non spécialisés dans la vente de livres) et (iii) la vente de livres au consommateur final.

S’agissant de la vente de livres au consommateur final, les autorités de concurrence calédonienne, métropolitaine et européenne distinguent les canaux de distribution suivants :

- La vente de livres par courtage, notamment pour les ouvrages de référence « lourds » vendus par un réseau de représentants spécialisés, ou courtiers, démarchant directement des acheteurs potentiels ;
- La vente de livres à distance incluant la vente par internet, la vente par correspondance et la vente par club ;
- La vente de livres dans les magasins physiques incluant tous les types de magasins de détail : les librairies, les grandes surfaces spécialisées, les supermarchés et hypermarchés, les maisons de la presse ou les magasins spécialisés dans une activité de loisir (jardinage, bricolage, animalerie, etc.) proposant des livres en rapport avec cette activité ;
- La vente de livres dans les solderies proposant des livres de fin de série à bas prix.

Au sein du marché de la vente au détail de livres en magasin, l’Autorité de la concurrence métropolitaine a envisagé une distinction entre la vente de livres neufs et la vente de livres d’occasion et s’est également interrogée sur l’existence d’un marché de la vente de livres numériques⁵⁰.

Dans sa décision n° [2021-DEC-04](#) relative à l’extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, l’Autorité a dû se prononcer sur le fait de savoir si les deux canaux de la vente en ligne de livres par le biais de sites internet et de la vente en magasin physique font partie d’un marché unique de la vente de livres au consommateur final, ou si l’on doit les considérer comme faisant partie de deux marchés distincts.

Elle s’est tout d’abord inspirée de la pratique décisionnelle de l’Autorité métropolitaine, qui traditionnellement considérait que les deux canaux de vente appartenaient à des marchés distincts, mais a fait évoluer sa pratique décisionnelle. En effet, dans le secteur de la distribution au détail, l’Autorité de la concurrence métropolitaine a mis en lumière un faisceau d’indices justifiant le regroupement des ventes en ligne et des vente en magasins au sein d’un marché unique : (i) un taux de pénétration important des ventes en ligne dans le secteur concerné ; (ii) l’uniformisation tarifaire croissante au sein des différents canaux de distribution ; (iii) l’identité des gammes de produits et des services offerts en magasins et en

⁵⁰ Voir la décision de l’Autorité de la concurrence métropolitaine n° [17-DCC-186](#) du 10 novembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de Gibert Jeune par Gibert Joseph.

ligne ; et (iv) l'adoption, au moins par les parties, d'une organisation interne « omnicanale » dans le secteur examiné⁵¹.

L'Autorité a constaté que même si le prix d'achat d'un livre en métropole peut s'avérer moins élevé que sur le territoire, l'existence de frais de port pouvant s'élever en moyenne de 1 450 F. CFP à 2 900 F. CFP, auxquels s'ajoutent éventuellement des frais de dédouanement de 450 F. CFP au minimum ainsi que des délais de livraison de 3 à 6 semaines constituent autant d'éléments de nature à justifier que les deux canaux ne peuvent être réunis au sein du même marché.

De plus, l'Autorité a rappelé que la loi « Lang »⁵² sur le prix du livre ne s'appliquait pas en Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, le prix de vente des livres en Nouvelle-Calédonie est librement déterminé par le détaillant, que ce soit en magasin ou en ligne. Dès lors, l'uniformisation tarifaire au sein des différents canaux de distribution des livres neufs au consommateur final qu'ils soient vendus en ligne ou en magasin physique n'est pas démontrée en Nouvelle-Calédonie.

Par ailleurs, l'Autorité souligne que la quasi-totalité de l'offre de livres des magasins « As de Trèfle » n'est pas proposée sur son site internet et que les achats par internet n'ont pas été significativement intégrés au comportement d'achat des consommateurs sur ce secteur en Nouvelle-Calédonie. Elle note également que les stratégies commerciales « omnicanales » émanant des acteurs locaux de la distribution au détail sont très peu développées sur le territoire à ce jour, avec peu d'évolution des outils numériques qui permettraient la vente au détail de leurs produits par plusieurs moyens de distribution en relation les uns avec les autres, en particulier au sein des magasins physiques et par internet.

Par conséquent et pour toutes ces raisons, l'Autorité a circonscrit son analyse concurrentielle au marché de la vente de livres au consommateur final en magasins physiques.

S'agissant du marché géographique, l'Autorité a retenu une zone de chalandise constituée d'un **rayon de 15 minutes de déplacement en voiture autour du magasin cible.**

Marchés aval de la distribution d'articles de papeterie

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa

S'agissant du marché de produits, d'après la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, les articles de papeterie peuvent être classés en différentes familles de produits utilisés pour l'équipement du bureau professionnel ou domestique, d'une part, et pour les activités scolaires et de loisirs, d'autre part. Les catégories de produits suivantes ont été distinguées : « papier », « façonnés », « écriture et corriger », « dessin et loisirs », « classement », « matériel pour l'école et le bureau », « consommables bureautique et informatique » et « carterie ».

⁵¹ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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, n° [16-DCC-111](#) du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

⁵² Voir la loi n° 81-766 du 10 août 1981 modifiée relative au prix du livre (dite loi « Lang »).

L'Autorité métropolitaine a également relevé que les utilisateurs professionnels s'approvisionnaient en grande partie auprès de grossistes spécialistes du bureau, alors que les produits de papeterie utilisés par les particuliers empruntent deux circuits de distribution, les détaillants traditionnels et les grandes et moyennes surfaces⁵³.

L'Autorité, dans sa décision n° [2021-DEC-04](#) relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, a distingué l'existence d'un marché des produits de papeterie faisant partie d'un ensemble de matériels et d'équipements complémentaires dans le secteur de la fourniture et mobiliers de bureaux, dans la lignée de sa pratique décisionnelle⁵⁴. Elle a mené son analyse sur le **marché global de la vente au détail de produits de papeterie**.

S'agissant du marché géographique, l'Autorité a mené son analyse concurrentielle sur une zone de chalandise constituée d'un **rayon de 15 minutes de déplacement en voiture autour du magasin**.

Marchés aval de la distribution au détail de produits électrodomestiques

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa

S'agissant du marché de produits, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence calédonienne et métropolitaine a envisagé une segmentation des marchés aval de la vente au détail de produits électrodomestiques selon deux critères : la famille de produits et le canal de distribution⁵⁵.

En premier lieu, s'agissant de la **segmentation par familles de produits**, les autorités de concurrence calédonienne et métropolitaine distinguent traditionnellement, au sein de la catégorie des produits électrodomestiques, trois familles de produits :

- **Les produits « blancs »** sont constitués par les tables de cuisson, les cuisinières, les fours, les ensembles encastrables, les hottes, les lave-linges, les sèche-linges, les lave-vaisselles, les réfrigérateurs, les congélateurs, le petit électroménager de préparation culinaire, les cafetières, les robots, les fers et les aspirateurs ;
- **Les produits « bruns »** qui incluent les téléviseurs, magnétoscopes, caméscopes, les équipements hi-fi et audio, les appareils numériques et les lecteurs DVD ;
- **Les produits « gris »** qui incluent les micro-ordinateurs personnels, les écrans, les périphériques (comme les imprimantes ou les scanners), les claviers, les accessoires ou pièces détachées modulaires (comme les cartes mémoires ou les disques durs additionnels, par exemple, les logiciels et la téléphonie.

⁵³ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [17-DCC-186](#) précitée.

⁵⁴ Voir la décision de l'Autorité n° [2019-DEC-04](#) du 20 décembre 2019 relative à l'ouverture d'un magasin d'une superficie de 420 m² exploité sous l'enseigne « Bureau Vallée » situé dans le quartier de Magenta sur la commune de Nouméa.

⁵⁵ Voir les arrêtés n° 2016-1191/GNC du 14 juin 2016 relatif à la prise de contrôle exclusif de la SARL Espace Import par la SA CAFOM, n° 2016-137/GNC du 19 janvier 2016 relatif à la demande de changement d'enseigne du magasin Connexion sis 13 rue Jean Jaurès Nouméa, au profit de l'enseigne Darty et les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [18-DCC-79](#) du 23 mai 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dimeco par la société Cafom, n° [15-DCC-101](#) du 30 juillet 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de GrosBill SA par mutares AG et n° [11-DCC-87](#) du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group.

En sus de ces trois catégories, la pratique décisionnelle calédonienne et métropolitaine envisage la famille des produits de « divertissement multimédia », comprenant notamment les logiciels de jeux, les consoles et accessoires de jeux vidéo.

Dans sa décision n° [2021-DEC-04](#) relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, l'Autorité a mené son analyse concurrentielle sur les marchés des produits blancs, des produits gris, des produits bruns et les produits de divertissement multimédia.

En second lieu, s'agissant de la **segmentation selon le canal de distribution**, la vente au détail de produits d'électrodomestique est pratiquée dans divers formats de magasins et se développe sur internet.

Les autorités de la concurrence calédonienne et métropolitaine ont retenu trois critères essentiels pour effectuer cette segmentation :

- Le type de produits vendus, afin de déterminer si les différentes catégories de magasins sont en mesure d'offrir des produits substituables du point de vue du consommateur ;
- Le format et la taille des magasins, afin de déterminer si les services offerts sont comparables selon les types de magasins considérés (seuls les magasins qui offrent de manière constante un large assortiment de produits électrodomestiques exercent une réelle pression concurrentielle les uns sur les autres).

D'après la pratique décisionnelle calédonienne et métropolitaine, un magasin proposant des produits électrodomestiques est en concurrence avec les GSS, les grandes surfaces multi-spécialistes, les groupements d'opérateurs indépendants, les magasins de proximité d'une surface de plus de 300 m², les GSA d'une surface supérieure à 2 500 m² ainsi qu'avec les magasins hard-discount spécialisés dans le commerce de détail de produits électrodomestiques.

S'agissant des ventes à distance, l'Autorité s'est interrogée, dans sa décision n° [2021-DEC-04](#) relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, sur la substituabilité des canaux de distribution en ligne et en magasins dans le secteur des produits électroniques.

Confirmant l'analyse du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, elle a constaté que la quasi-totalité de l'offre de produits électrodomestiques des magasins As de Trèfle n'était pas proposée sur leur site internet, et que les achats par internet n'avaient pas été significativement intégrés au comportement d'achat des consommateurs sur ce secteur en Nouvelle-Calédonie.

Dès lors, dans cette affaire, **l'Autorité a porté son analyse concurrentielle sur le marché de la vente de produits électrodomestiques en magasins physiques uniquement.**

S'agissant du marché géographique, l'Autorité a considéré qu'il se limitait à une zone de chalandise constituée d'un **rayon de 20 à 30 minutes de déplacement en voiture autour du magasin cible.**

Marchés aval de la distribution au détail d'articles de maroquinerie

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa

S'agissant du marché de produits, l'Autorité s'est fondée sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, qui considère que ces produits constituent un **sous-segment du marché des vêtements et du prêt-à-porter**⁵⁶.

S'agissant de la délimitation géographique, l'Autorité a retenu une zone de chalandise correspondant à un **trajet en voiture de 15 minutes autour du magasin cible**.

© Marché aval de la distribution au détail de produits de jardinage, bricolage, aménagements extérieurs et animalerie

Décision n° [2021-DEC-12](#) du 20 décembre 2021 relative à l'extension de 230 m² du magasin sous l'enseigne « Cheval Distribution » à Nouméa

S'agissant du marché de produits, l'Autorité s'est fondée sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine et de celle du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

En effet, l'Autorité métropolitaine considère que sont présents sur le marché les libres services agricoles (LISA), les jardineries, les grandes surfaces de bricolage (GSB) et les grandes surfaces alimentaires (GSA) qui disposent d'un espace « Jardinerie ».

Dans sa décision n° [2021-DEC-12](#), l'Autorité a partagé l'analyse du Gouvernement, selon laquelle les GSA situées dans la zone du grand Nouméa ne disposaient pas d'un espace « Jardinerie » et d'aliments pour animaux avec une largeur et une profondeur de gamme suffisante pour exercer une pression concurrentielle sur le magasin Cheval Distribution⁵⁷. Ainsi, **seuls ont été pris en compte les points de vente qui présentaient une gamme suffisamment large de produits pour être en concurrence réelle avec le magasin en l'espèce, soit les jardineries, les GSB d'une surface de vente d'au moins 600 m² et les LISA.**

S'agissant du marché géographique, l'Autorité s'est fondée sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine et de celle du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et a considéré que le marché s'étendait dans la limite d'une **zone de chalandise de 20 minutes autour du magasin cible**⁵⁸.

© Marché aval de la distribution au détail d'accessoires pour l'équitation

Décision n° [2021-DEC-12](#) du 20 décembre 2021 relative à l'extension de 230 m² du magasin sous l'enseigne « Cheval Distribution » à Nouméa

S'agissant du marché de produits, l'Autorité s'est prononcée en 2021 dans sa décision n° [2021-DEC-12](#) sur la question de savoir si les ventes d'accessoires d'équitation en magasin physique et les ventes en ligne de ces accessoires d'équitation étaient sur le même marché ou qu'ils constituaient deux marchés distincts.

⁵⁶ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [18-DCC-50](#) du 20 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sarenza SA par la société Monoprix SAS (groupe Casino) et n° [18-DCC-53](#) du 20 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société André par la société Spartoo.

⁵⁷ Arrêté du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2018-1111/GNC.

⁵⁸ Voir la décision n° [17-DCC-139](#) de l'Autorité de la concurrence métropolitaine du 25 août 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Terrena Grand Public et Agralys Distribution par la société InVivo Retail et voir l'arrêté du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2018-1111/GNC.

A cet égard, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a mis en lumière un faisceau d'indices justifiant le regroupement des ventes en ligne et des ventes en magasin au sein d'un marché unique⁵⁹ :

- Un taux de pénétration important des ventes en ligne dans le secteur concerné ;
- L'uniformisation tarifaire croissante au sein des différents canaux de distribution ;
- L'identité des gammes de produits et de services offerts en magasins et en ligne ;
- Et l'adoption, au moins par les parties, d'une organisation interne « omnicanale » et d'une stratégie commerciale et tarifaire tenant compte des acteurs spécialisés dans la vente en ligne et, plus généralement, le développement d'un modèle de distribution « omnicanale » dans le secteur examiné.

Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité a pour sa part constaté qu'en Nouvelle-Calédonie, une « *organisation internet « omnicanale »*, qui témoignerait d'une stratégie commerciale prenant en compte les spécialistes de la vente en ligne, émanant des acteurs locaux de la distribution au détail, tous secteurs confondus, reste très peu développée sur le territoire à ce jour, avec peu d'évolution des outils numériques qui permettraient la vente au détail de leurs produits par plusieurs moyens de distribution en relation les uns avec les autres, en particulier au sein des magasins physiques et par internet (e.g. transformation des sites mobiles, publications sur les réseaux sociaux, envoi de lettres d'informations électroniques, etc.) »⁶⁰.

Dans sa décision n° [2021-DEC-12](#), l'Autorité a constaté que la partie notifiante avait déployé en septembre 2021 un site de vente en ligne proposant non seulement une livraison sur tout le territoire mais également le retrait en magasin (option « Click & Collect »), ce qui témoigne d'une certaine volonté de développer un modèle de distribution « omnicanale ».

Cependant, l'Autorité a constaté que la partie notifiante ne commercialisait actuellement que 2012 références sur son site marchand, contre 20 000 références en magasin physique ; l'offre en ligne ne représentant qu'environ 10 % de l'offre proposée en magasin.

De plus, les tests de marché effectués auprès de concurrents, l'enseigne Décathlon a estimé que la vente en ligne n'était pas un canal de distribution totalement substituable à la vente en magasin physique, la concurrence extérieure provenant davantage des achats effectués à l'étranger.

Dans sa décision, l'Autorité a reconnu une évolution positive de l'offre de commerce en ligne de la part des opérateurs calédoniens, mais a considéré qu'il n'existait pas jusqu'alors suffisamment de données pour se prononcer sur la substituabilité des canaux de distribution physique et numérique en Nouvelle Calédonie. Elle a donc laissé la délimitation exacte de ces marchés par catégorie de produits et canal de distribution ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse étaient inchangées quelles que soient les segmentations retenues.

⁵⁹ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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° [16-DCC-111](#) du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

⁶⁰ Voir la décision de l'Autorité n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa.

S'agissant de la délimitation géographique, l'Autorité a repris l'approche du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et a circonscrit la **dimension géographique du marché de la distribution d'accessoires pour l'équitation à la Nouvelle-Calédonie**.

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, elle permet à l'Autorité d'apprécier les risques d'atteinte à la concurrence sur les marchés pertinents préalablement définis. Ainsi, l'Autorité s'emploie à vérifier si l'opération crée ou renforce une position dominante sur ces marchés et détermine si l'opération crée ou renforce une puissance d'achat qui placerait les fournisseurs en situation de dépendance économique vis-à-vis des distributeurs.

En 2021, seules deux opérations dans le secteur du commerce de détail ont été de nature à soulever des préoccupations de concurrence et ont donc donné lieu à des mesures correctives. Dans ces deux décisions, l'Autorité a analysé les effets horizontaux, les effets verticaux ou encore les effets congloméraux que pouvaient soulever l'opération.

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa

Décision (rectifiée) n° [2021-DEC-13](#) du 29 décembre 2021 relative à l'acquisition par le groupe Aline du magasin Supermarché Tran Duc situé sur la commune de Boulouparis

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.

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 concurrence⁶¹.

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

⁶¹ 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.

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 dominante⁶².

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 ;
- 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 sa décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021, relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, l'Autorité a analysé les potentiels effets horizontaux de l'opération sur les marchés suivants :

- Le marché aval de la vente de livres neufs en magasins ;
- Le marché aval de la distribution d'articles de papeterie ;
- Les marchés aval de la distribution au détail de produits électrodomestiques ;
- Le marché aval de la distribution au détail de produits de maroquinerie ;
- Et les marchés amont de l'approvisionnement en produits non-alimentaires.

S'agissant du marché aval de la vente de livres neufs en magasins, l'Autorité a constaté que le groupe HBO était de très loin leader sur ce marché, avec 59.5 % de parts de marché, mais que cette part de marché devrait rester stable à l'issue de l'opération, qui n'a pas pour effet d'agrandir la surface de vente dédiée à la vente de livres neufs au sein du magasin.

Cependant, un concurrent des enseignes du groupe HBO a relevé que l'agrandissement du magasin, associé à la mise en place d'une nouvelle famille de produits ou l'agrandissement de la surface de vente d'une(des) famille(s) déjà présente(s), pouvait renforcer l'attrait de l'enseigne et de l'ensemble des familles de produits déjà présentes dans le magasin.

La partie notifiante a proposé des engagements pour lever ces préoccupations de concurrence (voir *infra*).

S'agissant du marché aval de la distribution d'articles de papeterie, l'Autorité a constaté que HBO était également leader sur ce marché, avec 52.8 % de parts de marché, mais qu'à l'instar du marché de la vente au détail de livres neufs, la partie notifiante ne prévoyait pas d'augmenter la surface de vente dédiée aux produits de papeterie, de sorte que la part de marché devrait rester stable à la suite de l'opération.

Cependant, de même que sur les ventes de livres neufs comme vu *supra*, il ressort de l'instruction que l'accroissement de parts de marché sur d'autres produits au sein du magasin As de Trèfle serait également susceptible de redynamiser les ventes d'articles de papeterie, compte tenu de l'attractivité de l'enseigne à Nouméa.

Pour lever ces préoccupations de concurrence, la partie notifiante a proposé des engagements (voir *infra*).

⁶² *Ibid.*

S’agissant des marchés aval de la distribution au détail de produits électrodomestiques, l’Autorité a constaté que, quel que soit le segment considéré, la part de marché du groupe HBO à l’issue de l’opération demeurerait inférieure ou égale à 25% sur le marché de la distribution au détail de produits électrodomestiques. De plus, l’opération ne générerait pas non plus une augmentation significative des parts de marché du groupe.

En outre, l’Autorité a considéré que la concurrence resterait suffisamment forte à l’issue de l’opération avec, en particulier, la présence des enseignes « Gitem » et « Darty », qui ont respectivement 34 % et 22,9 % de parts de marché.

S’agissant du marché aval de la distribution au détail de produits de maroquinerie, l’Autorité a relevé que le groupe HBO se plaçait en seconde place sur ce marché, avec 37.8 % de parts de marché, mais que la partie notifiante ne prévoyait pas d’augmenter la surface de vente dédiée aux produits de maroquinerie au sein du magasin.

S’agissant des marchés amont de l’approvisionnement en produits non-alimentaires, les achats du groupe HBO pour ses différents magasins sont en provenance de métropole, d’Europe et d’Asie. Le renforcement de la puissance d’achat du groupe HBO du fait de l’opération envisagée demeurera limitée, au vu de la part infime qu’il représente pour ses fournisseurs.

Dans sa décision n° [2021-DEC-13](#) du 19 novembre 2021 relative l’acquisition du Supermarché Tran Duc à Boulouparis, l’Autorité a également analysé les éventuels effets horizontaux de l’opération sur les marchés suivants :

- Le marché aval de la distribution au détail à dominante alimentaire ;
- Et l les marchés amont de l’approvisionnement.

S’agissant du marché aval de la distribution au détail à dominante alimentaire, l’Autorité a considéré que malgré les différents établissements détenus par le groupe Aline, du fait de leur localisation en dehors de la zone de chalandise du magasin cible, le groupe Aline représenterait un nouvel entrant sur le marché.

L’Autorité a constaté qu’à l’issue de l’opération, la partie notifiante détiendrait 31.9 % des parts de marché et qu’elle serait toujours soumise à une réelle concurrence, notamment avec la concurrence directe de quatre acteurs dont les parts de marché se situent entre 12 et 22 %. Par conséquent, elle a considéré que l’opération n’était pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

Face aux craintes d’un concurrent, relatives à la politique promotionnelle tenue par une autre enseigne détenue par le groupe Aline à Dumbéa, l’Autorité a répondu que d’une part, même si le groupe Aline était un nouvel acteur sur la zone de chalandise concernée, il ne s’agissait pas, à proprement parler, d’une nouvelle structure sur le marché, et que, d’autre part, la répartition des parts de marché entre les différents acteurs du marché de la vente au détail alimentaire sur Boulouparis n’était pas de nature à susciter des effets d’éviction.

S’agissant des marchés amont de l’approvisionnement, l’Autorité a vérifié si l’opération était de nature à créer ou renforcer la puissance d’achat du distributeur, qui pourrait placer ses fournisseurs en situation de dépendance économique.

Par ailleurs, l’Autorité a rappelé que la puissance d’achat est la capacité d’une entreprise à exiger des conditions d’achat préférentielles. La puissance d’achat doit être évaluée au cas par cas, celle-ci dépendant moins d’une éventuelle position dominante que du fait d’une

absence d'alternative équivalente. Les autorités de concurrence considèrent dès lors qu'il existe un « *seuil de menace* », au-delà duquel la survie du fabricant est susceptible d'être remise en cause, la disparition de ce débouché plaçant le fournisseur dans une situation difficile, pouvant parfois conduire à une faillite.

L'Autorité a considéré que l'opération n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés amont de l'approvisionnement. En effet, la partie notifiante prévoit que la part des achats sera de 65 % auprès des importateurs-grossistes et de 35 % directement auprès des fournisseurs locaux. De plus, au vu de la dimension territoriale des marchés et de la présence de nombreuses enseignes concurrentes sur le territoire disposant de parts de marché en aval bien supérieures au groupe Aline, l'opération n'est pas susceptible de créer ou de renforcer une puissance d'achat qui placerait les fournisseurs en situation de dépendance économique à l'égard de la partie notifiante.

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 distributeurs⁶³.

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

- En premier lieu, tel est le cas lorsque la nouvelle entité refuse 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.
- En second lieu, tel est également le cas si la branche aval de la nouvelle entité refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants ou fournisseurs actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (**verrouillage de l'accès à la clientèle**)⁶⁴.

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 pratiques d'exclusivités de distribution, au-delà de l'emprise sur un marché, peuvent permettre à certains de leurs bénéficiaires de verrouiller les marchés amont ou aval⁶⁵.

⁶³ Voir l'arrêté n°2016-2565/GNC.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Voir la décision de l'Autorité n° [2019-DCC-06](#) précitée, l'arrêté n° 2015-1135/GNC et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° [11-DCC-134](#) du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

Dans sa décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, l'Autorité a considéré que l'opération envisagée n'était pas de nature à produire des effets de verrouillage entre les marchés amont de l'approvisionnement et les marchés aval de la distribution en Nouvelle-Calédonie.

En effet, du fait des faibles variations des parts de marché du groupe HBO sur les marchés considérés causé par l'opération, l'Autorité a considéré que la structure concurrentielle de ces marchés resterait inchangée après l'opération.

Dans sa décision n° [2021-DEC-13](#) du 19 novembre 2021 relative à l'acquisition du Supermarché Tran Duc à Boulouparis, l'Autorité a d'abord analysé le risque de verrouillage d'accès à la clientèle, avant d'analyser le risque de verrouillage par les intrants.

S'agissant du risque de verrouillage d'accès à la clientèle, l'Autorité a rappelé que pour qu'elle puisse être en mesure de fermer l'accès des grossistes-importateurs concurrents au marché aval, la partie notifiante devrait disposer d'un pouvoir de marché important sur le marché aval de la distribution, de sorte que les concurrents grossistes des sociétés Aline Calédonie et SIB Distribution se verraient privés de débouchés commerciaux, si le futur magasin « Express Boulouparis » cessait de s'approvisionner auprès d'eux.

Or, le futur magasin « Express Boulouparis » détiendrait, après l'opération, 31.9 % de parts de marché sur le marché aval de la distribution à dominante alimentaire, sur la zone de chalandise considérée.

L'Autorité a considéré que cette part de marché devait être relativisée, d'une part car elle serait considérablement réduite si celle-ci devait être considérée au niveau territorial, d'autre part, parce que les achats du magasin Supermarché Tran Duc représentent actuellement une part infime du chiffre d'affaires des grossistes-importateurs locaux.

De plus, la partie notifiante a déclaré que le futur magasin continuerait à s'approvisionner auprès des fournisseurs locaux et que le groupe Aline ne prévoyait pas d'affiliation immédiate à une centrale d'achat.

Pour ces raisons, l'Autorité a conclu que le risque de verrouillage de l'accès à la clientèle des grossistes-importateurs concurrents des sociétés du groupe Aline pouvait être exclu.

S'agissant du risque de verrouillage par les intrants, l'Autorité a précisé la notion, en rappelant qu'un verrouillage par les intrants est possible lorsque l'opération est susceptible d'accroître les coûts des concurrents situés sur le marché aval de la distribution à dominante alimentaire en restreignant leur accès à des intrants importants.

En outre, pour que le verrouillage par les intrants conduise à un préjudice pour les consommateurs, il est nécessaire que soit identifié un risque de marginalisation des concurrents de la nouvelle entité ou que soit prouvée une répercussion de la hausse du coût des intrants pour les concurrents sur le prix pratiqué au consommateur final.

Ainsi le verrouillage du marché peut-il être total, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partiel, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents.

En l'espèce, **un risque de verrouillage a été mis en avant par les concurrents ayant répondu au test de marché**. En effet, ces derniers, s'approvisionnant auprès des sociétés Aline Calédonie et de la société SIB Distribution appartenant au groupe Aline, craignent de ne pas

pouvoir concurrencer les prix pratiqués par le futur magasin, qui s'approvisionnera également auprès de ces sociétés.

En l'espèce, **l'Autorité a considéré que l'opération soulève un risque de verrouillage par les intrants sur le plan vertical, dans la mesure où le groupe Aline assure de façon quasi-exclusive ou majoritaire, via la société Aline Calédonie, la distribution de certaines marques notoires auprès des magasins concurrents du futur magasin « Express Boulouparis », dont certaines sont considérées comme « incontournables » par les concurrents ayant répondu au test de marché.**

Pour lever ces préoccupations de concurrence, la partie notifiante a proposé des engagements (voir *infra*).

3. Les effets congloméraux

Une concentration est susceptible d'emporter des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés présentant des liens de connexité avec d'autres marchés sur lesquels elle détient un pouvoir de marché.

En effet, une entreprise qui bénéficie ou renforce une position forte sur un marché peut être en mesure de verrouiller l'accès à un ou plusieurs marchés connexes en exploitant un effet de levier. Il s'agit notamment de la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit ou d'un service sur un marché en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit ou service auquel le premier produit ou service est lié, connexe ou groupé⁶⁶. En règle générale, ce risque se traduit par la mise en œuvre ou le développement de ventes liées ou de remises liées entre ces produits ou services.

Dans sa décision n° 2021-DEC-04 du 20 avril 2021 relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, l'Autorité a considéré que l'extension des gammes proposées au sein du magasin soulevait des risques d'effets congloméraux. En effet, le groupe HBO pourrait, le cas échéant, profiter d'un effet de levier lié à l'extension de ce magasin pour développer davantage ses ventes de livres neufs et de produits de papeterie, en particulier à l'occasion de l'ouverture de l'extension et du magasin réaménagé.

De plus, dans l'éventualité où les ventes du magasin « As de Trèfle Quartier Latin » de produits électrodomestiques n'atteindraient pas les objectifs de croissance prévus, l'Autorité a estimé que **la partie notifiante pourrait procéder à un réaménagement en interne de ses nouvelles surfaces de vente, afin de privilégier la vente de livres neufs et de produits de papeterie et ainsi renforcer sa position dominante.**

Pour lever ces préoccupations de concurrence, la partie notifiante a proposé des engagements (voir *infra*).

L'Autorité a, en revanche, écarté le risque d'éviction lié au programme de fidélité proposé par la SNC « As de Trèfle », considérant qu'il ne favorisait pas les ventes ou remises liées, lesquelles n'existaient pas au moment de la décision.

L'Autorité a considéré que ce programme, conduisant à des remises plafonnées à un taux de 10 % maximum, ne devrait pas non-plus permettre à la partie notifiante de pratiquer une politique tarifaire agressive grâce à l'utilisation de bons d'achats sur les livres neufs, la

⁶⁶ Voir le paragraphe 711 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations

papeterie et, en conséquence, évincer les concurrents du groupe HBO déjà peu nombreux sur ces deux marchés.

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 concentrations (voir *supra*). 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 2021, 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 ont fait l'objet d'un test de marché pour recueillir les observations des tiers intéressés.

Décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa

Décision (rectifiée) n° [2021-DEC-13](#) du 29 décembre 2021 relative à l'acquisition par le groupe Aline du magasin Supermarché Tran Duc situé sur la commune de Boulouparis

Dans sa décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, l'Autorité s'est prononcée sur deux engagements proposés par la SNC As de Trèfle, pour lever les préoccupations de concurrences identifiées, liées aux potentiels effets congloméraux de l'opération.

Dans son premier engagement, la partie notifiante s'engage à ne pas procéder, au sein du magasin As de Trèfle Quartier Latin, à une augmentation future de la surface de vente de produits de livres neufs ainsi que des produits de papeterie, pour une durée de cinq ans.

Dans son second engagement, la partie notifiante s'engage à ne pas procéder (i) à des pratiques promotionnelles visant spécifiquement les livres neufs et les articles de papeterie

ni (ii) à des opérations commerciales exceptionnelles dans le cadre de son programme de fidélité visant spécifiquement ces deux catégories de produits, pendant les 15 jours calendaires précédant et suivant l'ouverture de l'extension du magasin.

L'Autorité a considéré que ces engagements étaient proportionnés aux risques identifiés, qu'ils étaient clairs, précis et ne soulevaient pas de doute quant à leur mise en œuvre.

Dans sa décision n° [2021-DEC-13](#) du 19 novembre 2021 relative l'acquisition du Supermarché Tran Duc à Boulouparis, l'Autorité s'est également prononcée sur des engagements spontanément proposés par la partie notifiante afin de remédier aux potentiels effets verticaux de l'opération.

Ainsi, le groupe Aline s'est engagé à pratiquer « *un traitement non discriminatoire* » au sein de la zone de chalandise concernée par l'opération, à proposer aux petits commerces de détail des promotions adéquates et à « *honorer les commandes reçues dans leur ordre d'arrivée, quel que soit le client, dans la limite des stocks disponibles de produits* ». Ces engagements ont été pris pour une durée de cinq ans.

L'Autorité a considéré que ces engagements permettaient d'écartier le risque que le groupe Aline puisse s'appuyer sur l'activité d'importateur-grossiste de la société Aline Calédonie pour favoriser le futur magasin « Express Boulouparis » pour certains produits phares, ce qui lui aurait permis d'évincer les superettes concurrentes déjà présentes ou à venir.

En outre, les opérateurs concurrents, consultés par le service d'instruction, n'ont pas formulé d'observations particulières sur ces engagements, que l'Autorité a jugé suffisamment clairs et précis et comme ne soulevant pas de doute quant à leur mise en œuvre.

La nomination éventuelle d'un mandataire indépendant chargé du contrôle des engagements.

Comme en contrôle des opérations de concentration, l'Autorité peut, dans le cadre de la procédure de contrôle des opérations dans le secteur du commerce de détail, désigner un mandataire indépendant chargé d'assurer le suivi des engagements proposés par les parties.

En 2021, les décisions ayant donné lieu à engagement n'ont pas requis la désignation d'un mandataire indépendant.

Dans la décision n° [2021-DEC-04](#) du 20 avril 2021 relative à l'extension du magasin « As de Trèfle » à Nouméa, la partie notifiante s'est engagée à communiquer à l'Autorité annuellement les documents relatifs à l'état de la surface de vente consacrées aux livres neufs et aux articles de papeterie et à l'évolution des chiffres réalisés au travers de ces deux rayons.

Dans sa décision n° [2021-DEC-13](#) du 19 novembre 2021 relative l'acquisition du Supermarché Tran Duc à Boulouparis, la partie notifiante s'est engagée à communiquer à l'Autorité, sur demande de l'Autorité ou en cas de réclamation d'un client de la zone de chalandise du magasin, les justificatifs nécessaires au contrôle de l'existence d'un traitement discriminatoire, la liste des promotions fournies au magasin « Express Boulouparis » et celles proposées à ses clients, ainsi que les documents retraçant l'historique des livraisons en cas de commande non honorée.

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* »⁶⁷.

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* »⁶⁸. 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 2021, les avis et recommandations de l'Autorité ont été rendu en fonction de ces différents modes d'intervention :

- 1 avis obligatoire rendu à la demande du gouvernement sur un avant-projet de loi du pays modifiant le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- 1 avis obligatoire a été rendu sur des mesures de régulation de marché ;
- 1 recommandation rendue à la suite d'une saisine d'office sur un projet de délibération du gouvernement ;
- 1 avis facultatif rendu en réponse à une demande du gouvernement ;
- 1 avis obligatoire rendu à la demande du gouvernement sur un projet de délibération dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 ;

⁶⁷ Article Lp. 462-1 du code de commerce.

⁶⁸ Article Lp. 462-2 du code de commerce.

A. Les avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires

Conformément à l'article Lp. 462-2 du code de commerce, l'Autorité est obligatoirement saisie pour avis sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d'arrêté envisageant une modification des titres II, III, IV, V, VI et VII du livre IV de la partie législative et réglementaire du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

C'est également le cas concernant les projets et propositions de lois du pays et de délibérations du congrès relatifs à la réglementation des prix, comme l'impose l'article Lp. 411-1 du code de commerce.

Avis n° [2021-A-01](#) du 1^{er} février 2021 relatif à l'avant-projet de loi du pays modifiant le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et portant diverses mesures d'ordre économique

L'avant-projet de loi du pays examiné dans le cadre de cet avis concourait à la clarification du droit de la concurrence en vigueur et visait également à simplifier ou préciser le cadre procédural devant l'Autorité, principalement à la demande de l'Autorité lors des travaux préparatoires de ce projet de loi du pays.

Sur la clarification du droit de la concurrence, l'Autorité estimait que les modifications envisagées étaient bienvenues. Principalement, l'Autorité se prononçait favorablement quant aux évolutions suivantes :

- L'introduction d'un nouveau paragraphe pour compléter l'article Lp. 431-2 du code de commerce, afin d'ajouter une nouvelle condition dérogatoire pour les opérations de concentration réalisées en dehors du territoire calédonien. Ainsi, seules les opérations de concentration réalisées hors du territoire calédonien ne seraient pas concernées par l'obligation de notification prévue aux articles Lp. 431 3 à Lp. 431-9, même si les entreprises concernées par l'opération détiennent des filiales sur le territoire calédonien et dès lors que l'opération reste sans effet sur les marchés calédoniens ;
- Une modification sémantique au sein de l'article Lp. 431-2 relatif au contrôle des équipements commerciaux en faisant référence, non plus à « *l'exploitant ou (au) futur exploitant* » mais à « *l'entreprise* ». Cette harmonisation rédactionnelle permettait de clarifier le fait qu'en droit de la concurrence, le pouvoir de marché de l'entreprise est appréhendé globalement, en tenant compte de toutes les entités ou exploitants du même groupe opérant dans la zone de chalandise concernée par l'opération de création ou d'extension d'une nouvelle surface de vente ;
- L'abrogation de l'article Lp. 441-1 du code de commerce relatif à la négociation d'accords interprofessionnels en matière de relations commerciales. L'Autorité ayant en effet constaté que cet article était redondant avec l'article Lp. 440-2, immédiatement précédent ;
- Un complément de l'article Lp. 441-3 du code de commerce, précisant que les factures peuvent être produites « *sur support papier ou dématérialisé* » afin d'adapter le droit à l'utilisation par les entreprises des nouvelles technologies, et, en particulier, la dématérialisation des process commerciaux ;

- Une rectification, au sein de l'article Lp. 444-1 du code de commerce, permettant non seulement aux agents de l'Autorité mais également aux agents des services du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie habilités à constater certaines infractions ou manquements, de saisir l'Autorité ;
- L'élargissement des pouvoirs d'enquête des agents de l'Autorité aux titre VI du code de commerce relatif aux avis. L'Autorité rappelait que ses avis sont souvent le fruit d'un travail d'enquête approfondi méritant de bénéficier d'une base légale claire, en lui permettant notamment de sanctionner les opérateurs refusant de répondre aux questions de l'Autorité après plusieurs relances.

L'Autorité proposait également de compléter l'avant-projet de loi en recommandant, à titre principal, de réformer la composition actuelle de la commission consultative des pratiques commerciales afin d'éviter toute interférence de nature politique, et de lui donner les moyens de remplir ses missions légales et l'autoriser à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...). A défaut, l'Autorité recommandait de supprimer la référence à cette commission, au premier alinéa de l'article Lp. 440-2 du code de commerce, relatif à la conclusion d'accords interprofessionnels, pour éviter d'entraver la mise en œuvre de cet article (**recommandation n° 1**).

Sur la clarification et la simplification des procédures, l'Autorité se prononçait également de façon favorable sur les modifications envisagées par l'avant-projet de loi du pays, visant à améliorer le traitement des dossiers mais aussi l'intelligibilité des textes dans l'intérêt des entreprises calédoniennes :

- Ainsi, l'Autorité constatait que l'avant-projet de loi du pays précisait, de manière substantielle, la procédure applicable en cas de non-respect des obligations liées au contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail et raccourcissait de 110 à 70 jours le délai dans lequel l'Autorité doit rendre sa décision. L'Autorité soulignait également que ces modifications d'ordre purement procédural avaient été approuvées par la plupart des opérateurs interrogés dans le cadre de l'instruction ;
- Afin d'améliorer encore le délai de traitement des dossiers, l'Autorité était également favorable au fait que le président ou le vice-président de l'Autorité, dès lors que sa décision est concordante avec les conclusions du service d'instruction, puisse statuer seul en matière de dérogation d'autorisation pour les opérations de concentration, comme il est déjà possible de le faire pour les autorisations de concentration (Lp. 431-5), d'équipement commercial (Lp. 432-3) et les décisions de mesures conservatoires (Lp. 464-1) ;
- L'Autorité saluait également, au nom d'une meilleure transparence, l'introduction de dispositions relatives à l'obligation de publication de ses décisions accordant une dérogation à la réalisation des opérations de concentration avant la décision finale de l'Autorité (Lp. 431-4) et les décisions d'injonctions en cas de pratiques commerciales restrictives (Lp. 444-1).

Par ailleurs, l'Autorité suggérait, dans sa **recommandation n° 2**, d'étendre les garanties procédurales proposées à la procédure d'infraction diligentée contre une entreprise ne respectant pas une décision de l'Autorité en application du V de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, relatif au défaut de notification d'une opération de concentration.

En outre, elle formulait, comme **recommandation n° 3**, de ne pas supprimer le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7 du code de commerce, garantissant le respect de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant l'Autorité, mais simplifier sa rédaction afin qu'il s'applique à toutes les procédures engagées devant l'Autorité en prévoyant qu'aucun agent du service d'instruction n'assistait au délibéré

Sur l'introduction d'une sanction pécuniaire en cas de refus de vente entre professionnels, l'Autorité précisait que l'article Lp. 442-1 du code de commerce n'interdit pas tout refus de vente entre professionnels mais uniquement le refus opposé à des « *demandes [qui] ne présentent aucun caractère anormal, [qui] émanent de demandeurs de bonne foi [lorsque] la vente de produits ou la prestation de service n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique* ».

Elle constatait en outre que, selon le même article, « *le refus de vente n'est pas constitué lorsqu'il repose sur un contrat commercial de clause d'exclusivité de vente au profit d'un ou plusieurs distributeurs* » de « *produits requérant une haute technicité ou des marchandises de haute qualité* ». Elle en déduisait que ces éléments étaient de nature à répondre aux observations des opérateurs interrogés dans le cadre de l'instruction.

L'Autorité considérait donc qu'il était tout à fait pertinent d'assortir l'interdiction prévue à l'article Lp. 442-1 d'une sanction pécuniaire adaptée au préjudice que peut causer un refus de vente injustifié entre professionnels. L'Autorité estimait néanmoins que les montants de sanction indiqués étaient élevés et ne pouvaient être que des montants maximum, la détermination de la sanction réelle devant être appréciée au cas par cas.

En guise de **recommandation n° 4**, l'Autorité engageait le gouvernement à préciser que le montant des sanctions prévu en cas de refus de vente injustifié entre professionnels est un plafond maximal de 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et 45 millions de francs CFP pour une personne morale.

Sur l'allongement des délais de paiement, l'Autorité saluait clarification envisagée quant au point de départ du délai puisque la date d'émission de la facture est plus facilement vérifiable que la date de réception ou d'exécution. Néanmoins, cette nouvelle rédaction ne change pas le point de départ théorique du délai de paiement puisque le vendeur est toujours tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de service, conformément à l'article Lp. 441-3 du code de commerce. L'Autorité signalait toutefois que, dans les faits, cette modification allait nécessairement rallonger les délais réels de règlement chaque fois que les factures seraient émises postérieurement à la livraison du bien ou à la réalisation de la prestation.

L'avant-projet de loi du pays envisageait un délai maximal de règlement entre professionnels à « trente jours fin de mois », ce qui était susceptible de porter le délai de règlement à 60 jours maximum, soit un doublement du délai légal en vigueur. A ce sujet, l'Autorité constatait les organisations professionnelles, entreprises et chambres consulaires avaient émis des avis divergents. En tout état de cause, l'Autorité estimait, compte tenu des spécificités de l'économie insulaire calédonienne, que la modification proposée conduisait à allonger de façon excessive le délai de paiement légal maximal. Elle soulignait que l'allongement généralisé des délais de paiement comportait un risque d'atteinte à la trésorerie des petites et moyennes entreprises et devait, s'il était voté, être davantage encadré et s'accompagner

nécessairement d'une augmentation très sensible du montant maximal de la sanction encourue en cas de non-respect de ce nouveau délai pour pallier ce risque.

S'agissant de l'introduction d'une modulation des délais de paiement par voie contractuelle, l'Autorité constatait que la rédaction proposée dans l'avant-projet de loi du pays manquait de clarté et n'emportait pas les suffrages des organisations professionnelles. En raison des spécificités du tissu économique calédonien, l'Autorité déconseillait au gouvernement d'introduire la faculté de déroger à ce nouveau délai légal maximal, par voie contractuelle.

En conséquence, **la recommandation n° 5** de l'Autorité suggérait, dans l'hypothèse où le gouvernement souhaitait maintenir sa proposition d'allongement des délais de paiement légaux interentreprises, malgré le risque de dégradation de la trésorerie des entreprises susceptible d'en résulter :

- De prévoir un délai de paiement maximal à 45 jours suivant la date d'émission de la facture plutôt qu'un délai de 30 jours fin de mois ;
- De supprimer la possibilité d'introduire un délai plus long par voie contractuelle ;
- D'augmenter, en contrepartie, le montant maximal des sanctions encourues de 1 à 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et de 5 à 45 millions de francs CFP pour une personne morale, à l'instar des sanctions pécuniaires prévues en cas de non-respect des règles de facturation (article Lp. 441-4 en vigueur).
- Enfin, la possibilité de déroger contractuellement au nouveau délai légal maximal était maintenue, de préciser que le délai négocié ne pourra en aucun cas dépasser 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. Le non-respect de ce délai devra lui aussi être sanctionné par un plafond maximal de sanction dissuasif qui pourrait être de 8,5 millions F.CFP pour une personne physique et 45 millions F.CFP pour une personne morale.

Recommandation n° [2021-R-01](#) du 25 mars 2021 concernant le projet de délibération relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie

La recommandation n° [2021-R-01](#) concernait la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie, dont l'Autorité avait déjà analysé l'organisation à l'occasion de son avis n° 19-A-01 relatif à la demande d'avis de la CPME-NC ainsi que dans son avis n° 19-A-05 sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

Le projet de délibération du gouvernement avait notamment pour objectif de « *permettre l'ouverture à la concurrence de la profession* ». L'Autorité s'est donc auto-saisie, par décision n° 2021-SO-01 du 25 janvier 2021, sur le fondement de l'article Lp. 462-4 du code de commerce qui prévoit que l'Autorité « *peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence* ».

Pour remettre ses recommandations au gouvernement, l'Autorité a pris soin de consulter à nouveau toutes les parties prenantes. Cette instruction, réalisée dans un délai contraint, a permis d'analyser à la fois les modalités de rémunérations des professions de mandataire judiciaires (chargés de représenter les intérêts des créanciers) et d'administrateurs judiciaires (chargés d'assister ou de remplacer les dirigeants pour faciliter la poursuite de l'exploitation) ainsi que les conditions d'accès à la profession.

Sur la situation concurrentielle de la profession, l’Autorité a constaté que l’organisation et le fonctionnement de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie avaient conduit à l’émergence d’un monopole de fait problématique pour les usagers, tandis que l’existence d’une seule étude d’administrateur judiciaire sur le territoire ne cristallise pas les mêmes critiques sur le coût des procédures et la durée en traitement des dossiers, principalement parce que le recours à un mandataire judiciaire est plus limité.

Les chiffres recueillis au cours de l’instruction montraient que les procédures collectives étaient en augmentation depuis 2018 même si cette tendance s’est inversée en 2020, principalement en raison des diverses aides Covid-19, de façon comparable à la métropole. Toutefois, cette baisse conjoncturelle n’est pas de nature à remettre en cause la nécessité d’insuffler davantage de concurrence au sein de la profession de mandataire judiciaire, d’autant que les organisations professionnelles disent anticiper une augmentation du nombre de procédures à l’issue des mesures d’accompagnement économique.

Ainsi, l’Autorité a constaté que ses recommandations précédentes⁶⁹ en faveur d’une réforme de l’organisation et de l’exercice de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie étaient donc toujours d’actualité, pour celles qui n’avaient pas encore été mises en œuvre ou partiellement mises en œuvre par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l’économie calédonienne. Le projet de délibération examiné dans le cadre de la recommandation n° [2021-R-01](#) s’inscrivait dans le prolongement de ces recommandations et tendait à réduire les coûts des procédures collectives et les barrières à l’entrée à la fonction de mandataire judiciaire.

S’agissant des modalités de rémunération des mandataires de justice, le projet de délibération envisageait :

- La révision à la baisse du droit fixe lié à l’ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires ;
- Le remplacement du droit proportionnel de 5 % en cas de contestations de créances par un barème dégressif ;
- Et la révision à la baisse du plafond maximal de rémunération relatif aux créances allouées aux mandataires judiciaires.

L’Autorité a constaté que le gouvernement n’avait pas consacré au niveau législatif le principe d’orientation vers les coûts des tarifs des mandataires et que le projet de délibération ne mentionnait toujours pas expressément ce principe alors qu’il est indispensable en matière de tarifs réglementés. L’Autorité formulait donc une **recommandation n° 1** afin de compléter le projet de délibération pour l’insertion d’un article liminaire énonçant le principe d’une orientation vers les coûts en s’inspirant de la rédaction des articles L. 444-2 et R.444-5 du code de commerce de l’Etat.

L’Autorité est également revenue sur la nécessité d’organiser la révision périodique des tarifs en Nouvelle-Calédonie. Elle proposait en conséquence, dans sa **recommandation n° 2**, de compléter le projet de délibération en insérant une clause de révision périodique des tarifs réglementés selon une fréquence quinquennale.

Le projet de délibération prévoyait aussi la révision à la baisse du droit fixe lié à l’ouverture de la procédure, par le biais d’une rémunération forfaitaire, en fonction du nombre de salariés

⁶⁹ Voir les avis n° 19-A-01 et n° 19-A-05.

de l'entreprise. Cette évolution apparaissait conforme aux recommandations de l'Autorité, de même que la suppression du droit proportionnel de 5 % alloué aux mandataires judiciaires concernant la contestation des créances. Toutefois, l'inscription des créances salariales dans l'assiette de rémunération des mandataires en cas de contestation de créances était en contradiction avec le droit métropolitain et les recommandations antérieures de l'Autorité, d'autant qu'aucun élément ni aucune spécificité économique locale ne justifiait un tel choix. L'Autorité suggérait donc, à travers sa **recommandation n° 3**, de supprimer les créances salariales de l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires, en matière de contestation des créances, et d'engager une réflexion avec l'ensemble des parties prenantes pour évaluer selon quelles modalités une affiliation à un fonds de garanties sur les salaires local ou métropolitain serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation.

Pour éviter le risque de « sur-rémunération » en cas de contestation de créances, l'Autorité proposait en outre de privilégier un droit fixe plutôt que la rémunération proportionnelle dégressive prévue à l'article R. 663- 14 du code de commerce, dont le montant exact - hors créances salariales - serait précisé dans l'arrêté à venir (**recommandation n° 4**).

L'Autorité a souligné dans son avis que la révision à la baisse du plafond maximal des droits relatifs aux créances alloués aux mandataires judiciaires à 7 millions F.CFP (contre 12 millions précédemment) s'inscrivait dans le bon sens mais n'apparaissait pas vraiment pertinente puisqu'un seul dossier par an dépassait ce seuil. La **recommandation n° 5** de l'Autorité proposait donc d'abaisser le plafond en s'inspirant du modèle polynésien qui prévoit un plafond maximal de 2 millions de F.CFP.

Par ailleurs, l'Autorité a regretté de n'avoir pu analyser le projet d'arrêté d'application déterminant les barèmes et montants prévus pour les émoluments des mandataires et, en conséquence, a invité le gouvernement à le lui transmettre sans délai dans sa **recommandation n° 6**.

Enfin, l'Autorité a estimé que l'entrée en vigueur du projet de délibération devait être fixée rapidement pour éviter le maintien d'une situation de « rente injustifiée » sans limite. Elle recommandait, au sein d'une **recommandation n° 7**, de fixer dans la délibération le délai dans lequel l'arrêté d'application devait être adopté. L'Autorité suggérait un délai de trois mois, pour une entrée en vigueur le lendemain de sa publication au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

S'agissant de l'organisation et du fonctionnement des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire, l'Autorité a constaté que le projet de délibération complétait le cadre législatif existant, principalement :

- En établissant les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission des mandataires, en précisant la procédure d'examen des candidatures à la fonction de mandataires de justice ;
- En établissant le cadre dans lequel un mandataire de justice peut être poursuivi disciplinairement
- Et en fixant les obligations et règles comptables qui s'imposent aux mandataires de justice.

Dans son analyse, l'Autorité a insisté sur la nécessité de garantir la transparence, de façon générale, de l'action de la commission des mandataires en prévoyant que ses décisions soient motivées et rendues publiques (**recommandation n° 8**).

En matière d'examen des candidatures, la **recommandation n° 9** suggérait en outre de compléter le code de commerce pour fixer un délai maximal de six mois entre la demande d'inscription des candidats et la décision de nomination ou non par la commission.

Sur les seuils de désignation des administrateurs judiciaires, l'Autorité a constaté qu'il était supérieur en Nouvelle-Calédonie (seuil de 50 salariés) par rapport à la métropole (seuil de vingt salariés) et ce, sans adéquation avec la réalité du tissu économique calédonien composé essentiellement de TPE et de PME. L'Autorité préconisait donc, dans une **recommandation n° 10**, de modifier la délibération n° 352 et de fixer le seuil de désignation des administrateurs judiciaires adaptés à la réalité du tissu économique calédonien, qui pourrait être de 20 salariés.

Avis n° [2021-A-03](#) du 12 octobre 2021 sur le projet de délibération instituant des mesures exceptionnelles relatives à l'épidémie de la covid-19

Le 29 septembre 2021, l'Autorité a été saisie en urgence par le gouvernement d'un projet de délibération instituant des mesures exceptionnelles relatives à l'épidémie de la covid-19 qui visaient, en particulier, à encadrer les prix des services de pompes funèbres et de l'oxygène à usage médical.

Le premier alinéa de l'article Lp. 411-1 du code de commerce dispose que « *Les projets et propositions de lois du pays et de délibérations du congrès relatifs à la réglementation des prix sont adoptés après avis de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et du comité de l'observatoire des prix et des marges.* » Il précise également que, lorsque l'urgence est signalée, comme c'était le cas en l'espèce, le délai dont dispose l'Autorité pour rendre son avis est réduit à 15 jours.

Dans son avis n° [2021-A-03](#), l'Autorité rappelle en préambule qu'en application des principes posés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, le législateur calédonien peut déroger, sur le fondement de l'article Lp. 411-2 du code de commerce, au principe de liberté des prix, qui découle de la liberté d'entreprendre, pour encadrer, par délibération du Congrès :

- Les prix de tous produits ou services pour lesquels les conditions d'une concurrence libre et non faussée ne sont pas réunies ;
- Et/ou les prix des seuls produits et services de première nécessité ou de grande consommation compte tenu de leur impact sur le budget des ménages.

Sous ces deux hypothèses alternatives ou cumulatives, le gouvernement peut donc réglementer les prix des produits et services concernés à tous les stades de leur commercialisation (production/importation/grossiste/détaillant), qu'ils soient destinés à être vendus directement ou non aux consommateurs finaux, dès lors que la réglementation prévue répond à un objectif d'intérêt général et soit adaptée et proportionnée pour l'atteindre.

S'agissant de l'oxygène médical, l'Autorité a considéré que ce médicament, principalement utilisé par les établissements hospitaliers pour assurer la réanimation des patients en cas d'insuffisance respiratoire, entrait effectivement dans le champ du II de l'article Lp. 411-2 du

code de commerce et pouvait faire l'objet d'un encadrement des prix, en raison de la domination du marché par la société Gazpac, opérateur en situation de monopole de fait sur le territoire.

L'Autorité a également estimé que la maîtrise des tarifs de vente de l'oxygène médicinal en période de crise sanitaire majeure liée à l'épidémie de la covid-19, constituait un objectif d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte à la liberté des prix, afin d'éviter un éventuel effet d'aubaine de la part de l'opérateur en situation de monopole, bien qu'à ce jour aucun abus n'ait été constaté.

Néanmoins, la **recommandation n° 1** invitait le gouvernement à restreindre le champ de la réglementation des prix envisagée pour que cette mesure soit strictement limitée à la seule période pendant laquelle la Nouvelle-Calédonie enregistre des hospitalisations liées à l'épidémie de la covid-19.

Enfin, l'Autorité a estimé que, parmi les différentes mesures de réglementation des prix prévues par le I de l'article Lp. 411-2 du code de commerce, la mesure la plus adaptée et la plus proportionnée au risque d'effet d'aubaine soulevé par le gouvernement était de placer l'oxygène à usage médicinal sous le régime de la « liberté contrôlée » dans le cadre d'un arrêté. Cette solution, formulée au sein de la **recommandation n° 2**, laissait la société Gazpac libre de faire évoluer ses tarifs sous réserve d'autorisation préalable du gouvernement.

S'agissant des services de pompes funèbres et services funéraires, dont le montant était compris, au moment où l'Autorité rendait son avis, entre 370 000 F.CFP et près d'1 000 000 F.CFP pour une personne décédée de la covid-19, l'Autorité s'est accordée avec le gouvernement pour considérer que ces services entraient bien dans le champ des prestations de service de première nécessité ayant un impact sur le budget des ménages. Dès lors, il y avait lieu de considérer qu'ils pouvaient faire l'objet d'un encadrement tarifaire au sens de l'article Lp. 411-2 du code de commerce.

Dans son avis, l'Autorité a souligné qu'aucun élément ne permettait de considérer que les opérateurs funéraires publics ou privés avaient augmenté leurs tarifs en raison de la crise sanitaire, certains les ayant même baissés.

Néanmoins, l'Autorité a estimé que les circonstances particulières (coûts élevés, deuils multiples, confinement limitant les solidarités habituelles, courts délais de décision...) réduisaient les possibilités de mise en concurrence des opérateurs privés et pouvaient justifier un encadrement tarifaire des prestations de pompes funèbres en situation de crise sanitaire liée à la covid-19, afin de répondre à un objectif d'intérêt général de préservation du pouvoir d'achat des calédoniens.

Compte tenu des risques anticoncurrentiels inhérents à toute réglementation des prix, l'Autorité a préconisé, dans une recommandation n° 3, que cet encadrement tarifaire soit limité dans le temps à la crise sanitaire et ne vise que les seules prestations strictement nécessaires à la prise en charge des décès liés à l'épidémie de la covid-19.

A cet égard, l'Autorité a estimé que les prestations incontournables pour les décès liés à l'épidémie de la covid-19 étaient les suivantes :

- Préparation du corps ;
- Fourniture de housses mortuaires et de cercueils ;
- Mise en bière ;

- Transport de corps après mise en bière ;
- Convoi funéraire ;
- Conservation du corps ;
- Inhumation ou crémation (avec la fourniture des urnes).

En réponse à la demande exprimée par le gouvernement, l’Autorité a présenté, sur la base des factures des opérateurs funéraires privés et des tarifs publics des communes, les fourchettes de prix les plus bas les plus souvent constatées pour chacune de ces prestations.

Dans la mesure où certaines prestations incontournables dépendent du choix des familles, du lieu des obsèques et des tarifs fixés par les communes, l’Autorité a recommandé de limiter l’encadrement des prix des prestations funéraires aux seules prestations essentielles en période de covid-19 (**recommandation n° 4**).

S’agissant du niveau des prix susceptibles d’être fixé par le gouvernement, l’Autorité a recommandé de privilégier l’introduction d’un « bouclier funéraire » consistant à fixer un prix plafond en valeur absolue pour l’ensemble des prestations funéraires essentielles plutôt qu’un prix plafond pour chacune des prestations funéraires incontournables, en distinguant une formule « concession terre » et une formule « concession caveau », afin de tenir compte du choix des familles en cas d’inhumation ou de crémation. En conséquence, la **recommandation n° 5** préconisait de fixer le plafond maximal de chacune de ces formules sur la base des prix les plus bas les plus souvent constatés sur le territoire, et, en tout état de cause, à un niveau inférieur à la moyenne de ces prix.

L’Autorité a rappelé en outre que, pour apprécier le coût global des funérailles, il faut ajouter aux prestations essentielles fournies par les opérateurs privés et comprises dans ces deux formules, les prestations incontournables liées à la conservation du corps et aux frais d’inhumation et de crémation qui dépendent principalement des choix des familles et des tarifs fixés par les communes. L’Autorité a estimé que, dans l’hypothèse où le gouvernement choisirait de suivre la recommandation n° 5, le coût total minimal des funérailles liées aux décès dus à la covid-19 pourrait être réduit :

- De 5 à 39 % selon les communes, par rapport au niveau moyen constaté à l’époque sur l’ensemble du territoire calédonien ;
- De 13 à 52 % par rapport au coût global le plus élevé constaté dans chaque commune.

Par ailleurs, l’Autorité s’est interrogée sur l’efficacité du mécanisme prévu à l’article 11 du projet de délibération qui permettait le remboursement de 50 % des « frais directement liés à la mise en œuvre des protocoles d’inhumation spécifiques pour lutter contre la propagation du virus Covid-19 », à la demande des familles.

Etant donné le faible montant des frais considérés et le coût de gestion tant pour les familles que pour le gouvernement, l’Autorité a recommandé, dans sa **recommandation n° 6**, de le remplacer par un mécanisme de remboursement direct des opérateurs funéraires sur la base de leurs factures et de leur interdire, en contrepartie, de les refacturer aux familles. Dans cette hypothèse, il conviendrait de soustraire le prix des housses mortuaires des formules « concession terre » et « concession caveau », dont le prix au consommateur serait plafonné.

Enfin, l’Autorité a constaté une asymétrie d’informations, voire des rentes informationnelles au détriment des familles, en fonction du lieu de décès concernant, d’une part, les différents opérateurs funéraires susceptibles d’organiser les obsèques sur l’ensemble du territoire,

d'autre part, en raison de l'absence de transparence tarifaire de la part des opérateurs privés et publics. En conséquence, l'Autorité a formulé trois recommandations au gouvernement :

- **Recommandation n° 7** : élaborer une liste officielle énumérant les différents opérateurs de pompes funèbres du Grand Nouméa et de Brousse en précisant pour chacun d'eux : le nom du ou des gérants, leur adresse et leur numéro de téléphone ainsi que les coordonnées des sociétés appartenant au même gérant, afin de permettre aux familles de pouvoir faire jouer la concurrence. Cette liste serait affichée sur le site « prix.nc » ainsi que dans les centres hospitaliers et diffusées dans l'ensemble des mairies de Nouvelle-Calédonie ;
- **Recommandation n° 8** : imposer aux opérateurs funéraires d'établir et de transmettre aux consommateurs une documentation générale présentant l'ensemble de ses tarifs, modulables en fonction de critères objectifs, pour chacune des prestations funéraires qu'ils proposent. Cette documentation générale devrait être affichée dans les locaux accueillant du public ainsi que sur le site internet ou la page Facebook de chaque opérateur funéraire. Cette obligation devrait être assortie d'une sanction administrative dissuasive susceptible d'être infligée par les services du gouvernement à la suite d'un contrôle sur pièce ou sur place ;
- **Recommandation n° 9** : inviter toutes les communes de Nouvelle-Calédonie disposant d'un cimetière municipal à publier systématiquement, sur leur site internet et en mairie, les tarifs de concession ou de colombarium ainsi que les éventuels autres frais accessoires facturés par la commune.

B. L'avis relatif à une demande 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 recommandations⁷⁰, 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

⁷⁰ 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.

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° [2021-A-02](#) du 7 avril 2021 relatif à une demande de mesures de régulation de marché de la société Etablissements Saint-Quentin SAS (ESQ)

L'avis n° [2021-A-02](#), a été requis à la suite d'une demande de régulation de marché formulée par la société Etablissements de Saint-Quentin (ESQ). La société ESQ et sa filiale Plastinord sont les seuls producteurs locaux de tubes et tuyaux en Nouvelle-Calédonie, et sont plus particulièrement orientées sur la fabrication de produits en PVC qui représente 70 % de la production locale.

Afin de favoriser la concurrence entre les produits locaux et importés, la société ESQ demandait au Gouvernement d'introduire, pour une période de six ans :

- Un droit fixe de 520 F.CFP/kg sur les importations de tubes et tuyaux en PVC relevant du TD. 3917.23.13,
- Un droit fixe de 220 F.CFP/kg sur les importations de tubes et tuyaux en PVC relevant du TD 3917.23.15
- Et une taxe de régulation de marché de 60% sur les importations de tubes et tuyaux en PE (polymère de l'éthylène) relevant des TD. 3917.21.14 et 3917.32. 14 et en PP (polymère de propylène) relevant du TD. 3917.32.41.

La société ESQ avait demandé fin 2019 un renouvellement des mesures d'interdiction d'importation (« STOP ») sur ces cinq positions tarifaires précitées, à l'instar de celles en vigueur depuis 2015. Cette demande avait été rejetée par le Gouvernement, suivant l'avis négatif de sa Direction des affaires économiques (DAE) et de l'Autorité⁷¹. Depuis octobre 2019, les tubes et tuyaux en PVC peuvent être importés librement et un quota d'importation de 70 tonnes a été instauré pour limiter l'importation de tubes et tuyaux relevant des TD. 3917.32.14 et 3917.32.41.

Dans sa nouvelle demande, la société ESQ proposait, en contrepartie des protections tarifaires demandées, les mêmes engagements qu'en 2019 (amélioration de la qualité et de la diversité des produits, normalisation des produits, renforcement de l'investissement, maintien ou création de l'emploi...) auxquels elle ajoutait un engagement de baisse de 10 % de ses prix de vente public, ayant précisé au cours de l'instruction qu'elle maintiendrait ses conditions de remises actuelles en faveur des professionnels, quincailleries et revendeurs

⁷¹ Avis n° [2019-A-06](#) du 24 décembre 2019

(allant de - 20 % à - 61 % rapport au prix public) pour qu'ils profitent également de cette baisse de prix sur l'ensemble de ses produits.

Considérant que l'article Lp. 410-2 du code de commerce n'autorise de déroger à la liberté des prix et à la libre concurrence par l'introduction de mesures de régulation de marché qu'« *en vue de favoriser l'écoulement des biens produits ou transformés localement et de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés* », l'Autorité a invité le Gouvernement à accorder certaines protections tarifaires à la société ESQ, dans certaines limites et sous réserve des recommandations suivantes :

Recommandation n°1 : Limiter le champ des mesures de régulation tarifaire susceptibles d'être accordées à la société ESQ et sa filiale Plastinord ainsi que celui des engagements exigés en contrepartie aux seuls tubes et tuyaux en PVC importés sous les tarifs douaniers 3917.23.13 et 39.17.23.15 pour lesquels il est démontré que la compétitivité-coût de la production locale est structurellement négative par rapport aux produits importés.

Recommandation n°2 : Plafonner le niveau de la TRM sur les produits importés sous les TD. 3917.23.15 et 3917.23.13 à un niveau permettant au maximum le strict rattrapage du différentiel de compétitivité-coût subi par ESQ par rapport au prix de revient des produits importés. Celui-ci est estimé à 200F/kg maximum sur l'ensemble des produits relevant de ces deux positions douanières.

Recommandation n°3 : Privilégier l'application d'une TRM de 60 % sur la valeur CAF des produits importés sous les TD. 3917.23.13 et 3917.23.15, qui constitue le plafond maximal actuellement prévu par l'article R. 413-9 du code de commerce, l'application d'un droit fixe de 200F/kg correspondant à un niveau de TRM supérieur au plafond réglementaire de 60 %.

Recommandation n°4 : Elargir le champ des dérogations susceptibles d'être accordées par le gouvernement, sur le fondement de l'article Lp. 413-19, aux mesures de régulation tarifaires mentionnées à l'article Lp. 413-20. Autrement, le prix de nombreux produits non fabriqués localement seront renchéri par la TRM décidée par le Gouvernement au détriment des consommateurs sans aucune justification tenant à la protection de la production locale.

Considérant enfin que l'engagement de baisse de prix de 10 % des tarifs de la société ESQ était très insuffisant pour compenser la hausse des prix de revient et des prix de vente des produits importés concurrents et l'atteinte à la concurrence des produits importés, l'Autorité a invité le Gouvernement à demander à la société ESQ et à sa filiale Plastinord qu'elle contrôle de :

Recommandation n° 5 : Réviser, dans un délai de trois mois, leurs tarifs publics afin que ceux-ci soient établis à partir du coût de revient de chaque produit, majoré d'une marge raisonnable, qui pourrait d'ailleurs être encadrée par arrêté du gouvernement en contrepartie de la protection tarifaire accordée, puisque celle-ci conduira la société ESQ et sa filiale à se retrouver en situation de quasi-monopole sur le marché calédonien. A cet égard, les tarifs publics devraient à minima être réduits de 15 à 20 % étant donné le niveau de remise systématique pratiqué auprès des consommateurs ;

Recommandation n° 6 : Réviser, dans le même délai, leurs conditions générales de vente afin de préciser sur quels critères objectifs et précis des remises sur les nouveaux tarifs publics pourraient, le cas échéant, être accordées par catégorie de clients : consommateurs, professionnels, quincailleries et revendeurs, en respectant les dispositions des articles Lp. 441-2-1 et Lp. 441-6 du code de commerce ;

Recommandation n° 7 : Introduire, dans un délai maximal d'un an, une comptabilité analytique permettant de s'assurer de la séparation comptable des activités de production et de négoce.

Dans ces conditions, l'Autorité a suggéré au Gouvernement d'introduire une TRM de 60 % sur les tubes et tuyaux en PVC importés sous les TD. 3917.23.13 et 3917.23.15 pour une durée de trois ans, renouvelable automatiquement une seule fois pour une durée analogue, sous réserve de l'obtention de l'agrément définitif des produits locaux au titre du RCNC et du maintien des engagements précités, dès lors que la société ESQ et sa filiale Plastinord les auraient bien respectés (**Recommandation n°8**).

C. L'avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie

Avis n° [2021-A-04](#) du 20 décembre 2021 sur le fonctionnement concurrentiel du secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie

Conformément à sa feuille de route pour l'année 2021, l'Autorité s'est intéressée au secteur des pompes funèbres et a remis, à la demande du gouvernement, un avis sur le fonctionnement concurrentiel de ce secteur en Nouvelle-Calédonie.

L'instruction de cette demande d'avis sectoriel a été menée au cours de la deuxième moitié de 2020 et jusqu'au mois de décembre 2021. Elle s'est appuyée sur les 26 auditions des principaux acteurs institutionnels et professionnels du secteur, sur de nombreuses demandes d'informations ainsi que sur la documentation juridique et économique disponible. L'avis n° [2021-A-04](#) s'inscrit dans la suite de l'avis n° [2021-A-03](#) du 12 octobre 2021 rendu en urgence à la demande du gouvernement pour évaluer la pertinence d'un encadrement des prix de certaines prestations de pompes funèbres dans le contexte de l'épidémie de covid-19.

1. Le fonctionnement du marché des prestations de pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité a constaté que l'offre sur le marché des pompes funèbres émanait de 11 opérateurs funéraires privés, 7 installés dans le Grand Nouméa et 4 en Brousse. L'avis n° [2021-A-04](#) relève qu'il n'y a pas d'opérateur funéraires dans les îles. Ces opérateurs ne proposent pas tous une gamme complète de prestations funéraires, plusieurs d'entre eux assurant la sous-traitance de certaines prestations pour d'autres. Il faut souligner que plusieurs entreprises de pompes funèbres installées dans le Grand Nouméa ont créé des sociétés satellites qui peuvent apparaître comme concurrentes alors qu'elles appartiennent au même gérant et qu'elles n'ont aucune autonomie commerciale.

L'Autorité soulignait également que l'offre de prestations funéraires pouvait aussi émaner d'acteurs publics. Tout d'abord, certaines communes proposent, en plus des concessions funéraires, d'autres services funéraires comme la mise à disposition de chambres funéraires (Nouméa, Païta, Bourail, Koumac, Houailou, La Foa et Moindou). De plus, les établissements hospitaliers disposant d'une chambre mortuaire, comme le CHT et la Clinique Kuindo-Magnin, ou de tiroirs réfrigérés, comme au CHN, sont également des acteurs importants du marché.

S'agissant de la demande de prestations funéraires, elle provient principalement des familles des défunts et constitue une demande captive et vulnérable en raison du deuil et des délais contraints dans lesquels les obsèques doivent être organisées.

L'Autorité a constaté dans son avis que la demande en prestations funéraires émane aussi des services de la Police et la Gendarmerie nationales qui sont amenés, majoritairement dans le cadre d'accidents de la route, à faire appel à un opérateur funéraire pour le transport de corps avant mise en bière de personnes décédées sur le lieu de l'accident. Dans ces circonstances, la Police et la Gendarmerie ont chacun recours à un planning spécifique pour réquisitionner les opérateurs.

Enfin, les établissements de santé (hôpitaux, CHS, maisons de retraite...), peuvent également faire appel à un opérateur, sur la base d'un planning qui leur est propre, afin qu'il assure le transport avant mise en bière du corps d'un patient décédé, sans famille ou à défaut de choix d'un opérateur funéraire par la famille.

2. Les imperfections de marché conduisant à des préoccupations de concurrence

L'avis de l'Autorité a soulevé de nombreuses imperfections de marché au niveau de l'offre de prestations funéraires qui limitent le jeu de la concurrence au détriment des consommateurs vulnérables.

En premier lieu, l'absence de transparence des prix des diverses prestations proposées par les opérateurs privés et publics est généralisée et contrevient manifestement aux dispositions des articles 26 et 27 de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, qui imposent d'informer le consommateur, préalablement à tous travaux, sur un nombre d'informations spécifiques.

L'instruction a permis de constater que, dans les locaux des opérateurs funéraires privés de Nouvelle-Calédonie, les prix des prestations de pompes funèbres n'étaient pas affichés. Mais le problème de transparence des tarifs des prestations de pompes funèbres se pose également pour les droits funéraires facturés par les communes, que ce soient la location d'un caisson réfrigéré, d'une salle de veille, d'une salle de préparation de corps ou encore des droits de concessions funéraires. Si les droits funéraires sont généralement affichés, l'instruction a relevé qu'ils ne sont pas facilement accessibles en ligne et que la comparaison des tarifs, pour les consommateurs ayant le choix de la commune d'inhumation, est compliquée. L'Autorité a estimé que ce point était d'autant plus important qu'il existait des différences tarifaires conséquentes en fonction de la commune dans laquelle a lieu l'inhumation.

En second lieu, il est apparu à l'Autorité que les prestations de pompes funèbres offertes par les opérateurs funéraires privés sont parfois présentées de manière différente, ce qui rendait les comparaisons difficiles. Ainsi, en l'absence de tarif uniforme pour une même prestation, un même opérateur peut proposer 4 à 8 tarifs différents pour la même prestation alors qu'au moins un des concurrents est capable de proposer un tarif unique par prestation sur l'ensemble de ses factures. Il en résulte des différences de prix très importantes entre opérateurs funéraires publics ou privés pour la même prestation.

En troisième lieu, l'Autorité a constaté une surfacturation injustifiée de certains services funéraires municipaux lorsqu'ils sont délégués à des opérateurs privés. Ainsi, le CFM de Nouméa a choisi un système hybride en facturant aux familles la location du caisson réfrigéré, le dépôt du corps la nuit en salle sécurisée et la location de la salle de veille (chambre simple ou chambre double) et à l'opérateur funéraire, la location de la salle de préparation du corps. Ce système hybride manque de transparence à l'égard des familles, laissant les opérateurs

funéraires libres de surfacturer la location de la salle de préparation de corps du CFM, à leurs dépens. Consciente de ces problèmes, la mairie de Nouméa a déclaré avoir demandé aux sociétés de pompes funèbres de joindre à leurs devis les tarifs CFM. A Bourail, le gestionnaire de la chambre funéraire municipale de Bourail facture la location du caisson réfrigéré 5 000 F. CFP pour 24h alors que la commune de Bourail lui a délégué la gestion de sa chambre funéraire moyennant un loyer de 5 000 F par mois. Or, la société Bourail Funéraire prend en charge près de 8 corps par mois, de sorte qu'elle refacture 8 fois le prix de la prestation de la commune correspondant à la location d'un caisson réfrigéré. De la même manière, le gestionnaire de la chambre funéraire de Koumac facture aux familles qui s'y rendent « 4 200 F. CFP hors taxes le déplacement pour aller ouvrir la morgue. Or, il ressort de l'instruction que cette prestation a pu être facturée 6 fois, et même jusqu'à 10 fois, pour un même défunt.

En quatrième lieu, l'Autorité a relevé que la réglementation obsolète en matière de transport de corps avant mise en bière et les contrôles aléatoires en la matière étaient susceptibles d'entraîner des distorsions de concurrence entre opérateurs funéraires. Le transport de corps avant mise en bière est l'une des rares activités funéraires réglementées en Nouvelle-Calédonie. Pourtant cette réglementation date de 1988 et n'a jamais été révisée depuis lors. Elle n'apparaît plus adaptée aux évolutions techniques des véhicules funéraires. Ainsi, de façon paradoxale, les opérateurs ayant investi dans des systèmes innovants et performants pourraient ne pas se voir délivrer d'agrément pour leur véhicule, à la différence d'autres opérateurs funéraires ayant un équipement plus ancien et offrant un service de moins bonne qualité avec leur véhicule. De plus, les opérateurs funéraires privés ayant fait des investissements importants pour se conformer aux règles en vigueur en Nouvelle-Calédonie peuvent se trouver désavantagés par rapport à ceux ayant fait fi de la réglementation et continuant à exercer sans difficultés en passant à travers le champ du contrôle des services de la Nouvelle-Calédonie.

En cinquième lieu, comme l'Autorité l'avait déjà souligné dans son avis n° [2021-A-03](#), l'information portée aux familles quant à l'offre en opérateurs funéraires sur la Grande Terre est confuse et/ou partielle en fonction des lieux de décès. Ainsi, les listes d'opérateurs funéraires fournies aux familles par les centres hospitaliers ou les communes non transparentes, partielles et confuses. A titre d'exemple, certains opérateurs de pompes funèbres apparaissent plusieurs fois sur les listes et le planning du CHT tandis que d'autres, en particulier les opérateurs de brousse, y figurent aléatoirement ou n'y figurent pas du tout. Une information différente et partielle de nature à fausser la concurrence est donc proposée aux familles de patients décédés au CHT, en fonction du service où le patient est décédé et du personnel soignant accueillant les familles. Or, l'existence de ces rentes informationnelles et de ces asymétries d'informations à l'égard des familles soulèvent des préoccupations de concurrence.

En sixième lieu, l'Autorité a constaté qu'il existait de potentiels risques anticoncurrentiels en raison des relations entre opérateurs funéraires et établissements de santé pour la prise en charge de patients décédés, qui sont susceptibles d'orienter le choix des familles vers l'opérateur avec lequel l'établissement de santé entretient ce type de relations. En effet, le CHT et la clinique Kuindo-Magnin ont délégué la gestion de leur salle de dépôt de corps réfrigéré à un opérateur funéraire privé. En métropole, le Conseil d'Etat a établi la chambre mortuaire d'un établissement de santé être placée « *sous la responsabilité directe de l'établissement de santé lui-même, ce qui exclut la faculté de confier par convention à un opérateur extérieur la gestion de la chambre mortuaire installée dans un établissement de*

santé. Une telle convention, au surplus, procurerait évidemment un avantage à cet opérateur dans l'exercice de ses activités funéraires, ce qui contredirait l'esprit de la loi du 8 janvier 1993 et, plus généralement, les principes de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence »⁷². L'Autorité a souligné dans son avis qu'elle partageait l'analyse du Conseil d'Etat et considérait que toute forme d'arrangement entre opérateurs funéraires et établissements de santé, quelle que soit sa forme (accord, partenariat...), devrait être interdite car elle limite nécessairement l'exercice d'une concurrence libre et effective sur le(s) marché(s) concerné(s) en laissant les établissements de santé exercer une influence sur le choix d'un opérateur funéraire par les familles.

En septième lieu, l'Autorité a estimé que la délégation d'une chambre funéraire municipale à un opérateur privé proposant d'autres prestations funéraires faisait également naître de potentiels risques anticoncurrentiels. Cette situation place l'opérateur en question en position de force vis-à-vis de ses concurrents et peut créer une certaine confusion dans l'esprit des consommateurs qui ne savent pas qu'ils peuvent choisir un autre opérateur funéraire pour l'organisation des obsèques. C'est la raison pour laquelle le Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit en métropole que l'opérateur funéraire, délégataire de la gestion et de l'utilisation d'une chambre funéraire municipale ait des locaux distincts de ladite chambre funéraire pour les autres prestations funéraires qu'il offre, afin d'éviter tout risque de confusion dans l'esprit des familles entre les activités funéraires d'un opérateur funéraire liées à la gestion d'une chambre funéraire municipale d'une part et les autres prestations funéraires qu'il propose, d'autre part. L'Autorité a relevé dans son avis qu'il n'était pas exclu que les pratiques constatées dans le cadre de l'instruction de l'avis n° [2021-A-04](#) puissent être constitutives d'un abus de position dominante, notamment là où la concurrence entre opérateurs funéraires opérant autour d'une chambre funéraire est dynamique.

En huitième lieu, l'Autorité a décelé de potentiels risques anticoncurrentiels liés à l'élaboration de plannings de garde discriminatoires par les hôpitaux ou les forces de l'ordre. Il arrive en effet que les plannings mentionnent à plusieurs reprises la même entreprise, au sens du droit de la concurrence tandis que d'autres qui n'y apparaissent qu'une seule fois, ou pas du tout, ce qui aboutit à favoriser les trois principaux opérateurs funéraires privés du Grand Nouméa, aux dépens des autres plus petits, faussant ainsi le jeu de la concurrence. En outre, il est apparu que certaines sociétés figurant sur les plannings n'assuraient plus les prestations de transport de corps avant mise en bière.

En neuvième et dernier lieu, l'Autorité a constaté que la carence de l'offre en chambres funéraires sur le territoire calédonien engendrait des frais de transport importants. Dans un contexte de pénurie de chambres funéraires, le centre funéraire municipal de Nouméa fait office de chambre funéraire pour pratiquement tout le territoire. Ce manque d'infrastructures en Nouvelle-Calédonie engendre des distances plus longues pour se rendre vers la chambre funéraire la plus proche et ainsi des frais liés aux transports de corps avant et après mise en bière plus importants qui pèsent nécessairement sur les familles les plus isolées. De plus, les équipements des communes des autres îles de la Nouvelle-Calédonie se limitent au mieux à une chambre froide et ne permettent pas la conservation des corps, ni le recueillement des familles, de la même manière que sur la Grande Terre. L'Autorité a relevé, néanmoins, que des projets à l'initiative des communes de La Foa, Koné et Maré étaient en cours, afin qu'elles puissent se doter d'une chambre funéraire.

⁷² Voir l'avis du Conseil d'Etat n° 357 297 du 24 mars 1995.

3. Les recommandations de l'Autorité

Afin de remédier aux préoccupations de concurrence constatées, l'Autorité a formulé 15 recommandations s'inscrivant principalement dans deux optiques :

- D'une part, introduire une réglementation complète du secteur funéraire en Nouvelle-Calédonie destinée à favoriser la transparence commerciale et la concurrence loyale entre les opérateurs funéraires ;
- D'autre part, renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques commerciales trompeuses qui pénalisent les consommateurs calédoniens vulnérables, en introduisant également un dispositif nouveau de médiation au bénéfice des consommateurs à la charge des opérateurs de pompes funèbres.

Introduire une réglementation spécifique et complète du secteur funéraire en Nouvelle-Calédonie :

1. Définir, à l'instar de l'article L. 2223- 19 du CGCT, une liste des activités de pompes funèbres standard entrant dans le champ du « service extérieur des pompes funèbres » et réglemente chacune d'elle, afin de pallier les imperfections de marché constatées qui pèsent in fine sur les familles. La réglementation calédonienne du secteur devrait néanmoins être adaptée aux spécificités locales et tenir compte, notamment, de l'importance de respecter les rites culturels et culturels locaux.
2. S'inspirer de la réglementation métropolitaine afin de prévoir que les régies, les entreprises ou les associations et chacun de leurs établissements qui, habituellement, sous leur marque ou non, fournissent aux familles des prestations de service extérieur de pompes funèbres, soient habilités par les services du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, selon des modalités et une durée prévues par une délibération du Congrès. Cette habilitation serait valable sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie.
3. Prévoir la rédaction, par les opérateurs funéraires, d'une charte du respect de la personne endeuillée et des obligations déontologiques liées à l'exercice du métier. Celle-ci devrait être obligatoirement affichée dans les locaux des sociétés de pompes funèbres et sur leur site internet.
4. Élaborer une liste officielle énumérant les différents opérateurs de pompes funèbres du Grand Nouméa et de Brousse en précisant pour chacun d'eux : le nom du ou des gérants, leur adresse et leur numéro de téléphone ainsi que les coordonnées des sociétés appartenant au même gérant, afin de permettre aux familles de pouvoir faire jouer la concurrence. Cette liste serait affichée sur le site « prix.nc » ainsi que dans les centres hospitaliers et diffusée dans l'ensemble des mairies de Nouvelle-Calédonie.
5. Imposer aux opérateurs funéraires d'établir et de transmettre aux consommateurs une documentation générale présentant l'ensemble de ses tarifs, modulables en fonction de critères objectifs, pour chacune des prestations funéraires qu'ils proposent. Cette documentation générale devrait être affichée dans les locaux accueillant du public ainsi que sur le site internet ou la page Facebook de chaque opérateur funéraire. Cette obligation devrait être assortie d'une sanction administrative dissuasive susceptible d'être infligée par les services du gouvernement à la suite d'un contrôle sur pièce ou sur place.

6. Imposer à toutes les communes de Nouvelle-Calédonie disposant d'un cimetière municipal de publier systématiquement, sur leur site internet et en mairie, les tarifs de concession ou de colombarium ainsi que les éventuels autres frais accessoires facturés par la commune.
7. Créer un modèle standardisé de devis et de contrat, en distinguant les prestations minimales obligatoires relevant du service extérieur de pompes funèbres, des prestations non obligatoires (frais de dossiers, fleurs, pierre tombale, presse...), mais également les prestations ayant été assurées par d'autres acteurs et qui font l'objet d'une facturation aux familles par l'opérateur funéraire qu'elles ont choisi.
8. Encadrer la possibilité pour les opérateurs funéraires de proposer un contrat-obsèques ou toute autre formule de financement des obsèques préalable au décès, en s'inspirant du dispositif métropolitain prévu aux articles L. 2223-33 à 2223-34 du CGCT.
9. Interdire tout type d'arrangements entre des opérateurs funéraires privés 98 et des établissements de santé (hôpitaux, CMS, maisons de retraite...) ou les forces de l'ordre, quelle qu'en soit sa forme – y compris les cadeaux d'opérateurs funéraires au personnel soignant des hôpitaux ou aux agents des forces de l'ordre – qui pourraient avoir pour conséquence d'encourager ou d'influencer les familles dans le choix d'un opérateur funéraire, voire de leur en imposer un.
10. Elaborer un planning commun de garde de l'ensemble des 11 entreprises de pompes funèbres afin d'éviter tout traitement discriminatoire.
11. Imposer l'organisation d'un appel d'offres même si le marché se situe en dessous du seuil fixé par la réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie. Lorsqu'une commune souhaite déléguer à un opérateur funéraire privé la gestion de sa chambre funéraire.
12. Interdire aux entreprises ou associations bénéficiant d'une régie ou d'une délégation de service public⁵⁴¹, les publicités et autres offres de nature à introduire une confusion dans l'esprit des consommateurs entre leurs activités commerciales et celles confiées aux régies, aux délégataires des communes ou aux services municipaux.
13. Privilégier, pour l'avenir, un encadrement tarifaire temporaire des prestations funéraires minimales en période de crise, telle que celle de la covid-19, plutôt que le versement d'une aide publique qui pourrait être captée par les opérateurs funéraires au détriment du budget des familles des défunts.

[Poursuivre la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et renforcer la lutte contre les pratiques commerciales trompeuses dans le secteur des pompes funèbres :](#)

14. Saisir systématiquement l'Autorité lorsque les services du gouvernement relèvent des indices de pratiques anticoncurrentielles et, pour le service d'instruction de l'Autorité, poursuivre les investigations dans ce secteur ; élargir les pouvoirs de sanction de ses directions administratives pour qu'elles puissent sanctionner le non-respect de la nouvelle réglementation qui serait introduite conformément aux 13 recommandations ci-dessus ; remplacer les amendes pénales applicables en cas de violation des dispositions relatives à la protection des consommateurs par des

amendes administratives dissuasives, susceptibles d'être infligées directement par la DAE après un constat d'infractions, afin d'agir au plus vite contre les opérateurs funéraires malveillants profitant de la détresse des familles en deuil et de restaurer des pratiques commerciales saines et transparentes dans le secteur.

15. S'inspirer du dispositif métropolitain pour mettre en place, en Nouvelle-Calédonie, un mécanisme de médiation afin de favoriser la résolution amiable des réclamations dans le secteur des pompes funèbres en particulier.

D. Le suivi des recommandations de l'Autorité en 2021

Les cinq avis et recommandations rendus en 2021 par l'Autorité ont donné lieu à 47 recommandations. Ces recommandations et leur suivi sont récapitulées dans les tableaux ci-dessous.

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 47 recommandations émises en 2021 par l'Autorité				
Totalement suivies	Partiellement suivies	En cours d'adoption	Non suivies	Suivi non connu
1	9	4	19	14
2 %	19 %	9 %	40 %	30 %

Avis 2021-A-01 sur la modification du livre IV du code de commerce

1	<p>A titre principal, réformer la composition actuelle de la commission consultative des pratiques commerciales afin d'éviter toute interférence de nature politique, lui donner les moyens de remplir ses missions légales et l'autoriser à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...).</p> <p>A défaut, au premier alinéa de l'article Lp. 440-2 du code de commerce, supprimer la référence à cette commission.</p>
2	<p>Etendre les garanties procédurales proposées à la procédure d'infraction diligentée contre une entreprise ne respectant pas une décision de l'Autorité en application du V de l'article Lp. 431-8 du code de commerce.</p>
3	<p>Ne pas supprimer le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7 du code de commerce garantissant le respect de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant l'Autorité mais simplifier sa rédaction afin qu'il s'applique à toutes les procédures engagées devant l'Autorité.</p>
4	<p>Préciser que le montant des sanctions prévu à l'article 11 en cas de refus de vente injustifié entre professionnels est un plafond maximal de 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et 45 millions de francs CFP pour une personne morale.</p>
5	<p>En cas d'allongement les délais de paiement légaux interentreprises :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Prévoir un délai de paiement maximal à 45 jours suivant la date d'émission de la facture plutôt qu'un délai de 30 jours fin de mois ; - de supprimer la possibilité d'introduire un délai plus long par voie contractuelle ; ▪ Augmenter, en contrepartie, le montant maximal des sanctions encourues de 1 à 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et de 5 à 45 millions de francs CFP pour une personne morale, à l'instar des sanctions pécuniaires prévue en cas de non-respect des règles de facturation (article Lp. 441-4 en vigueur). <p>A titre subsidiaire, en cas de possibilité de déroger contractuellement au nouveau délai légal ramené à 45 jours maximum :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Encadrer la possibilité de négocier par voie contractuelle le délai de paiement à 60 jours maximum à compter de la date d'émission de la facture. Le non-respect de ce délai négocié devra lui aussi être sanctionné par un plafond 31 maximal de sanction dissuasif qui pourrait être de 8,5 millions F.CFP pour une personne physique et 45 millions F.CFP pour une personne morale.

Avis 2021-A-02 sur la demande de régulation de marché par la société ESQ

Les mesures demandées n'ont pas été accordées car l'opérateur n'a pas souhaité se conformer à ces 8 recommandations.

Limiter le champ des mesures de régulation tarifaire susceptibles d'être accordées à la société ESQ et sa filiale Plastinord ainsi que celui des engagements exigés en contrepartie aux seuls tubes et tuyaux en PVC importés sous les tarifs douaniers 3917.23.13 et 39.17.23.15 pour lesquels il est démontré que la compétitivité-coût de la production locale est structurellement négative par rapport aux produits importés.

Plafonner le niveau de la TRM sur les produits importés sous les TD. 3917.23.15 et 3917.23.13 à un niveau permettant au maximum le strict rattrapage du différentiel de compétitivité-coût subi par ESQ par rapport au prix de revient des produits importés. Celui-ci est estimé à 200F/kg maximum sur l'ensemble des produits relevant de ces deux positions douanières.

Privilégier l'application d'une TRM de 60 % sur la valeur CAF des produits importés sous les TD. 3917.23.13 et 3917.23.15, qui constitue le plafond maximal actuellement prévu par l'article R. 413-9 du code de commerce, l'application d'un droit fixe de 200F/kg correspondant à un niveau de TRM supérieur au plafond réglementaire de 60 %.

Elargir le champ des dérogations susceptibles d'être accordées par le gouvernement, sur le fondement de l'article Lp. 413-19, aux mesures de régulation tarifaires mentionnées à l'article Lp. 413-20. Autrement, le prix de nombreux produits non fabriqués localement seront renchéri par la TRM décidée par le Gouvernement au détriment des consommateurs sans aucune justification tenant à la protection de la production locale.

Réviser, dans un délai de trois mois, leurs tarifs publics afin que ceux-ci soient établis à partir du coût de revient de chaque produit, majoré d'une marge raisonnable, qui pourrait d'ailleurs être encadrée par arrêté du gouvernement en contrepartie de la protection tarifaire accordée, puisque celle-ci conduira la société ESQ et sa filiale à se retrouver en situation de quasi-monopole sur le marché calédonien. A cet égard, les tarifs publics devraient a minima être réduits de 15 à 20 % étant donné le niveau de remise systématique pratiqué auprès des consommateurs.

Réviser, dans le même délai, leurs conditions générales de vente afin de préciser sur quels critères objectifs et précis des remises sur les nouveaux tarifs publics pourraient, le cas échéant, être accordées par catégorie de clients : consommateurs, professionnels, quincailleries et revendeurs, en respectant les dispositions des articles Lp. 441-2-1 et Lp. 441-6 du code de commerce.

Introduire, dans un délai maximal d'un an, une comptabilité analytique permettant de s'assurer de la séparation comptable des activités de production et de négoce.

Introduire une TRM de 60 % sur les tubes et tuyaux en PVC importés sous les TD. 3917.23.13 et 3917.23.15 pour une durée de trois ans, renouvelable automatiquement une seule fois pour une durée analogue, sous réserve de l'obtention de l'agrément définitif des produits locaux au titre du RCNC et du maintien des engagements précités, dès lors que la société ESQ et sa filiale Plastinord les auraient bien respectés.

Avis 2021-A-03 sur les mesures exceptionnelles relatives à l'épidémie de covid-19

1 Le Congrès a refusé d'encadrer les prix	Limiter la possibilité pour le gouvernement d'encadrer les prix de l'oxygène à usage médical d'origine locale ou importée à la seule période pendant laquelle la Nouvelle-Calédonie enregistre des hospitalisations liées à l'épidémie de la covid-19.
2	Prévoir, par arrêté, de placer l'oxygène à usage médical local ou importé sous le régime de la liberté contrôlée en application du 7° du I de l'article Lp. 411-2 du code de commerce.
3	Limiter le champ de la réglementation des prix des prestations de services funéraires et de pompes funèbres aux décès liés à l'épidémie de la covid-19.
4	Limiter l'encadrement des prix des prestations funéraires fournies par les opérateurs funéraires privés aux seules prestations essentielles en cas de décès liés à la covid19 à savoir la préparation du corps, la fourniture de housses mortuaires et de cercueils, la mise en bière, le transport de corps après mise en bière et convoi funéraire.
5	Privilégier l'introduction d'un « bouclier funéraire » consistant à fixer un prix plafond en valeur absolue pour l'ensemble des prestations funéraires essentielles plutôt qu'un prix plafond pour chacune des prestations funéraires essentielles en période de la covid-19 en distinguant une formule « concession terre » et une formule « concession caveau » afin de tenir compte du choix des familles en cas d'inhumation ou de crémation. Le prix maximum de chaque formule pourrait être compris entre les prix les plus bas actuellement relevés sur l'ensemble du territoire et la moyenne des prix les plus bas constatée.
6	Modifier l'article 11 de la délibération pour prévoir un mécanisme de remboursement des coûts d'achat des « frais directement liés à la mise en œuvre des protocoles d'inhumation spécifiques pour lutter contre la propagation du virus Covid-19 » supportés par les opérateurs funéraires, sur la base de la transmission de leurs factures, en contrepartie d'une interdiction de refacturer ces frais aux familles.
7	Elaborer une liste officielle énumérant les différents opérateurs de pompes funèbres du Grand Nouméa et de brousse en précisant pour chacun d'eux : le nom du ou des gérants, leur adresse et leur numéro de téléphone ainsi que les coordonnées des sociétés appartenant au même gérant, afin de permettre aux familles de pouvoir faire jouer la concurrence. Cette liste serait affichée sur le site « prix.nc » ainsi que dans les centres hospitaliers et diffusées dans l'ensemble des mairies de Nouvelle-Calédonie.
8	Imposer aux opérateurs funéraires d'établir et de transmettre aux consommateurs une documentation générale présentant l'ensemble de ses tarifs, modulables en fonction de critères objectifs, pour chacune des prestations funéraires qu'ils proposent. Cette documentation générale devrait être affichée dans les locaux accueillant du public ainsi que sur le site internet ou la page Facebook de chaque opérateur funéraire. Cette obligation devrait être assortie d'une sanction administrative dissuasive susceptible d'être infligée par les services du gouvernement à la suite d'un contrôle sur pièce ou sur place.
9	Inviter toutes les communes de Nouvelle-Calédonie disposant d'un cimetière municipal à publier systématiquement, sur leur site internet et en mairie, les tarifs de concession ou de colombarium ainsi que les éventuels autres frais accessoires facturés par la commune.

Avis 2021-A-04 sur le fonctionnement concurrentiel du secteur des pompes funèbres

1	Définir, par délibération du congrès, une liste des activités de pompes funèbres standard entrant dans le champ du « service extérieur des pompes funèbres » adaptée aux spécificités locales pour tenir compte, notamment, des rites culturels et culturels locaux.
2	Introduire une habilitation fondée sur des conditions de compétences professionnelles des opérateurs de pompes funèbres qui seraient précisées par arrêté en tenant compte des spécificités des rites et coutumes des habitants de Nouvelle-Calédonie.
3	Imposer la rédaction par les opérateurs d'une charte du respect de la personne endeuillée et des obligations déontologiques liées à l'exercice du métier, qui devrait être obligatoirement affichée dans les locaux des entreprises de pompes funèbres et sur leur site internet.
4	Élaborer et diffuser une liste officielle énumérant les différents opérateurs de pompes funèbres du Grand Nouméa et de Brousse en précisant pour chacun d'eux : le nom du ou des gérants, leur adresse et leur numéro de téléphone ainsi que les coordonnées des sociétés appartenant au même gérant. Cette liste serait affichée sur le site « prix.nc » ainsi que dans les centres hospitaliers et diffusées dans l'ensemble des mairies de Nouvelle-Calédonie.
5	Imposer un modèle de documentation générale présentant l'ensemble des tarifs de chaque opérateur funéraire privé, éventuellement modulables en fonction de critères objectifs, pour chacune des prestations funéraires qu'ils proposent. Cette documentation générale devrait être affichée dans 7 les locaux accueillant du public ainsi que sur le site internet ou la page Facebook de chaque opérateur funéraire.
6	Imposer à toutes les communes de Nouvelle-Calédonie disposant d'un cimetière municipal de publier systématiquement, sur leur site internet et en mairie, les tarifs de concession ou de colombarium ainsi que les éventuels autres frais accessoires ou prestations funéraires facturés par la commune.
7	Créer, par arrêté, un modèle standardisé de devis et de contrat, en distinguant les prestations minimales obligatoires relevant du service extérieur de pompes funèbres, des prestations non obligatoires (frais de dossiers, fleurs, pierre tombale, annonce par la presse...), mais également les prestations ayant été assurées par d'autres acteurs et qui font l'objet d'une facturation aux familles par l'opérateur funéraire qu'elles ont choisi.
8	Encadrer la possibilité pour les opérateurs funéraires de proposer un contrat-obsèques ou toute autre formule de financement des obsèques préalable au décès, en s'inspirant du dispositif métropolitain prévu aux articles L. 2223-33 à 2223-34 du CGCT.
9	Interdire tout type d'arrangements entre des opérateurs funéraires privés et des établissements de santé (hôpitaux, CMS, maisons de retraites...) ou les forces de l'ordre, quelle qu'en soit sa forme (contrats ou cadeaux...).
10	Demander aux services du gouvernement d'établir un planning commun de garde de l'ensemble des entreprises de pompes funèbres qui soit à la fois complet et transparent afin d'éviter tout traitement discriminatoire et le diffuser aux hôpitaux, mairies, forces de l'ordre qui en ont besoin.
11	Imposer le recours à un appel d'offres, sur la base d'un cahier des charges précis, pour la délégation à un opérateur privé de la gestion d'une chambre funéraire municipale.
12	Interdire aux entreprises ou associations bénéficiant d'une régie ou d'une délégation de service public, de proposer des publicités et d'autres offres de nature à introduire une confusion dans l'esprit des consommateurs entre leurs activités commerciales et celles relevant de la régie ou de la délégation de service public.

13	Privilégier, pour l'avenir, un encadrement tarifaire temporaire des prestations funéraires minimales en période de crise, telle que celle de la covid-19, plutôt que le versement d'une aide publique qui pourrait être captée par les opérateurs funéraires au détriment du budget des familles des défunts.
14	<p>Renforcer le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques commerciales trompeuses à l'égard des consommateurs à travers :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La saisine systématique l'Autorité lorsque les services du gouvernement relèvent à l'occasion de leurs contrôles spécifiques des indices de pratiques anticoncurrentielles ; ▪ Une veille accrue sur les pratiques des entreprises de pompes funèbres par le service d'instruction de l'Autorité pour sanctionner les pratiques d'abus de position dominante ou d'entente illicite ; ▪ L'élargissement des pouvoirs de sanction des directions administratives du gouvernement pour qu'elles puissent sanctionner le non-respect de la nouvelle réglementation qui serait introduite conformément aux 13 recommandations ci-dessus ; ▪ Le remplacement des amendes pénales applicables en cas de violation des dispositions relatives à la protection des consommateurs par des amendes administratives dissuasives, susceptibles d'être infligées directement par la DAE après un constat d'infractions, afin d'agir au plus vite contre les opérateurs funéraires malveillants profitant de la détresse des familles en deuil et de restaurer des pratiques commerciales saines et transparentes dans le secteur.
15	Mettre en place un mécanisme de médiation afin de favoriser la résolution amiable des réclamations des consommateurs dans le secteur des pompes funèbres.

Recommandation 2021-R-01 concernant les mandataires de justice

1	Compléter l'article 1er du projet de délibération en insérant, au sein de la « Section 1 : De la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur », un article liminaire R.663-1 du code de commerce énonçant le principe d'une orientation vers les coûts en s'inspirant de la rédaction des articles L. 444-2 et R.444-5 du code de commerce de l'Etat.
2	Compléter l'article 1er du projet de délibération en insérant, au sein de la Sous-section 4 : « Dispositions communes à la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur », une clause de révision périodique des tarifs réglementés selon une fréquence quinquennale.
3	Supprimer les créances salariales de l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires en matière de contestation des créances et ce quel que soit le choix de la structure tarifaire et engager une réflexion avec l'ensemble des parties prenantes pour évaluer selon quelles modalités une affiliation auprès d'un fonds de garantie métropolitain ou local serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation.
4	Privilégier un droit fixe plutôt que la rémunération proportionnelle dégressive prévue à l'article R. 663-14 du code de commerce en cas de contestation de créances, dont le montant exact - hors créances salariales – devra être précisé dans l'arrêté à venir.
5	Réduire le plafond maximal de la rémunération globale du mandataire judiciaire en fonction des spécificités locales en s'inspirant du plafond applicable en Polynésie Française.
6	Transmettre sans délai le projet d'arrêté fixant les barèmes et les montants précis des émoluments des mandataires de justice qui devraient être fixés conformément au principe général mentionné supra d'orientation vers les coûts.
7	Fixer, dans la délibération, le délai dans lequel l'arrêté d'application devra être adopté et entrer en vigueur : « L'arrêté d'application mentionné à l'article R. 663-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie est adopté dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente délibération et entre en vigueur le lendemain de sa publication au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ».
8	Afin de favoriser la transparence de l'action de la commission, remplacer l'alinéa 2 de l'article R.811-10 du code de commerce par le contenu suivant : « Les décisions de la commission sont motivées et rendues publiques après anonymisation ».
9	Afin de favoriser la transparence et la célérité de la procédure d'examen des candidatures, prévoir à l'article R. 811-7 du code de commerce un délai maximal de six mois entre la demande d'inscription du candidat et sa décision de nomination ou non par la commission.
10	Modifier la délibération n° 352 pour fixer des seuils de désignation des administrateurs judiciaires adaptés à la réalité du tissu économique calédonien, qui pourrait être à partir de 20 salariés.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Les décisions de l’Autorité sont susceptibles de recours devant les juridictions de contrôle.

En 2021, aucune décision de l’Autorité n’a fait l’objet de recours.

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	Lp 464-3	
Exonération à la suite d’un avis de clémence		
Sanction pécuniaire pour non-respect de mesures, d’engagement, d’injonction	Lp 464-5	Par défaut
Sanctions administratives pécuniaires en cas de procédure simplifiée	Lp 422-1	

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	Ordonnance n° 2014-471 du 7 mai 2014

Décisions en matière de concentration et de surfaces commerciales