



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2021-DN-01 du 29 janvier 2021

relative au défaut de notification de l'opération de concentration concernant la société Wi Hache Ouatom de la part des sociétés EEN, Enercal et Promosud

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

Vu la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce ») et notamment ses articles Lp. 431-8 (I) et Lp. 461-3 ;

Vu la démarche engagée par la société néo-calédonienne d'énergie (ci-après, « la société Enercal »), à compter du 2 avril 2019, visant à informer l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») d'un possible défaut de notification d'une opération de concentration portant sur l'acquisition du contrôle conjoint de la société Wi Hache Ouatom (ci-après « la société Ouatom »), détenue jusqu'alors à 100 % par sa filiale, la SAS Enercal Energies Nouvelles (ci-après, la « société EEN »), par la Société de Développement et de Financement de la Province Sud (ci-après « la société Promosud ») ;

Vu le dossier de notification adressé par le représentant des sociétés Enercal et Promosud, le 3 avril 2020 à l'Autorité et déclaré complet le 18 mai 2020, enregistré sous le numéro 20/0012CC, relatif à l'acquisition du contrôle conjoint par la SAEM Promosud de la société Ouatom détenue jusqu'alors à 100 % par la société EEN ;

Vu la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-07 du 9 juillet 2020 autorisant, sans condition, l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par la SAEM Promosud aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles ;

Vu la décision de l'Autorité n° 2020-SO-01 du 10 juillet 2020 de saisine d'office de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie relative au défaut de notification de l'opération de concentration concernant la société Wi Hache Ouatom ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 29 septembre 2020 reprochant à la SAS EEN et la SAEM Enercal d'une part, et la SAEM Promosud d'autre part, un défaut de notification de l'opération susmentionnée sanctionnable au titre de I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce ainsi qu'une déclaration inexacte au sein du dossier de notification de la société Promosud relevant du III l'article Lp. 431-8 du code de commerce ;

Vu les observations des sociétés Enercal et Promosud et celles du commissaire du gouvernement ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, le rapporteur et les représentants des sociétés Enercal, EEN et Promosud entendus lors de la séance du 15 décembre 2020, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Le 25 octobre 2017, la société Promosud et la société EEN ont procédé à une opération de concentration consistant en l'acquisition par la société Promosud du contrôle conjoint de la société Ouatom, auparavant contrôlée exclusivement par la société EEN, sans procéder à la notification préalable de ce changement de contrôle auprès du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

La société Ouatom a pour objet la gestion d'une centrale solaire avec stockage d'une puissance de 10 MWc sur la commune de La Foa.

La société EEN est une société par actions simplifiées, dont l'activité concerne l'étude, la construction et l'exploitation de nouvelles capacités de production dans le domaine des énergies renouvelables et de capacité de stockage et de maîtrise de l'énergie est une filiale détenue à 100 % par la société anonyme d'économie mixte Enercal, principal producteur d'électricité en Nouvelle-Calédonie. La société Promosud est une société anonyme d'économie mixte locale créée par la Province Sud afin de financer le développement économique de la Province.

Cette prise de participation conduisant à la création d'une entreprise commune de plein exercice entre EEN et Promosud aurait dû être notifiée car deux au moins des parties à l'opération réalisaient ensemble, à la date de l'opération, un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions de F.CFP en Nouvelle-Calédonie, qui était le seuil de contrôlabilité en vigueur à l'époque.

Dans le cadre d'une démarche de régularisation initiée par la société Enercal en avril 2019, cette opération a finalement été notifiée le 3 avril 2020 et autorisée *a posteriori* par l'Autorité dans une décision n° 2020-DCC-09 du 9 juillet 2020. Cependant, sur proposition de la rapporteure générale, l'Autorité s'est auto-saisie de l'infraction consistant en un défaut de notification de l'opération par décision n° 2020-SO-01 du 10 juillet 2020.

A l'issue de l'instruction, deux infractions ont été notifiées : un défaut de notification préalable de l'opération de concentration Ouatom imputables aux sociétés EEN, Enercal et Promosud sur le fondement du I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce et une déclaration inexacte des informations transmises au cours de l'instruction du dossier de notification de la concentration *a posteriori* de la part de la société Promosud sur le fondement du III du même article. Ces dispositions prévoient que l'Autorité peut infliger aux entreprises auteures de telles pratiques une sanction dont le montant maximal ne peut excéder 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en Nouvelle-Calédonie lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant de celui des entités acquises.

S'agissant de l'infraction liée au défaut de notification de l'opération de concentration avant sa réalisation en violation de l'article Lp. 431-3 du code de commerce, l'Autorité constate qu'elle est établie et imputable aux sociétés EEN, Enercal et Promosud.

Cette pratique constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique. En effet, ce défaut de notification a privé l'autorité chargée du contrôle (à l'époque, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie) de la possibilité d'examiner les effets potentiellement anticoncurrentiels du projet de concentration préalablement à sa réalisation.

L'Autorité relève à titre de circonstances aggravantes que l'infraction a duré deux ans, huit mois et quatorze jours, ce qui est particulièrement long, et que les entreprises Enercal et Promosud sont de grandes entreprises publiques soumises à un devoir d'exemplarité au regard du respect du droit de la concurrence calédonien. L'Autorité souligne également que la société Promosud avait connaissance de la procédure, ayant notifié une autre opération de concentration en décembre 2015 et qu'elle n'a engagé aucune démarche active pour faire cesser l'infraction, même après avoir été prévenue de la démarche engagée par la société Enercal auprès de l'Autorité, jusqu'à l'arrivée d'une nouvelle directrice le 1^{er} juillet 2020.

Néanmoins, à titre de circonstances atténuantes, l'Autorité retient que la société Enercal a pris l'initiative de régulariser la situation au cours de l'année 2019 et que le caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération était atténué par le fait qu'initialement, la société Promosud n'envisageait qu'une prise de participation minoritaire non contrôlante de la société Ouatom.

L'Autorité considère également que, malgré certaines lenteurs, les sociétés EEN et Enercal ont fait preuve de coopération au cours de la procédure de contrôle de l'opération de concentration *a posteriori* comme au cours de la procédure de défaut de notification.

De plus, l'Autorité a constaté que le défaut de notification relevait davantage d'une négligence de la part des sociétés EEN, Enercal et Promosud que d'une volonté délibérée de contourner la loi.

Enfin, si l'Autorité estime que les sociétés mises en cause sont capables d'assumer les conséquences pécuniaires de leur comportement fautif, elle a tenu compte des difficultés financières spécifiques de chacune des entreprises publiques concernées, confirmées par le commissaire du Gouvernement. Elle a également pris en considération le fait qu'il s'agit d'une première décision en matière de défaut de notification d'une opération de concentration en Nouvelle-Calédonie.

En conséquence, compte tenu de la gravité de la pratique, des circonstances aggravantes et atténuantes constatées et de la situation individuelle des entreprises mises en cause, l'Autorité a infligé une sanction d'un montant de 20 millions de F.CFP à la société Enercal (1,3 % du montant maximal de la sanction encourue) et de 12 millions de F.CFP à la société Promosud (2,1% du montant maximal de la sanction encourue) au titre du défaut de notification préalable de l'opération de concentration Ouatom.

S'agissant de l'infraction tirée de l'inexactitude de certaines données communiquées au service d'instruction de la part de la société Promosud au cours de la procédure de notification *a posteriori* de l'opération de concentration, l'Autorité considère que celle-ci n'est pas caractérisée.

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

Sommaire

Résumé.....	2
I. Constatations.....	5
II. Discussion	6
A. Sur le défaut de notification de l'opération de concentration	6
1. Sur le manquement au I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce	6
a) Sur la date de réalisation de l'opération en cause et les textes applicables	6
b) Sur l'existence d'un défaut de notification	7
2. Sur l'imputabilité du manquement.....	8
B. Sur l'inexactitude des informations financières transmises dans le cadre de la procédure de notification de l'opération.....	9
C. Sur le montant de la sanction pour défaut de notification d'une opération de concentration	10
1. Sur la gravité du manquement et la durée de l'infraction	10
2. Sur le caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération	11
3. Sur la coopération des entreprises mises en cause	13
3. Sur l'absence d'intention délibérée de contourner les règles relatives au contrôle des concentrations	17
4. Sur la situation individuelle des entreprises	20
DÉCIDE	21

I. Constatations

1. La société Ouatom a pour objet la gestion d'une centrale solaire avec stockage de 10 MW.
2. Le 23 octobre 2017, aux termes d'une décision unilatérale de l'associée unique, à savoir la société EEN, le capital de la société Ouatom a été augmenté de 1 million de F. CFP correspondant à 100 nouvelles actions¹. Deux jours plus tard, la société Promosud a souscrit à 98 des 100 nouvelles actions ouvertes par la société Ouatom².
3. L'opération envisagée consistait en l'acquisition par la société Promosud de 49 % du capital social de la société Ouatom, auparavant filiale à 100 % de la société EEN³, la date d'acquisition certaine des nouvelles actions de la société Ouatom par la société Promosud étant la date du règlement effectué par la société Promosud, soit le 25 octobre 2017⁴.
4. Les statuts et le pacte d'associés signés entre EEC et Promosud dans le cadre de cette participation conduisaient à une réorganisation du Comité de Direction menant à une composition égalitaire entre les deux sociétés actionnaires (deux représentants pour la société EEN et deux représentants pour la société Promosud) et à ce que les décisions stratégiques (adoption des budgets annuels, investissements importants, stratégie de fonctionnement...) soient prises à la majorité des deux tiers, conférant ainsi aux sociétés EEN et Promosud un contrôle conjoint sur la société Ouatom. Elles avaient ainsi la faculté de pouvoir bloquer réciproquement les décisions stratégiques de la société Ouatom.
5. Cette opération a été réalisée le 25 octobre 2017.
6. En avril 2019, le service d'instruction de l'Autorité ayant été avisé par le conseil de la société EEN⁵ d'un possible défaut de notification relatif à cette opération, il a été demandé à la société EEN d'une part de justifier l'absence de notification par Promosud aux côtés d'EEN et d'autre part de notifier cette opération si son caractère contrôlable était avéré.
7. Au regard de la note de présentation⁶ soumise à l'Autorité le 19 avril 2019 et des éléments complémentaires adressés le 22 août 2019⁷ par EEN, l'Autorité a constaté que l'opération aurait effectivement dû lui être notifiée et en a informé les parties⁸.
8. La société EEN ayant éprouvé des difficultés à rassembler les pièces exigées par l'arrêté n°2018/41 du 9 janvier 2018⁹, elle a dans un premier temps remis à l'Autorité un dossier de pré-notification¹⁰ avant de lui faire parvenir le 3 avril 2020 un dossier de notification¹¹ déclaré complet le 20 mai 2020¹².

¹ Voir le bulletin de souscription de la société Promosud, annexe 104, cote 100.

² *Ibid.*

³ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-07 précitée.

⁴ Voir le chèque annexé au bulletin de souscription de la société Promosud, annexe 104, cote 101.

⁵ Voir le courrier de la Rapporteuse Générale de l'Autorité n° 2019-CS-59/RG du 2 avril 2019, annexe 85, cotes 52 à 54 ; la note de présentation des représentants de la société EEN du 23 avril 2019, annexe 86, cote 776.

⁶ *Ibid.*

⁷ Voir le courrier des représentants de la société EEN du 22 août 2019, annexe 89, cotes 70 à 80.

⁸ Voir le courrier de la Rapporteuse Générale n°2019-CS-98/RG du 22 août 2019, annexe 90, cotes 568 à 569.

⁹ Voir la lettre du conseil de la société EEN du 1^{er} octobre 2019, annexe 93, cotes 574 à 575.

¹⁰ Voir le dossier de pré-notification de la société EEN du 3 octobre 2019, annexe 94, cotes 576 à 607.

¹¹ Voir le dossier de notification de la société EEN du 3 avril 2020, annexe 96, cotes 608 à 639.

¹² Pour mémoire, par courrier du 10 avril 2020, la société EEN a été informée de l'incomplétude de son dossier de notification (voir le courrier d'incomplétude la Rapporteuse Générale n°2020-CS-27/RG du 10 avril 2020, annexe 97, cotes 640 à 642). Les 16 avril et 18 mai 2020, elle a fourni les éléments complémentaires visant à répondre à cette incomplétude (voir le courrier du conseil des sociétés EEN et Promosud du 16 avril 2020, annexe 98, cotes 643 à 646 ; le courrier du conseil des sociétés EEN et Promosud du 18 mai 2020, annexe 99, cotes 647 à 650 ; le courrier de complétude de la Rapporteuse Générale n°2020-CS-45/RG, annexe 100, cotes 651 à 653).

9. Par la suite, dans une décision du 9 juillet 2020¹³ l'Autorité a confirmé le caractère contrôlable de l'opération et l'a autorisée sans condition puisque cette opération de concentration ne soulevait pas de préoccupation de concurrence sur les marchés pertinents.
10. Constatant une notification tardive, l'Autorité a, sur proposition de la rapporteure générale, décidé le 10 juillet 2020 de se saisir d'office de la situation des sociétés EEN et Promosud au regard des dispositions du I de l'article Lp 431-8 du code de commerce¹⁴ qui ont trait au défaut de notification des opérations de concentration.
11. En effet, une opération de concentration contrôlable, au sens des articles Lp. 431-1 et Lp. 432-2, doit être obligatoirement notifiée avant sa réalisation, conformément à l'article Lp. 431-3 en vigueur à la date de la réalisation de l'opération.
12. Au cas d'espèce, il apparaît qu'aucun dossier de notification n'a été déposé avant la réalisation de l'opération.
13. En conséquence, la rapporteure générale a notifié aux deux parties à la concentration un défaut de notification de l'opération de concentration susmentionnée dans un rapport du 29 septembre 2020.

II. Discussion

14. Dans son rapport du 29 septembre 2020, le service d'instruction de l'Autorité a notifié deux infractions :
 - un défaut de notification de l'opération de concentration relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la société Ouatom par les sociétés EEN, Enercal et Promosud en violation de l'article Lp. 431-3 du code de commerce susceptible d'être sanctionné en application de l'article Lp. 431-8 I du même code ;
 - une transmission inexacte de certaines informations par la société Promosud dans la notification de ladite opération, susceptible d'être sanctionnée en application de l'article Lp. 431-8 III du même code.

A. Sur le défaut de notification de l'opération de concentration

1. Sur le manquement au I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce

a) Sur la date de réalisation de l'opération en cause et les textes applicables

15. A la date de réalisation de l'opération, l'article Lp. 431-3 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du pays n° 2014-12 du 24 février 2014¹⁵, disposait que :

« L'opération de concentration est notifiée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avant sa réalisation. Cette notification est possible dès que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment complet 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.

¹³ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-07 du 9 juillet 2020 relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par la SAEM Promosud aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles.

¹⁴ Voir la décision n° 2020-SO-01 du 10 juillet 2020 de saisine d'office relative au défaut de notification de l'opération de concentration concernant la société Wi Hache Ouatom, annexe 01, cotes 792 à 794.

¹⁵ Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie

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.

La réception de la notification d'une opération de concentration fait l'objet d'un communiqué publié par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dont il fixe les modalités par arrêté ».

16. L'article Lp. 431-8 I du même code applicable à l'époque disposait que :

« I. – Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie enjoint aux parties sous astreinte dans la limite prévue au III de l'article Lp. 450-13, 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 le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut infliger aux personnes auxquelles incombait la notification une sanction pécuniaire dont le montant 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 ».

17. 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.

18. L'Autorité observe que 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.

19. Toutefois, l'article Lp. 462-7 du code de commerce en vigueur dispose que : « Pour l'application des titres II et III du présent livre, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie 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 ».

20. En l'espèce, il y a lieu de relever que l'opération a été réalisée le 25 octobre 2017, soit moins de cinq ans avant le premier acte du service d'instruction de l'Autorité concernant l'instruction d'un éventuel défaut de notification, correspondant au courrier de la Rapporteuse Générale de l'Autorité n° 2019-CS-59/RG du 2 avril 2019.

b) Sur l'existence d'un défaut de notification

21. Dans sa décision n° 2020-DCC-07 du 9 juillet 2020 relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par la société Promosud aux côtés de la SAS EEN, l'Autorité a 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.

22. Cette décision n'a pas fait l'objet de recours de la part des parties, même après avoir accusé réception du rapport du service d'instruction de l'Autorité le 30 septembre 2020 leur reprochant un défaut de notification au titre de l'article Lp. 431-8 I du code de commerce¹⁶. Cette décision est donc devenue définitive.

¹⁶ Voir l'accusé-réception du conseil des sociétés Enercal et Promosud, cote 1448, annexe 108.

23. Si dans leurs observations en réponse au rapport du service d'instruction, les parties ont fait valoir l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération et leur bonne foi à l'époque de la réalisation de l'opération (voir *infra*), afin que l'Autorité puisse en tenir compte dans l'appréciation d'une éventuelle sanction liée au défaut de notification, elles ont bien précisé au cours de la séance qu'elles ne contestaient ni la contrôlabilité de l'opération retenue par la décision n° 2020-DCC-07 précitée, ni le fait qu'en conséquence, cette opération aurait dû être notifiée préalablement à sa réalisation auprès du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à l'époque.
24. L'Autorité considère donc que l'infraction notifiée aux sociétés EEN, Enercal et Promosud en application de l'article Lp. 431-8 I du code de commerce est caractérisée.

2. Sur l'imputabilité du manquement

25. Dans le cas où une opération a été réalisée sans avoir été notifiée préalablement, l'Autorité « *peut infliger aux personnes auxquelles incombe la charge de la notification une sanction pécuniaire [...]* » (soulignement ajouté), en vertu de l'article Lp. 431-8 du code de commerce en vigueur à la date de l'infraction.
26. Conformément à l'article Lp. 431-3 du code de commerce, en vigueur à la date de l'infraction : « *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.* » (Soulignement ajouté).
27. A cet égard, les lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine de 2013, auxquelles se référait le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à la date de réalisation de l'opération, soulignaient que : « *Dans le cas particulier de l'entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l'ensemble des parties disposant du contrôle conjoint, même celles qui disposaient déjà d'un contrôle avant l'opération, doivent notifier conjointement* »¹⁷.
28. S'agissant de l'imputabilité d'un défaut de notification, le Conseil d'Etat a estimé dans une décision n° 360949 du 24 juin 2013 que le manquement à l'obligation de notification est imputable à la société mère dès lors que celle-ci détient 100 % de la filiale cessionnaire des actions de la cible¹⁸.
29. Faisant application de cette jurisprudence, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré dans une décision n° 13-D-22 du 20 décembre 2013 que : « *Le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la personne physique ou morale sur laquelle pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition dans la mesure où cette personne dispose, « directement ou indirectement », de la « possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité » de la cible* »¹⁹ (Soulignement ajouté).
30. En l'espèce, l'opération a consisté en un changement de contrôle sur la société Ouatom, passant d'un contrôle exclusif de la société EEN, filiale détenue à 100 % par la société Enercal, à un contrôle conjoint entre la société EEN et la société Promosud²⁰.

¹⁷ Voir le point 112 des lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine de 2013.

¹⁸ Voir CE, sous-section, [n° 360949 du 24 juin 2013](#), société Etablissements Fr. Colruyt.

¹⁹ Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-22 du 20 décembre 2013 relative à la situation du groupe Castel au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, paragraphe 28.

²⁰ Voir le procès-verbal d'Enercal, annexe 26, cote 840.

31. Si la société EEN était signataire de l'accord de cession de parts conférant à la société Promosud un contrôle conjoint, il ressort de l'instruction que la société Enercal a approuvé, lors d'une séance de son conseil d'administration, « *la constitution de la Société par Actions Simplifiée KAMIA OUATOM SAS à laquelle la filiale ENERCAL ENERGIES NOUVELLES souscrira 100 % du capital social [...]* »²¹.
32. S'inspirant de la jurisprudence précitée, l'Autorité considère donc que le défaut de notification est imputable à :
- la société EEN, sur laquelle pesait l'obligation de notification en ce qu'elle disposait déjà d'un contrôle avant l'opération ;
 - la société Enercal, en ce qu'elle a autorisé l'opération et en tant que société-mère de la société EEN qu'elle détient à 100 % ;
 - la société Promosud en sa qualité de société acquérant le contrôle conjoint de la société Ouatom.
33. S'inspirant de la même jurisprudence, il lui appartiendra d'apprécier, au stade de la détermination de la sanction, la situation des entreprises en cause et leur capacité contributive au regard de celle des groupes Enercal et Promosud²².

B. Sur l'inexactitude des informations financières transmises dans le cadre de la procédure de notification de l'opération

34. Le III de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, en vigueur à la date de la notification complète de l'opération dispose que : « *En cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I. Cette sanction peut s'accompagner du retrait de la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision sauf à encourir les sanctions prévues au I.* » (Soulignement ajouté).
35. Les critères de contrôlabilité d'une opération de concentration de l'article Lp. 431-2, en vigueur à la date de l'opération, sont fondés sur les chiffres d'affaires réalisés en Nouvelle-Calédonie « *par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration* » (soulignement ajouté).
36. Il y a également lieu de relever que l'Autorité est particulièrement attachée à la véracité des renseignements fournis par les entreprises. En effet, au V de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, il est prévu que l'Autorité peut infliger une sanction pécuniaire « *Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées* ».
37. En l'espèce, le service d'instruction a relevé dans son rapport que les informations communiquées par la société Promosud dans le cadre de l'instruction pour défaut de notification n'étaient pas concordantes avec celles transmises au moment de l'instruction de l'opération de concentration.

²¹ Voir le procès-verbal de la séance du conseil d'administration d'Enercal du 25 novembre 2016, annexe 105, cote 254.

²² Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-22 du 20 décembre 2013 précitée, paragraphe 46.

38. Ainsi, la société Promosud avait indiqué dans le dossier de notification de l'opération « *qu'elle n'appart[enait] pas à un groupe. Il s'agit d'une holding détenant des participations [...]* »²³. Le service d'instruction lui reproche donc de n'avoir pas communiqué les données financières consolidées du groupe Promosud et de ses filiales, faisant état d'un chiffre d'affaires deux cents fois plus élevé que celui de la seule société Promosud, et pour cette raison d'avoir commis un manquement au titre du III de l'article Lp. 431-8.
39. Toutefois, la société Promosud explique dans ses observations n'avoir « *jamais eu l'intention d'induire en erreur le service d'instruction et souligne que les informations communiquées ne sont pas erronées* »²⁴. Elle démontre en effet que « *les comptes de l'exercice de la société Promosud clos au 31 mars 2017 qui figuraient du dossier de notification sont bien les comptes consolidés (Annexe 60, page 4), contrairement à ce qu'indique le Rapport* »²⁵.
40. Si la société Promosud n'a pas apporté de réponse claire et diligente pendant la procédure de défaut de notification, l'Autorité constate qu'à tout le moins les comptes consolidés 2017 figuraient bien dans le dossier de notification. En conséquence, l'Autorité considère que le manquement reproché à la société Promosud n'est pas suffisamment caractérisé.

C. Sur le montant de la sanction pour défaut de notification d'une opération de concentration

41. Au I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, en vigueur à la date de la réalisation de l'opération par les parties, il est prévu la possibilité d'infliger « *aux personnes auxquelles incombe la notification une sanction pécuniaire dont le montant 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* » (soulignement ajouté).
42. Pour déterminer le montant de la sanction, l'Autorité tient compte de la gravité de la pratique, des circonstances aggravantes ou atténuantes propres au cas d'espèce et de la situation individuelle de chacune des entreprises concernées.

1. Sur la gravité du manquement et la durée de l'infraction

43. A titre liminaire, il convient de préciser 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.
44. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par l'opération de concentration non notifiée²⁶.
45. En tout état de cause, il y a lieu de relever que, conformément à l'article Lp. 431-4 du code de commerce en vigueur à la date de l'opération : « *La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après autorisation* » (soulignement ajouté).
46. La durée à prendre en compte dans l'appréciation des sanctions, ne peut être, comme le soutiennent les parties, la période qui s'étend entre la découverte du caractère notifiable de

²³ Voir le courrier du conseil des sociétés EEN et Promosud du 18 mai 2020, annexe 99, cote 650.

²⁴ Voir les observations de la société Promosud du 27 novembre 2020, annexe 115, cote 1532.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Voir en ce sens les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-12 et 13-D-22 précitées.

l'opération et la date de la notification. L'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 2016 mis en avant par Promosud et Enercal dans leurs observations écrites ne mentionne ce délai que pour apprécier la coopération des parties et non pour apprécier la durée totale de l'infraction.

47. Conformément à la pratique décisionnelle, il y a donc lieu de tenir compte du point de départ de l'infraction et de date de régularisation de la situation, intervenue en l'espèce à la date de l'autorisation de l'opération par l'Autorité, soit le 9 juillet 2020²⁷. La durée de l'infraction est donc de deux ans, huit mois et quatorze jours.
48. Dans l'affaire *A.P. Moller*, la Commission européenne a estimé que la durée de deux années et cinq mois était une « *durée considérable* »²⁸ relativement à une infraction consistant en un défaut de notification d'une opération de concentration. De la même manière, dans l'affaire *Electrabel / Compagnie nationale du Rhône*, elle a considéré que : « *La période à prendre en compte par la Commission pour la fixation de l'amende dans la présente affaire (soit trois années, sept mois et dix-sept jours) représente une durée très importante* »²⁹.
49. Toutefois, comme indiqué dans le rapport d'instruction au point 60, il ressort de la pratique décisionnelle que « *si cette infraction est grave par nature, l'Autorité doit tenir compte des circonstances concrètes propres au cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes et notamment du caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération (1), de l'éventuelle volonté délibérée des sociétés concernées de contourner l'obligation légale de notification (2), de la taille de chacune des entreprises et des moyens, notamment juridiques, dont elles pouvaient disposer (3) de leur coopération dans le cadre de la procédure de contrôle de l'opération (4) et de celle de la procédure du défaut de notification (5).* »
50. L'Autorité considère que la durée de l'infraction constitue en l'espèce une circonstance aggravante.

2. Sur le caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération

51. A la date de réalisation de l'opération, le II de l'article Lp. 431-1 du code de commerce précisait que : « *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* ».
52. Le III du même article définissait la manière d'appréhender la notion de contrôle conjoint ainsi : « *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, et notamment :*
 - *des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;*
 - *des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise* ».

²⁷ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-07 précitée.

²⁸ Voir le paragraphe 19 de la décision de la Commission Européenne du 10 février 1999, n° IV/M.969, AP Moller : « *La Commission retiendra donc une durée totale de 29 mois pour les trois opérations lorsqu'elle déterminera le montant des amendes à infliger en application de l'article 14, paragraphe 2, point b). Le risque d'un effet préjudiciable sur les consommateurs augmente avec la durée de l'infraction. Dans le cas d'espèce, l'infraction a été d'une durée considérable, et la Commission estime par conséquent que cette durée doit être prise en considération dans le calcul de l'amende.* »

(https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m969_19990210_1265_fr.pdf).

²⁹ Voir le paragraphe 216 de la décision de la Commission Européenne du 10 juin 2009 n° M.4994, Electrabel / Compagnie Nationale du Rhône

(https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4994_20090610_1465_en.pdf)

53. L'article Lp. 431-2 du même code précisait quant à lui les seuils de contrôlabilité d'une opération de concentration, et donc sa notification préalable au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au titre de l'article Lp. 431-3, à savoir lorsque :
- le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie par les entreprises parties à l'opération est supérieur à 600 millions de F. CFP ;
 - au moins deux des entreprises parties à l'opération réalisent, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.
54. Enfin, l'alinéa 2 de l'article Lp. 431-3 du code de commerce en vigueur à la date de la réalisation de l'opération disposait que : « 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. » (Soulignement ajouté).
55. Comme vu supra, l'opération concernait au premier chef la société cible Ouatom, mais également la société Promosud, acquéreuse de 49 % des parts du capital social de la société Ouatom, la société EEN, filiale à 100 % de la société Enercal, dont la participation passait de 100 à 51 %.
56. A l'époque, il n'existait aucune ambiguïté sur le fait que les sociétés Promosud et EEN/Enercal réalisaient un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie supérieur à 600 millions de francs bien que la société Ouatom n'ait pas démarré son activité et n'ait pas de chiffre d'affaires.
57. Toutefois, l'ensemble des entreprises mises en cause ont souligné dans leurs observations écrites l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération « Ouatom ».
58. Selon elles, « l'analyse de la contrôlabilité de l'opération en cause était tout sauf évidente » pour trois raisons. D'une part, compte tenu de la prise de participation minoritaire de la société Promosud au capital de la société Ouatom qui n'avait pas démarré son activité, « il était particulièrement difficile, pour des avocats spécialisés en droit des sociétés, comme ceux qui accompagnaient les parties à l'époque des faits, n'ayant pas le réflexe de penser au droit des concentrations à l'époque des faits, de se poser la question de savoir si une telle opération pourrait relever du droit des concentrations, car cela relève d'une analyse particulièrement pointue ». D'autre part, au départ, la société Promosud n'envisageait qu'une prise de participation minoritaire du capital social de la société Ouatom sans prise de contrôle, même si le pacte d'actionnaires a évolué au cours des négociations pour finalement lui conférer des droits lui permettant d'exercer un contrôle conjoint au même titre que la société EEN sur la société Ouatom. Enfin, il ne serait pas évident que la société Ouatom soit une entreprise de plein exercice, c'est-à-dire une « entreprise accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome » au sens du II de l'article Lp. 431-1 du code de commerce, étant donné ses liens juridiques, commerciaux et contractuels avec ses sociétés mères.
59. L'Autorité considère en premier lieu que les parties ne peuvent exciper de la prétendue incompétence des avocats qu'elles avaient choisi à l'époque de la réalisation de l'opération pour justifier l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération susceptible d'atténuer le montant de la sanction. En outre, l'Autorité considère qu'en tant que grandes entreprises calédoniennes, majoritairement publiques, les entreprises Enercal et Promosud ont, au regard du respect des règles de concurrence, un devoir d'exemplarité.
60. L'Autorité souligne en outre que si les notions d' « entreprise commune » et de « contrôle conjoint » n'étaient pas strictement définies par le code de commerce, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie s'appuyait déjà, dans le cadre de ses décisions relatives au contrôle des concentrations, sur les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine qui

précisaient clairement ces notions, comme indiqué aux points 15 à 18 de la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-07 précitée³⁰. Les parties ou leurs avocats en droit des affaires, à supposer leur méconnaissance du droit de la concurrence, auraient donc pu s'y référer en cas de doute pour pallier les difficultés d'interprétation de l'article Lp. 431-1 du code de commerce. Ils auraient également pu interroger les services du Gouvernement de manière informelle pour lever d'éventuels doutes avant la réalisation de l'opération.

61. Au surplus, l'instruction a permis de démontrer que la société Promosud avait connaissance du droit de la concurrence compte tenu de son expérience de la procédure de notification des opérations de concentration : ainsi, le 11 décembre 2015, la société Promosud avait déjà notifié une opération consistant en sa prise de contrôle exclusif de la société d'élevage aquacole de la Ouenghi, laquelle a donné lieu à une autorisation du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie par arrêté n° 2016-139 du 19 janvier 2016.
62. L'Autorité constate, en deuxième lieu, qu'à l'occasion de la notification *a posteriori* de l'opération de concentration, les sociétés mises en cause étaient accompagnées du même avocat que dans le cadre de la présente procédure. Or, bien que conseillées par un spécialiste du droit de la concurrence, les parties n'ont pourtant jamais soulevé le fait que la société Ouatom ne serait pas une entreprise de plein exercice ni contesté, plus largement, le caractère contrôlable de l'opération. Les parties n'ont pas non plus exercé de recours en annulation contre la décision n° 2020-DCC-07 de l'Autorité au motif que la société Ouatom ne serait pas une entreprise de plein exercice de sorte que l'opération n'aurait pas été contrôlable. Enfin, interrogées précisément sur ce point au cours de la séance par le Président de séance, les parties ont indiqué qu'elles ne le contestaient plus.
63. En dernier lieu, l'Autorité constate néanmoins qu'initialement, la société Promosud n'envisageait pas d'acquiescer le contrôle conjoint de la société Ouatom de sorte que cette circonstance est de nature à atténuer le caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération en amont de sa réalisation.
64. Ainsi, lors de son audition, le représentant de la société Enercal a indiqué que la société Promosud avait souhaité détenir le contrôle conjoint sur la société Ouatom dans les termes suivants : « *Le premier projet de statuts a été fourni par EEN à Promosud. Il s'agissait de la même version des statuts de la société Hydro Paalo. Le pacte d'associés a quant à lui été rédigé au mois de juin 2017. Il prévoyait un contrôle exclusif par EEN. C'est lors des négociations des statuts et du pacte que le conseil de la société Promosud a souhaité détenir le contrôle conjoint. Il s'agissait d'une condition 'sine qua non' pour réaliser l'opération* »³¹ (soulignement ajouté).
65. La représentante de la société Promosud a confirmé au cours de son audition que : « *De toute bonne foi, lorsque Promosud s'est lancée dans cette opération, monsieur Lasnier et monsieur Benassac [le précédent Directeur général et l'adjoint au Directeur] n'ont absolument pas pensé que l'opération pouvait être soumise à autorisation, et que la signature du pacte [d'actionnaires] pouvait avoir un impact sur le caractère notifiable de l'opération au regard du droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie* »³². Elle a précisé que l'évolution du pacte d'associé vers une prise de contrôle conjoint visait à répondre aux objectifs de la Province Sud tendant à « *valoriser le potentiel solaire* » du territoire³³.

3. Sur la coopération des entreprises mises en cause

³⁰ Voir par exemple l'arrêté du 26 janvier 2018 relatif à la prise de contrôle exclusif de la SAS Restauration Française par la SARL Alimentaire Océanienne, point 49.

³¹ Voir le procès-verbal d'Enercal, annexe 26, cote 841.

³² Voir le procès-verbal de Promosud, annexe 03, cote 851.

³³ Voir les observations de la société Promosud du 27 novembre 2020, annexe 115, cote 1506.

66. Le fait de réaliser une opération de concentration avant de la notifier fait échec à l'effet suspensif du contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie. Or, la suspension de la réalisation d'une opération de concentration à une décision d'autorisation est une garantie essentielle de l'effectivité du contrôle des concentrations 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.
67. De façon évidente, cette incitation disparaît 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.
68. 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.
69. La pratique décisionnelle considère que la coopération des entreprises au long de la procédure de notification s'apprécie notamment au regard des délais de réponse et de la diligence avec laquelle les parties ont répondu aux demandes d'informations de l'Autorité³⁴. S'agissant de la coopération des parties à la procédure mise en œuvre sur le fondement du I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, la pratique décisionnelle tient notamment compte, au titre des circonstances atténuantes, de la reconnaissance de l'infraction, voire de la dénonciation spontanée de l'infraction par les entreprises concernées³⁵.
70. L'Autorité souligne qu'en l'espèce, la date de notification de l'opération postérieurement à sa réalisation ne se confond pas avec la date de fin de l'infraction qui correspond à la date d'autorisation de l'opération litigieuse par l'Autorité, soit le 9 juillet 2020³⁶. C'est donc au regard de la diligence avec laquelle les entreprises en cause ont cherché à limiter la durée de la période entre la réalisation de l'opération et son autorisation postérieure par l'Autorité, que doit être évaluée leur coopération.
71. S'agissant du groupe Enercal, l'Autorité constate que la société Enercal est venue spontanément consulter l'Autorité au début du mois d'avril 2019 sur la contrôlabilité de l'opération relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom par sa filiale EEN et la société Promosud³⁷.
72. Le représentant de la société Enercal a ainsi rappelé lors de son audition que l'entreprise s'est « *inscrite dans une démarche spontanée auprès de l'Autorité* » et estime « *avoir tiré les enseignements de cette situation depuis lors* ».
73. Comme vu *supra*, après des échanges informels entre le conseil de la société EEN et le service d'instruction de l'Autorité, ce dernier a confirmé la contrôlabilité de l'opération, le 22 août 2019³⁸ mais a dû par la suite relancer le conseil de la société EEN pour que lui soient transmis les documents nécessaires à la constitution du dossier de notification³⁹.

³⁴ Voir en ce sens la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°13-D-11 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce.

³⁵ Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-12 précitée ; la lettre de sanction du ministre de l'économie n° C2006-103 précitée ; la décision de la Commission européenne n° IV/M.969 précitée.

³⁶ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-07 précitée.

³⁷ Voir le courrier de la Rapporteuse Générale de l'Autorité n° 2019-CS-59/RG du 2 avril 2019, annexe 85, cotes 52 à 54.

³⁸ Voir le courrier de la Rapporteuse Générale n°2019-CS-98/RG du 22 août 2019, annexe 90, cotes 568 à 569.

³⁹ Voir le courrier de la Rapporteuse Générale n°2019-CS-111/RG du 30 septembre 2019, annexe 91, cotes 570 à 571.

74. Un dossier de pré-notification a alors été adressé le 3 octobre 2019⁴⁰ à l'Autorité qui a, de nouveau, dû procéder à des relances début 2020 pour qu'un dossier de notification lui parvienne le 3 avril 2020, la complétude n'ayant été déclarée que le 18 mai 2020⁴¹.
75. Ainsi, un délai d'environ 9 mois s'est écoulé entre le moment où le service d'instruction de l'Autorité a invité les parties à notifier l'opération et le moment où le dossier de notification a été déclaré complet⁴².
76. L'Autorité considère qu'il appartenait aux sociétés Enercal et Promosud de limiter au maximum la durée de cette période intermédiaire pour démontrer leur pleine coopération.
77. Or, s'il convient de tenir compte de la difficulté alléguée par Enercal de rassembler les pièces demandées⁴³ et de la période d'urgence sanitaire liée à l'épidémie du virus Covid-19 qui a affecté la Nouvelle-Calédonie pendant 6 semaines, du 23 mars au 3 mai 2020⁴⁴, ces éléments ne suffisent pas à justifier un délai total de 9 mois, lequel témoigne d'une certaine lenteur.
78. De la même manière, l'Autorité constate le manque de réactivité des entreprises concernées dans leur démarche de rapprochement avec l'Autorité. En effet, il ressort d'un courriel interne à Enercal qu'un tel rapprochement a été envisagé par son service juridique dès le 9 octobre 2018 :

« Bonjour [...],

Je viens vers toi concernant les recherches effectuées, à notre demande, par le cabinet de Me [...] depuis le mois de mars sur les opérations de concentration.

En effet, nous souhaitons savoir si les opérations suivantes étaient qualifiées de concentration nécessitant alors d'être notifiées à l'autorité de la concurrence (ACNC) :

- la prise de participation d'EEN dans des sociétés de projet (exemple : la SPV Focola)*
 - la création d'une SPV par EEN (le cas de Wi Hache Ouatom)*
 - la création d'une SPV commune avec une autre entreprise (le cas de Hydro Paolo)*
- [...]*

Je me suis rendue au petit-déjeuner organisé par la CCI où la Présidente de l'ACNC a présenté le fonctionnement et les fonctions de son autorité. A deux reprises, elle a fait part que l'AC de la Polynésie française, constituée depuis 2 ans, a pu examiner la conformité au droit de la concurrence, les domaines des télécom et de l'énergie mais pour reprendre ses termes, « l'ACNC, pas encore ». Il semble que ce marché et l'activité d'Enercal soient dans son champ d'intervention à court terme.

Dans ce contexte, nous souhaitons connaître la suite à donner à la non-conformité au droit de la concurrence constatée pour Focola :

- Laissons-nous l'ACNC nous saisir ?, ou*
- Rencontrons-nous dès maintenant le service d'instruction de l'ACNC pour lui faire part de cette situation et notre volonté de la régulariser ? même si la note juridique de l'avocat*

⁴⁰ Voir la lettre des conseils de la société EEN du 1^{er} octobre 2019, annexe 93, cotes 574 à 575.

⁴¹ Voir le courrier du conseil des sociétés EEN et Promosud du 18 mai 2020, annexe 99, cotes 647 à 650.

⁴² Entre le 22 août 2019 et le 18 mai 2020.

⁴³ A l'occasion d'un entretien téléphonique le 1^{er} octobre 2019.

⁴⁴ Voir l'article 10 de l'arrêté n° 2020-4608 du 23 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 en Nouvelle-Calédonie modifié par l'article 2 de l'arrêté n° 2020-6436 du 14 mai 2020.

nous couvre, cette démarche entraînera sûrement l'examen par l'ACNC de nos autres SPV »⁴⁵.

79. Le 5 novembre 2018, le service juridique de la société Enercal a conseillé à son directeur général de saisir l'Autorité, au risque de se voir appliquer la sanction prévue à l'article Lp. 431-8 du code de commerce :

*« Il est possible de régulariser cette situation en saisissant dès maintenant l'autorité de la concurrence afin de lui notifier cette opération. (...) Nous préconisons en effet de saisir l'autorité avant qu'elle nous saisisse et applique éventuellement les sanctions précitées. »*⁴⁶.

80. Le même jour, le service juridique de la société Enercal a demandé à son avocat⁴⁷ de régulariser les opérations de concentrations des filiales qui n'avaient pas été notifiées avant leur réalisation⁴⁸. Les premiers contacts avec le service d'instruction de l'Autorité ont été entrepris dans ce sens cinq mois plus tard⁴⁹.

81. L'Autorité considère néanmoins que, malgré une certaine lenteur pour régulariser la situation, le fait que le groupe Enercal ait pris l'initiative de dénoncer lui-même l'absence de notification préalable à la réalisation de l'opération auprès de l'Autorité constitue une circonstance atténuante à prendre en considération dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire susceptible de lui être infligée.

82. S'agissant de la société Promosud, l'Autorité constate qu'aucune démarche spontanée n'a été entreprise afin de régulariser cette opération.

83. Plus encore, il ressort de l'instruction :

– en premier lieu, que la société Promosud a été informée le 16 avril 2019, par le président de la société EEN également directeur général de la société Enercal, de la démarche entreprise par le groupe Enercal afin de régulariser la procédure de notification de l'opération devant l'Autorité⁵⁰.

– en deuxième lieu, que la société Promosud n'a pas voulu se joindre à la démarche initiale engagée par la société Enercal, comme le précise un courriel du service juridique d'Enercal en date du 18 avril 2019 exposant que *« la note de présentation sera déposée (à l'Autorité) uniquement au nom d'EEN »*⁵¹.

– en troisième lieu, que la société Promosud a toutefois rapidement fait suite à la demande du service juridique de la société Enercal en lui transmettant les informations utiles à la constitution du dossier de notification.

84. L'Autorité constate donc qu'aucune démarche active, que ce soit par l'intermédiaire des représentants de la société Promosud ou de leur conseil, n'a eu lieu auprès du service d'instruction de l'Autorité, jusqu'à ce que sa nouvelle directrice prenne connaissance de la situation à la suite de sa prise de fonction le 1^{er} juillet 2020⁵² et décide de régulariser la procédure de notification de l'opération entreprise par la société Enercal en transmettant au

⁴⁵ Voir le courriel interne du service juridique d'Enercal adressé à sa secrétaire générale du 9 octobre 2018, annexe 41, cotes 1259 à 1260.

³² Voir le courriel interne du service juridique d'Enercal adressé à son directeur général du 5 novembre 2018, annexe 44, cote 1267.

⁴⁷ Le même conseil que celui qui a été mandaté à l'occasion de l'opération litigieuse.

⁴⁸ Voir le courriel du service juridique d'Enercal à son conseil du 5 novembre 2018, annexe 45, cote 1270.

⁴⁹ Entre novembre 2018 et avril 2019.

⁵⁰ Voir le courrier du président d'EEN du 16 avril 2019, annexe 106, cotes 462 à 463.

⁵¹ Voir les échanges demande courrier ACNC, annexe 07, cote 864.

⁵² Voir le procès-verbal d'audition de la nouvelle représentante de la société Promosud qui a reconnu l'infraction après avoir souligné, qu'à la suite de sa nomination le 1^{er} juillet 2020 : *« J'ai découvert personnellement le caractère notifiable de l'opération du côté de Promosud [...] »*.

service d'instruction de l'Autorité, le 8 juillet 2020, le mandat donnant pouvoir au conseil de la société EEN pour représenter également la société Promosud dans le cadre de l'opération, ainsi qu'une déclaration liant Promosud au dossier de notification déposé par la société EEN.

3. Sur l'absence d'intention délibérée de contourner les règles relatives au contrôle des concentrations

85. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que le droit à l'erreur, prévu à l'article 4 de la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 auquel se réfère le Commissaire du gouvernement dans ses observations écrites⁵³ n'est pas applicable aux procédures mises en œuvre par l'Autorité, conformément au IV de cet article, le droit de la concurrence visant à protéger l'ordre public économique auquel il ne peut être dérogé par erreur.
86. De plus, l'Autorité s'inscrit dans le cadre de la pratique décisionnelle métropolitaine comme européenne, qui ne limite pas le défaut de notification d'une opération de concentration aux infractions intentionnelles mais qui sanctionne également les omissions de notification résultant d'une négligence⁵⁴. Il n'en demeure pas moins que l'absence d'intention délibérée de contourner les règles relatives au contrôle des concentrations peut constituer une circonstance atténuante.
87. S'agissant du groupe Enercal, il ressort de l'instruction que la société EEN était composée de deux employés à la date de réalisation de l'opération (un directeur technique et un ingénieur)⁵⁵ et que cette entreprise ne disposait pas d'un service juridique propre ce qui est d'ailleurs toujours le cas⁵⁶. Cette entreprise s'est donc appuyée sur le service juridique de sa société mère, la société Enercal, pour les formalités juridiques relatives à l'opération litigieuse et sur un avocat extérieur de la société Enercal⁵⁷.
88. Le service juridique de la société Enercal était constitué, à la date de l'opération, de deux juristes généralistes, renforcé le 5 décembre 2017, par l'arrivée d'une assistante juridique au parcours généraliste⁵⁸. Dans le cadre de cette opération, ce service juridique a « *pris en main la relecture des actes avec l'appui des conseils* »⁵⁹.
89. Sur ce point, le représentant de la société Enercal a précisé, lors de son audition, que : « *Au mois de février 2017, un conseil extérieur a été mandaté (...) pour créer la société 'Ouatom'* »⁶⁰. Il a ajouté que : « *Le service juridique d'Enercal est intervenu ponctuellement pour la relecture des actes juridiques (projets de statuts et pacte d'associés de Ouatom)* »⁶¹.
90. En conséquence, si la société EEN ne disposait pas de moyens propres, sa société mère, la société Enercal disposait, quant à elle, des moyens lui permettant d'apprécier la contrôlabilité de cette opération et, en cas de doute sur ce point, de se rapprocher des services du Gouvernement compétents à l'époque pour et lui demander le cas échéant une lettre de confort.

⁵³ Voir les observations du Commissaire du gouvernement du 27 novembre 2020, annexe 116, cote 1541.

⁵⁴ Voir notamment la lettre de sanction du ministre de l'économie n° C2006-103 du 8 décembre 2007 relative à une concentration dans le secteur du saumon : (https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2007/07_01bis/c2006_103_decisions_ancion_panfish_fjordseafood.pdf).

Voir également CJUE, 12 déc. 2012, T-332/09., Electrabel c/ Commission.

⁵⁵ Voir l'organigramme de la société EEN à la date de l'opération dans le courrier de la société Enercal du 15 septembre 2020, annexe 27, cote 1183 ; le procès-verbal d'audition de la société Enercal, annexe 26, cote 840.

⁵⁶ Voir le procès-verbal d'audition de la société Enercal, annexe 26, cote 842.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, cote 841.

⁶¹ *Ibid.*

91. Lors de son audition, le représentant de la société Enercal a souligné la méconnaissance, par l'entreprise, des règles du droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie à la date de l'opération dans ces termes : « *A partir de fin 2013, le droit de la concurrence était applicable en Nouvelle-Calédonie. Il n'y avait pas de précédents connus pour Enercal avant la réalisation de l'opération Ouatom nécessitant la notification d'une opération de concentration au sens du droit de la concurrence applicable en Nouvelle-Calédonie* »⁶².
92. L'Autorité constate en effet que le droit de la concurrence relatif au contrôle préalable des opérations de concentration a été introduit en Nouvelle-Calédonie fin 2013 et a été mis en œuvre par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie jusqu'au 2 mars 2018, date à laquelle l'Autorité a pris officiellement ses fonctions.
93. Toutefois, comme le montrent les arrêtés du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie adoptés entre 2014 et 2018⁶³, de très nombreuses entreprises calédoniennes ont respecté les dispositions relatives au contrôle des concentrations et ont procédé à la notification préalable des opérations de concentration les concernant devant le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.
94. En outre, le rapport du service instruction mentionne le fait que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait déjà été sollicité à l'occasion d'une opération de concentration relative à l'acquisition par l'Agence Calédonienne de l'Energie de 51 % du capital social de la société Nouvelle Calédonie Energie (NCE) détenu au préalable à 100 % par la société Enercal⁶⁴. Ce dossier avait donné lieu à une lettre de confort du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie considérant que l'opération n'était pas contrôlable.
95. Dans la mesure où la société Enercal détenait 100 % de la société NCE avant cette opération (et seulement 39 % à l'issue de celle-ci), le service d'instruction a estimé que la société Enercal a potentiellement eu connaissance de la procédure de notification engagée à cette époque.
96. Toutefois, l'Autorité constate que cette opération est postérieure à l'opération Ouatom et considère que l'instruction n'a pas permis de déterminer dans quelle mesure la société Enercal avait été effectivement associée à la procédure visant à obtenir une lettre de confort dans ce dossier.
97. En effet, la société Enercal a indiqué au cours de son audition par le service d'instruction que : « *Le département juridique d'ENERCAL est intervenu uniquement pour la création de la société [NCE] fin 2016 (immatriculation au RCS) et la tenue des premiers comités de direction qui ont eu lieu en 2017 (convocation, tenue des réunions) et la réponse à quelques questions juridiques provenant de la Direction d'ENERCAL* »⁶⁵.
98. Il a ajouté que ce dossier a été suivi par un avocat : « *qui à notre connaissance était le conseil de l'équipe projet NCE à la date de la demande. Nous ne retrouvons pas de communication de la demande de lettre de confort au département juridique d'ENERCAL. Nous ne retrouvons pas également de trace de transmission de la lettre de confort proprement dite au département juridique d'ENERCAL.* »⁶⁶.
99. Au vu de ce qui précède, l'Autorité en conclut que les sociétés EEN et Enercal ont davantage fait montre de négligence qu'elles n'ont eu l'intention de contourner délibérément les dispositions de la loi dans le cadre du défaut de notification de l'opération de concentration

⁶² Voir le procès-verbal d'audition d'Enercal, annexe 26, cote 842.

⁶³ Voir la liste des opérations de concentrations autorisées par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie : <https://autorite-concurrence.nc/contrôle-des-concentrations-et-des-commerces-de-détail-registre-des-operations/decisions-adoptees-0>

⁶⁴ Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait d'ailleurs considéré l'opération de concentration non contrôlable (voir la lettre de confort du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° CS18-3151-198DAE du 5 février 2018).

⁶⁵ Voir le courrier de la société EEN du 15 septembre 2020, annexe 27, cote 1185.

⁶⁶ *Ibid.*, cote 1186.

« Ouatom ». Au demeurant, l'Autorité rappelle que les sociétés EEN et Enercal se sont spontanément présentées à l'Autorité afin de régulariser leur situation et se conformer aux dispositions du I de l'article Lp. 431-8 du code de commerce⁶⁷.

100. A cet égard, le représentant d'Enercal et d'EEN a d'ailleurs indiqué avoir mis en place « *un processus d'identification des risques en droit de la concurrence sur tous les dossiers, intégrant l'analyse systématique de l'aspect concurrence par le service juridique d'Enercal* » et vouloir « *mettre en place une formation du service juridique en droit de la concurrence* ».
101. L'absence de volonté délibérée du groupe Enercal de contourner les règles relatives au contrôle *a priori* des opérations de concentration constitue une circonstance atténuante à prendre en considération dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire susceptible de lui être infligée.
102. La société Promosud, pour sa part, ne disposait pas de service juridique à l'époque des faits et n'en dispose toujours pas⁶⁸. Toutefois, dans le cadre du suivi de l'opération litigieuse, la société Promosud avait été assistée d'un conseil « *pour des demandes ponctuelles précises* », lequel n'était pas celui de la société Enercal⁶⁹. En outre, comme indiqué précédemment, elle avait nécessairement connaissance de la procédure de contrôle des opérations de concentrations devant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avant la réalisation de l'opération litigieuse puisqu'elle avait déjà procédé à la notification d'une autre opération de concentration le 11 décembre 2015⁷⁰.
103. Pour autant, comme l'a constaté l'Autorité précédemment, la participation de la société Promosud devait rester initialement minoritaire et n'avait pas vocation à conduire à un contrôle conjoint. Ce n'est qu'au fil des négociations relatives au pacte d'actionnaire que la société Promosud a acquis les droits lui permettant d'exercer un contrôle conjoint.
104. En outre, lors de la séance du conseil d'administration de la société Promosud du 27 décembre 2016 durant laquelle ses membres ont autorisé l'entrée au capital de la société Ouatom, ces derniers avaient conditionné le « *versement de la première tranche de compte courant de 45 510 000 F. CFP* » à un certain nombre d'autorisations dont notamment « *l'obtention du permis de construire, l'obtention de l'autorisation d'exploiter la centrale photovoltaïque par la Dimenc, l'obtention de l'agrément Loi du Pays* »⁷¹.
105. Selon la représentante de la société Promosud, ces conditions suspensives, qui traduisaient la volonté de la société Promosud d'être en conformité avec les différentes autorisations préalables nécessaires en Nouvelle-Calédonie à la réalisation du projet « Ouatom », ne mentionnaient pas l'autorisation de l'opération de concentration par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie car la société n'imaginait pas y être soumise. Ces éléments confirmeraient que le caractère contrôlable de l'opération n'était pas notoire en amont de sa réalisation.
106. L'Autorité considère que si la société Promosud connaissait les règles relatives au contrôle des concentrations, il y a lieu de retenir à son égard qu'elle n'avait pas réalisé à l'époque que sa prise de participation minoritaire pouvait être considérée comme une prise de contrôle conjoint en application du pacte d'actionnaires qui a été modifié au fil des négociations entre les deux entreprises. En conséquence, le défaut de notification de l'opération résulterait davantage d'une

⁶⁷ « Je tiens à rappeler qu'Enercal s'est inscrite dans une démarche de déclaration spontanée auprès de l'Autorité de la concurrence » (voir le procès-verbal d'audition d'Enercal, annexe 26, cote 845)

⁶⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Promosud, annexe 03, cote 841.

⁶⁹ Voir le procès-verbal d'audition de la société Promosud, annexe 03, cote 841.

⁷⁰ Dossier déposé par le directeur général de la société Promosud, Monsieur Michel Lasnier.

⁷¹ Voir le procès-verbal des délibérations de la séance du conseil d'administration de Promosud du 27 décembre 2016, annexe 03, cote 851.

certaine méconnaissance de la pratique décisionnelle en droit de la concurrence que d'une volonté délibérée de contourner ses obligations légales.

107. Sur ce point, la représentante de la société Promosud a, par ailleurs, indiqué que si elle n'avait « *pas de compétence en matière de concurrence* », elle voulait « *travailler pour mettre en place un process de contrôle sur ce sujet* »⁷².
108. L'absence de volonté délibérée de la société Promosud de contourner les règles relatives au contrôle *a priori* des opérations de concentration en l'espèce constitue une circonstance atténuante à prendre en considération dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire susceptible de lui être infligée.

4. Sur la situation individuelle des entreprises

109. Compte tenu de l'imputation des manquements poursuivis (voir *supra*) au groupe Enercal et à la société Promosud, il convient d'apprécier la situation et la capacité contributive de l'ensemble des deux groupes.
110. Concernant la situation financière du groupe Enercal, l'Autorité observe que la société EEN a réalisé l'intégralité de son chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie, qui représente un montant de 67,9 millions de F.CFP à la date du dernier exercice clos au 30 juin 2019⁷³, tandis que le groupe Enercal enregistre à la même date un chiffre d'affaires sur le territoire calédonien de 29,9 milliards de F. CFP⁷⁴ incluant celui de la société Ouatom. En outre, le groupe Enercal dispose d'une trésorerie de 2 milliards de F.CFP en 2019⁷⁵, en baisse depuis 2017⁷⁶, mais bien supérieure à 2016⁷⁷.
111. La société Enercal a toutefois expliqué dans ses écritures qu'une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 % de son chiffre d'affaires serait disproportionnée. Elle expose en outre que ses comptes consolidés ne reflèteraient pas la réalité de sa situation financière et en particulier ses difficultés de trésorerie puisqu'ils incluent la « *composante de stabilisation* » (CS) due par le gouvernement au titre de la réglementation des tarifs du système électrique et non versée⁷⁸. Ses difficultés de trésorerie sont corroborées par les observations écrites du Commissaire du gouvernement qui mentionnent que : « *La SAEM Enercal quant à elle afficherait une trésorerie en réalité lourdement déficitaire du fait du non-versement par la Nouvelle-Calédonie de la composante « stabilisation » du modèle régulé.* »⁷⁹.
112. S'agissant de la société Promosud, ses comptes consolidés montrent que le groupe Promosud a réalisé en 2019 un chiffre d'affaires de 11,5 milliards de F. CFP⁸⁰, comparable aux chiffres d'affaires consolidés des exercices 2018, 2017 et 2016⁸¹.
113. La société Promosud a néanmoins souligné des difficultés financières, aggravées par la pandémie sanitaire COVID-19. Le Commissaire du gouvernement a également considéré, dans

⁷² Voir le procès-verbal de la représentante de la société Promosud, annexe 03, cote 852.

⁷³ 67 860 000 F.CFP (voir le rapport financier 2019 de la société EEN, annexe 82, cote 1400).

⁷⁴ 29 903 525 000 F. CFP (voir les comptes consolidés 2019 d'Enercal, annexe 75, cote 704).

⁷⁵ 2 020 988 000 F.CFP (voir les comptes consolidés 2019 du groupe Enercal, annexe 75, cote 747).

⁷⁶ Voir les comptes consolidés 2017 du groupe Enercal, annexe 74, cote 1334 ; les comptes consolidés 2019 du groupe Enercal, annexe 75, cote 747.

⁷⁷ Voir les comptes consolidés 2017 du groupe Enercal, annexe 74, cote 1334.

⁷⁸ « Entre juin 2018 et juin 2020, le C.A. consolidé augmente de 1.2 milliards dont 4.7 milliards de CS sont des montants non fiduciaires, le résultat net part du groupe diminue de 1.3 milliards, la trésorerie disponible plonge de 3 milliards (à rapprocher de la hausse de la CS de 4.7 milliards).

⁷⁹ Voir les observations du Commissaire du gouvernement du 27 novembre 2020, annexe 116, cote 1540.

⁸⁰ Voir les comptes consolidés 2019 du groupe Promosud, annexe 65, cote 1422.

⁸¹ Voir comptes consolidés 2017 du groupe Promosud dans les échanges entre Enercal et Promosud aux demandes formulées par l'ACNC, annexe 07, cote 900 ; les comptes consolidés 2019 du groupe Promosud, annexe 65, cote 1422.

ses observations écrites, que : « *La SAEM Promosud devra notamment assumer les pertes d'exploitation prévisibles des hôtels de la SHN lourdement touchés par la crise sanitaire en cours* »⁸².

114. De plus, selon la société Promosud, figureraient dans sa trésorerie des fonds qu'elle doit rembourser à ses investisseurs fiscaux au titre du « *dispositif de défiscalisation locale* »⁸³ et qui ne constitueraient pas pour elle une ressource « utilisable ». L'Autorité constate cependant qu'aucun élément du dossier ne permet d'étayer ce dernier point.
115. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, compte tenu de la gravité de la pratique constatée, des circonstances aggravantes et atténuantes relevées à l'égard de chacune des parties, de leur situation individuelle, et dans la mesure où cette affaire constitue la première décision de l'Autorité en cas de défaut de notification d'une opération de concentration, il y a lieu de prononcer :
- à l'égard de la seule société Enercal, en tant qu'auteure de la pratique et en sa qualité de maison-mère de la société EEN qu'elle détient à 100%, une sanction pécuniaire de 20 millions de F.CFP. Ce montant représente 0,067 % du chiffre d'affaires consolidé de la société Enercal et 1,3 % du montant de la sanction maximale encourue.
 - à l'égard de la société Promosud, une sanction pécuniaire de 12 millions de F.CFP, ce qui représente 0,1% du chiffre d'affaires consolidé de la société Promosud et 2,1 % de la sanction maximale encourue.

DÉCIDE

Article 1^{er} : Il est établi que la société EEN, sa société-mère Enercal et la société Promosud ont manqué aux obligations prévues à l'article Lp. 431-3 du code de commerce en procédant, le 25 octobre 2017, à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Wi Hache Ouatom, sans avoir notifié au préalable cette opération de concentration au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, compétent à l'époque en matière de contrôle des concentrations.

Article 2 : Une sanction pécuniaire d'un montant de 20 millions de F.CFP est infligée à la société Enercal, en tant qu'auteure de la pratique et société-mère de la société EEN, sur le fondement de l'article Lp. 431-8 I du code de commerce.

Article 3 : Une sanction pécuniaire d'un montant de 12 millions de F.CFP est infligée à la société Promosud, en qualité de co-auteure de la pratique, sur le fondement de l'article Lp. 431-8 I du code de commerce.

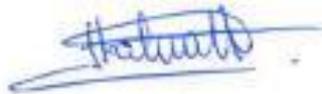
Article 4 : L'infraction reprochée à la société Promosud au titre du III de l'article Lp. 431-8 du code de commerce n'est pas caractérisée.

⁸² Voir les observations du Commissaire du gouvernement du 27 novembre 2020, annexe 116, cote 1540.

⁸³ Voir les observations de la société Promosud du 27 novembre 2020, annexe 115, cote 1527.

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

La secrétaire de séance,



Flavienne Haluatr

Le Président de séance,



Jean-Michel Stoltz, vice-président