



Décision n° 2020-DCC-11 du 8 septembre 2020
relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Focola
par la SAS Enercal Energies Nouvelles

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (Présidente statuant seule),

Vu le dossier de notification, adressé complet à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie le 16 juillet 2020 et enregistré sous le numéro 20/0015CC, relatif à la prise de contrôle exclusif de la SAS Focola par la SAS Enercal Energies Nouvelles (ci-après « EEN ») ;

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

Vu la 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 ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce ») et notamment ses articles Lp. 431-1 à Lp. 431-9 et Lp. 461-3 ;

Vu l'arrêté n°2018-41/GNC du 9 janvier 2018 pris en application de l'article Lp. 431-9 du code de commerce précité concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération de concentration ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu la proposition du service d'instruction du 1^{er} septembre 2020 de déclarer que la présente opération n'était pas soumise au contrôle des concentrations prévu aux articles Lp. 431-1 et suivants du code de commerce¹ ou d'autoriser rétroactivement la présente opération en application du deuxième alinéa du III de l'article Lp. 431-5 du code de commerce ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Adopte la décision suivante,

¹ Dans sa version en vigueur à date de la réalisation de l'opération, soit le 08 juin 2016.

I. Présentation des parties et contexte de l'opération

1. La présente notification s'inscrit dans le cadre d'une démarche de régularisation de la société EEN relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Focola par la SAS EEN le 8 juin 2016 au regard des dispositions du code de commerce relatives au contrôle des opérations de concentration en vigueur à l'époque.

A. Présentation des parties

1. L'acquéreuse : la société EEN, filiale à 100% de la société Enercal

2. La société Enercal Energies Nouvelles (ci-après, la société « EEN ») est une filiale détenue à 100 % par la société Néo-Calédonienne d'Énergie (ci-après, la société « Enercal »)², immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 001 219 740, depuis le 16 mai 2014. Elle a pour activité 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 (barrage hydroélectrique)³.
3. A la date du dernier exercice clos, avant la réalisation de l'opération, la société EEN n'avait réalisé aucun chiffre d'affaires⁴.
4. A la date de réalisation de l'opération, soit le 8 juin 2016⁵, la société EEN détenait 51% du capital social de la SAS Hydro Paolo⁶, la société Nord Avenir possédant les 49 % restants étant précisé que l'objet principal de la société Hydro Paolo est l'étude, la construction et l'exploitation de nouvelles capacités de production électrique de type hydraulique.
5. La société Enercal, société mère du groupe Enercal, est une société anonyme d'économie mixte dont le capital social est majoritairement détenu par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (54,42 %). Le reste de son capital est détenu par les provinces et les communes de la Nouvelle-Calédonie à hauteur de 2,5 %, la société Eramet à hauteur de 16,3 % du capital, la société Edev (filiale d'EDF) à hauteur de 15,97 % du capital, et la société Engie Energie Services (filiale du groupe Engie SA) à hauteur de 10,79 % du capital⁷.
6. Le groupe Enercal est le principal producteur d'électricité en Nouvelle-Calédonie, grâce à ses moyens propres de production, aux installations de sa filiale Prony Energies et à la centrale à flamme (combustible fuel-oil) de Doniambo, dont il est gestionnaire pour le compte de la SLN. Le groupe Enercal dispose, par ailleurs, d'un parc de trois aménagements hydroélectriques, complété par neuf microcentrales hydrauliques⁸.

² Voir le point e) du paragraphe 2.2.1 du dossier de notification, annexe 1, cote 14.

³ Voir l'extrait Kbis de la société EEN, annexe 5, cotes 69 à 71.

⁴ Voir le rapport financier 2015 de la société EEN, annexe 48, cote 615.

⁵ Date du pacte de cessions des parts détenues par la société Akuo Solar à la société EEN (Voir annexe 19, cotes 364 à 368).

⁶ La SAS Hydro Paolo est immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 001 311 018 depuis le 27 avril 2016.

⁷ Voir, pour le détail, la présentation de la société Enercal dans l'avis de l'Autorité 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.

⁸ Voir le paragraphe 2.2 du rapport annuel de l'IEOM – Nouvelle Calédonie de 2015.

7. La société Enercal est également le seul opérateur assurant le transport de l'électricité sur le territoire en vertu d'une délégation de service public, et l'un des deux distributeurs d'électricité en Nouvelle-Calédonie⁹.
8. Le dernier chiffre d'affaires consolidé réalisé en Nouvelle-Calédonie par la société Enercal avant la réalisation de l'opération s'élevait à 29,8 milliards de F.CFP au terme de l'exercice clos le 30 juin 2015¹⁰.

2. La cible : la société Focola

9. La société Focola, immatriculée au RCS de Nouméa depuis le 20 décembre 2013¹¹, est une société par actions simplifiée, filiale à 100% de la société Akuo Solar SAS¹², elle-même filiale de la société Akuo Energy¹³.
10. La société Akuo Solar est une société par actions simplifiée ayant principalement pour activité : *« la prise de participations dans des sociétés intervenant dans le domaine de l'énergie, l'objet social étant ainsi défini : toutes opérations d'acquisition, de détention d'administration, de disposition, de gestion de titres émis par des sociétés ou tous organismes ayant une activité dans le domaine de l'énergie »*¹⁴.
11. L'activité principale de la société Focola est le développement, le financement, la construction et l'exploitation de tous projets d'énergie renouvelable¹⁵, en particulier le développement *« d'une centrale agri-solaire, d'une capacité nominale de 1,7 MWc, consistant en des modules photovoltaïques installés en toiture de serres anticycloniques, située à Farino »*¹⁶.
12. La province Sud a délivré un permis de construire pour la centrale, au profit de la société Focola, le 13 octobre 2015, lequel a été affiché sur le site le 20 janvier 2016 pour être purgé de tout recours le 20 avril 2016.
13. La société Focola SAS a été autorisée à exploiter la centrale photovoltaïque de 1 700 kWc de Focola sur la commune de Farino par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2017-793/GNC du 4 avril 2017¹⁷. Cet arrêté précisait notamment que : *« L'autorisation cesse de produire effet si l'exploitant ne met pas en service cette centrale dans un délai de 24 mois à compter de la date de délivrance de la présente autorisation. »*.
14. La date de réception de cette centrale était envisagée pour le mois d'août 2018 avec une mise en service prévisionnelle fixée à novembre 2018. La date effective de mise en service était finalement celle du 4 avril 2019.

⁹ Voir le paragraphe 2.1 du rapport annuel de l'IEOM – Nouvelle Calédonie de 2015 et 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*.

¹⁰ Voir le rapport financier 2015 du groupe Enercal, annexe 70, cote 850.

¹¹ sous le numéro 001 200 559.

¹² La SAS Akuo Solar est immatriculée au RCS de Paris sous le numéro 501 215 990 depuis le 28 novembre 2007.

¹³ Voir le point e) du paragraphe 2.2.2 du dossier de notification, annexe 1, cote 17.

¹⁴ Voir le point c) du paragraphe 2.2.2 du dossier de notification, annexe 1, cotes 17 et 18. Voir également l'extrait Kbis de la société Akuo Solar, annexe 7, cote 90.

¹⁵ Voir l'extrait Kbis de la société Focola, annexe 22, cote 395.

¹⁶ Voir le point 15 du paragraphe 1.2 du dossier de notification, annexe 1, cote 6.

¹⁷ <https://juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2017&page=4382>

15. Avant la réalisation du rachat par la société EEN, le 08 juin 2016, la société Focola n'avait donc réalisé aucun chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie¹⁸.

B. Le contexte de l'opération

16. Il ressort de l'instruction que dès le 1^{er} septembre 2015, le conseil d'administration de la société Enercal a approuvé, « dans le cadre de la réalisation d'un projet de ferme agri-solaire »¹⁹, « l'acquisition par la filiale ENERCAL ENERGIES NOUVELLES de 51 % des parts sociales de la SAS Focola, soit 12 750 actions acquises pour un montant de 127 500 XPF »²⁰.
17. Le 8 juin 2016, un contrat de cession de 12 750 parts sociales de la société Focola a été *conclu* entre les sociétés Akuo Solar et EEN²¹, suivi de la cession de ces actions détenues par la société Akuo Solar au profit de la société EEN à la même date²².
18. L'opération consistant en la prise du contrôle exclusif de la société Focola par la société EEN a ainsi été réalisée le 8 juin 2016.
19. A l'issue de cette acquisition, la société EEN détenait 51 % du capital de la société Focola, les 49 % restants appartenant toujours à la société Akuo Solar, actionnaire unique avant la réalisation de l'opération. Cette situation est inchangée à ce jour.
20. Cette opération n'a pas fait l'objet d'une notification avant sa réalisation.
21. Dans le cadre d'un audit interne réalisé en 2019, les représentants de la société EEN ont considéré que cette opération était susceptible de faire l'objet d'une notification auprès de la Direction des Affaires Economiques, compétente au moment de l'opération, pour contrôler cette opération en application des dispositions des articles Lp. 431-1 et suivants du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.
22. Les représentants de la société EEN ont donc contacté la présidente de l'Autorité de la concurrence pour savoir de quelle manière régulariser la situation le cas échéant. La Présidente les a alors mis en contact avec le service d'instruction de l'Autorité.
23. Au terme d'un entretien en date du 2 avril 2019 entre les représentants de la société EEN et la rapporteure générale adjointe, le service d'instruction a invité la société EEN à justifier l'absence de notification et à notifier l'opération si son caractère contrôlable était avéré²³.
24. Les échanges informels entre les représentants de la société EEN et le service d'instruction de l'Autorité se sont poursuivis jusqu'au 16 avril 2020, date à laquelle les représentants de la

¹⁸ Voir le chiffre d'affaires de la société Focola à la date du 31 décembre 2015 dans le rapport financier 2017 de la société Focola, annexe 17, cote 349.

¹⁹ Voir l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration d'Enercal du 1^{er} septembre 2015, annexe 25, cote 403.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Voir l'acte de cession des parts détenues par la société Akuo Solar à la société EEN du 8 juin 2016, annexe 19, cotes 364 à 368.

²² Voir l'ordre de mouvement de titres de la société Focola entre les sociétés Akuo Solar et EEN, daté du 8 juin 2016, annexe 20, cote 372.

²³ Voir le courrier de la Rapporteure Générale n° 2019-CS-59/RG du 2 avril 2019, annexe 9, cotes 110 à 112.

société EEN ont déposé le dossier de notification. Le service d'instruction de l'Autorité l'a déclaré complet le 16 juillet 2020²⁴.

II. Contrôlabilité de l'opération

25. L'Autorité rappelle qu'à la date de la réalisation de l'opération, le code de commerce précisait que, pour être contrôlée par les services du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, l'opération projetée devait être une opération de concentration au sens de l'article Lp. 431-1 et dépasser les seuils de notification prévus à l'article Lp. 431-2 en vigueur à l'époque.

1. Sur la notion de concentration

26. Conformément au I de l'article Lp. 431-1 du code de commerce : « Une opération de concentration est réalisée : [...] »

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.* ».

27. A l'instar de la pratique métropolitaine, l'Autorité considère qu'« une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise »²⁵.
28. L'article 14 des statuts de la société Focola, dans leur version datée du 13 juin 2016, précise que le Président, chargé de représenter, gérer et administrer cette société, est « désigné par le Comité de Direction et choisi parmi ses membres sur proposition d'ENERCAL ENERGIES NOUVELLES tant que cette dernière, directement ou indirectement, seul ou conjointement, détiendra la majorité du capital social et des droits de vote de la Société. ENERCAL ENERGIES Nouvelles proposera la candidature de la personne physique assurant par ailleurs la fonction de président d'ENERCAL ENERGIES NOUVELLES »²⁶.
29. En outre, un Comité de direction est institué en vertu de l'article 17 des mêmes statuts et a pour compétence d'« assiste[r] le président de la Société et le ou les directeurs généraux le cas échéant, dans la conduite des affaires sociales, pour toutes les questions ne relevant pas de la gestion courante de la Société »²⁷. Il est « composé de quatre membres, désignés par l'associé unique ou, en cas de pluralité d'associés, par décision collective ordinaire des associés, deux étant désignés sur proposition d'ENERCAL ENERGIES NOUVELLES et deux sur proposition d'AKUO », étant précisé que les membres désignés par EEN sont, en vertu des mêmes statuts :

²⁴ Voir le courrier de complétude de la Rapporteuse Générale n° 2020-CS-77/RG du 21 juillet 2020, annexe 73, cotes 934 à 396.

²⁵ Voir le paragraphe 32 des lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations de juillet 2013.

²⁶ Voir l'article 14 des statuts de la société Focola, annexe 31, cote 439.

²⁷ Voir l'article 17 des statuts de la société Focola, annexe 31, cote 441.

« La personne physique assurant par ailleurs la fonction du Président d'ENERCAL ENERGIES NOUVELLES [...] »

La personne physique assurant par ailleurs la fonction de Directeur Technique d'ENERCAL ENERGIES NOUVELLES »²⁸.

30. Le point b. de l'article 17.2 des statuts de la société Focola, en date du 13 juin 2016, prévoit que : « Les décisions du Comité de Direction seront prises à la majorité simple des voix des membres du comité de Direction présents ou représentés à l'exception des décisions pour lesquelles l'unanimité est requise »²⁹.
31. A cet égard, parmi les décisions prises à la majorité simple, il convient de relever dans ces mêmes statuts, les décisions suivantes³⁰ :
- Le budget d'exploitation et d'investissement ;
 - Le plan d'affaires du ou des projets ;
 - L'arrêté des comptes annuels, préalablement à leur approbation par l'associé unique ou les associés ;
 - La proposition d'amendement des statuts de la Société ;
 - Les investissements supérieurs à 6.000.000 (six millions) XPF ;
 - La cession d'actifs d'une valeur supérieure à 6.000.000 (six millions) XPF ;
 - La conclusion, en dehors de toute prévision dans le plan d'affaires du ou des projets, de toute convention qui engendrerait un coût ou des recettes pour un montant supérieur à 2.000.000 (deux millions) XPF ;
 - La souscription, en dehors de toute prévision dans le plan d'affaires du ou des projets, de tout emprunt (en ce compris obligataire) ou contrat de financement (y compris crédit-bail) d'un montant supérieur à 6.000.000 (six millions) XPF ;
 - L'octroi, en dehors de toute prévision dans le plan d'affaires du ou des projets, de tout prêt, sous quelque forme que ce soit, à des tiers, d'un montant supérieur à 6.000.000 (six millions) XPF.
32. Par ailleurs, le même point b. de l'article 17.2 prévoit qu'en cas de partage des voix, les décisions prises à la majorité simple « seront soumises à nouveau au Comité de Direction qui devra se réunir au plus tard sous un mois à compter de la dernière réunion. Dans le cas où la décision fait à nouveau l'objet d'un partage des voix, la voix du président de séance est prépondérante »³¹.

²⁸ Ibid.

²⁹ Voir l'article 17.2 des statuts de la société Focola, annexe 31, cote 442.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

33. Il convient de préciser qu'en vertu des mêmes statuts, « *Le président de la Société préside les réunions du Comité de Direction. En l'absence du Président, la présidence est assurée par le membre du Comité de direction désigné par le Président* »³².
34. Il ressort des statuts de la société Focola, dans leur version datée du 13 juin 2016, que le Comité de Direction, composé à parts égales entre les deux sociétés actionnaires (deux représentants pour la société EEN et deux représentants pour la société Akuo Solar) est en mesure d'adopter les décisions stratégiques de la société Focola à la majorité simple. Il apparaît cependant que la voix du président de la société Focola, désigné par la société EEN, est prépondérante, que ce soit de manière directe ou indirecte (par l'intermédiaire du président de séance qu'il choisit en son absence) ; de sorte que les décisions stratégiques peuvent être adoptées sans les voix des membres du comité de direction de la société Focola désignés par la société Akuo Solar.
35. L'Autorité déduit des éléments exposés *supra*, issus des statuts de la société Focola à la date du 13 juin 2016 et inchangés sur ce point à ce jour³³, que la société EEN détenait le contrôle exclusif de la société Focola à l'issue de l'opération.
36. L'opération constitue ainsi un changement de contrôle exclusif sur la société Focola au bénéfice de la société EEN, qualifiable d'opération de concentration.
37. Cette opération entraine donc dans le champ des dispositions de l'article Lp. 431-1 du code de commerce en vigueur à la date de réalisation de l'opération.

2. Sur l'appréciation des seuils de notification

38. L'article Lp. 431-2 du code de commerce, dans sa version en vigueur à date de la réalisation de l'opération, prévoyait que toute opération de concentration au sens de l'article Lp. 431-1 était notifiable à la double condition que :
 - le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie par les entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales parties à l'opération soit supérieur à 600 millions de F. CFP ;
 - deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération réalisent, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.
39. A cet égard, les lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine de 2013 auxquelles se référait le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie soulignent que les entreprises concernées par une opération de concentration dans le cas d'une prise de contrôle exclusif sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible³⁴. Ces mêmes lignes directrices précisent que : « *Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte* »³⁵.

³² *Ibidem*.

³³ Voir les statuts de la société Focola en date du 14 juin 2018, annexe 21, cotes 373 à 393.

³⁴ Voir le paragraphe 90 des lignes directrices précitées.

³⁵ Voir le paragraphe 92 des lignes directrices précitées.

40. En l'espèce, les seuils de notification de l'opération en cause doivent être appréciés sur la base des chiffres d'affaires des entreprises connus à la date de la réalisation de l'opération, soit le 8 juin 2016.
41. Au cas présent, si le groupe Enercal a réalisé, à lui seul, un chiffre d'affaires bien supérieur à 600 millions de F.CFP³⁶ pour l'exercice clos le 30 juin 2015, la société Focola n'a réalisé aucun chiffre d'affaires, directement ou indirectement, en Nouvelle-Calédonie à la date de l'opération.
42. Il apparaît ainsi que les seuils prévus à l'article Lp. 431-2 du code de commerce dans sa version en vigueur à la date de la réalisation de l'opération, n'étaient pas franchis.
43. Néanmoins, dans son rapport du 1^{er} septembre 2020, le service d'instruction a relevé que, selon les lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine de 2013 précitées, l'acquisition d'éléments d'actifs n'ayant pas généré de chiffre d'affaires à la réalisation de l'opération est une concentration dès lors que l'existence d'un chiffre d'affaires rattachable à la cible est rendue certaine à terme, par exemple dans un délai de trois ans à compter de l'opération³⁷.
44. Or, en l'espèce, le plan d'affaires de la société Focola prévoyait un chiffre d'affaires en Nouvelle Calédonie dès son année fiscale allant du 1^{er} juillet 2018 au 30 juin 2019, soit moins de trois ans à compter de la réalisation de l'opération³⁸.
45. Le service d'instruction a donc considéré que l'analyse retenue par l'Autorité de la concurrence métropolitaine était susceptible d'être transposée au cas d'espèce pour apprécier les seuils de notification applicables à la date de réalisation de l'opération, d'autant plus que l'acquisition de sociétés ne réalisant aucun chiffre d'affaires à la date de l'opération mais ayant pour objet social d'opérer sur les mêmes marchés que l'acquéreur, est susceptible de présenter des risques importants pour la concurrence sur ces marchés à l'issue de l'opération³⁹.
46. Or, le 8 juin 2016, la société cible avait déjà pour objet le développement et l'exploitation d'une centrale photovoltaïque de première catégorie sur Grande Terre⁴⁰. De plus, le groupe Enercal était déjà le premier producteur d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie⁴¹. Enfin, le groupe Enercal se trouvait déjà en situation monopolistique sur le marché aval du transport d'électricité et en situation duopolistique sur le marché aval de la distribution de l'électricité en Nouvelle-Calédonie⁴².
47. Le service d'instruction a donc mené l'instruction de la présente opération considérant que l'Autorité pourrait faire sienne cette analyse, afin de vérifier si l'opération présentait d'éventuelles préoccupations de concurrence à la date de sa réalisation.

³⁶ Le groupe Enercal a réalisé un chiffre d'affaires s'élevant à 29,8 milliards de F.CFP pour l'année 2015 (voir les comptes consolidés 2015, annexe 70, cote 850).

³⁷ Voir le paragraphe 23 des lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine de juillet 2013.

³⁸ Voir le plan d'affaires de la société Focola, annexe 72, cote 933.

³⁹ Voir en ce sens la contribution du 19 février 2020 de l'Autorité de la concurrence métropolitaine au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf.

⁴⁰ Voir l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration d'Enercal du 1^{er} septembre 2015, annexe 25, cote 403 ; les comptes consolidés 2015 du groupe Enercal, annexe 70, cote 873.

⁴¹ Voir le paragraphe 2.3 du rapport annuel de l'IEOM – Nouvelle Calédonie de 2015.

⁴² *Ib idem*, paragraphe 2.1.

48. Après analyse des marchés pertinents affectés par l'opération et des effets de l'opération, le service d'instruction conclut à l'absence de préoccupations de concurrence, constatant que :
- si l'opération a eu pour effet de renforcer la position du groupe Enercal sur le marché de la production d'électricité en Nouvelle-Calédonie, le projet de centrale photovoltaïque de la société Focola, d'une puissance installée prévue de moins de 2 MW, a engendré un incrément de parts de marché très faible, autour de 0,2 % de la capacité globale d'électricité en Nouvelle-Calédonie à partir d'avril 2019. L'opération n'était donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux sur le marché de la production et de la vente en gros d'électricité en Nouvelle-Calédonie ;
 - si l'opération a conduit à une intégration verticale, la partie notifiante ne disposait d'aucune marge de négociation tant sur le marché aval du transport d'électricité que sur le marché aval de la distribution d'électricité en Nouvelle-Calédonie, lesquels sont entièrement réglementés par la délibération n° 195 du 5 mars 2012. Dès lors, l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux sur les marchés sur lesquels la partie notifiante était présente.
49. Pour sa part, l'Autorité confirme qu'à la date de réalisation de l'opération, la société Focola n'avait réalisé aucun chiffre d'affaires, directement ou indirectement, en Nouvelle-Calédonie.
50. De plus, à cette date, il n'était pas certain qu'elle puisse réaliser un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie dans un délai raisonnable car la centrale qu'elle était censée exploiter n'était pas construite et n'avait pas encore obtenu l'autorisation d'exploitation délivrée par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Cette autorisation d'exploitation résulte en effet de l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2017-793/GNC du 4 avril 2017 portant autorisation d'exploiter les centrales photovoltaïques sur la Grande Terre en lien avec la première période d'instruction (chapitre 10).
51. Dans ces conditions, l'Autorité considère que l'analyse retenue par l'Autorité métropolitaine pour considérer qu'une opération de rachat d'actifs est contrôlable lorsque des éléments d'actifs ne génèrent aucun chiffre d'affaires à la date de leur rachat mais qu'il est certain qu'ils généreront un chiffre d'affaires à terme (par exemple dans un délai de trois ans), n'était pas transposable en l'espèce, à la date de réalisation de l'opération.
52. L'Autorité en conclut que la prise de contrôle exclusif de la SAS Focola par la SAS EEN le 8 juin 2016 n'entrait pas dans le champ de l'article Lp. 431-2 du code de commerce en vigueur à la date de la réalisation de l'opération le 8 juin 2016.
53. Il en résulte que la société EEN n'a pas violé les dispositions relatives au contrôle des concentrations en vigueur à la date de réalisation de l'opération.

Décide :

Article 1^{er} : L'opération de concentration enregistrée sous le numéro 20/0015CC n'entraîne pas dans le champ de l'article Lp. 431-2 du code de commerce en vigueur à la date de la réalisation de l'opération le 8 juin 2016. La société EEN n'avait donc pas à procéder à sa notification.

Article 2 : Conformément à l'article Lp. 465-1 du code de commerce, la présente décision occultée des secrets d'affaires sera publiée sur le site internet de l'Autorité.

La Présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre