



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2023-DCC-09 du 11 décembre 2023

relative à l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés Transiles SARL, Marifret SARL et Compagnie Maritime des Iles SARL par la Société d'Exploitation Financière SARL

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (le président statuant seul),

Vu le dossier de notification, adressé complet à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie le 5 octobre 2023 et enregistré sous le numéro 23/0025CC, relatif à l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés Transiles SARL, Marifret SARL et Compagnie Maritime des Iles SARL par la Société d'Exploitation Financière SARL ;

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 (ci-après « l'Autorité ») et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « code de commerce ») ;

Vu le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et notamment ses articles Lp. 431-1 à Lp. 431-9 et Lp. 461-3 ;

Vu le III de l'article Lp. 431-5 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la lettre d'engagements proposés par la partie notifiante en date du 4 novembre 2023 et modifiée en dernier lieu le 22 novembre 2023 ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 6 décembre 2023 proposant d'autoriser la présente opération en application du deuxième alinéa du III de l'article Lp. 431-5 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Par la présente décision, l'Autorité autorise la prise de contrôle exclusif des sociétés Transiles SARL, Marifret SARL et Compagnie Maritime des Iles SARL (CMI) par la Société d'Exploitation Financière SARL (Sodexfi) sous réserve d'engagements.

A l'issue de l'opération envisagée, la Sodexfi détiendra le contrôle exclusif des sociétés Transiles, Marifret et CMI.

Concernant les cibles,

- La société Transiles est une holding de participations ayant pour activité exclusive la détention des titres des sociétés Marifret et CMI ;
- La société Marifret est une holding financière ayant pour activité l'achat, la vente, l'exploitation et l'entretien des navires et matériel dans les DROM-COM ;
- La société CMI est une société qui exploite une activité de cabotage maritime et d'affrètement de navires spécialisée dans le transport maritime de marchandises et d'hydrocarbures.

Concernant l'acquéreur, Sodexfi est une société holding spécialement constituée pour l'opération en cause. Elle est contrôlée exclusivement par le Groupe Ettwiller, principalement actif dans le secteur immobilier et dans le secteur de la restauration.

L'opération en cause concerne le secteur du transport maritime de marchandises et de passagers.

S'agissant du marché du transport maritime des marchandises, l'Autorité a retenu le marché du transport maritime de marchandises inter-îles, incluant le transport d'hydrocarbures.

S'agissant du marché du transport maritime de passagers, l'Autorité a estimé que la question de la délimitation exacte du marché du transport maritime de passagers pouvait être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées.

La délimitation géographique a été réalisée, pour les deux marchés définis précédemment, au niveau local : en suivant le principe « origine-destination », c'est-à-dire du point d'origine au point de destination.

Il ressort de l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité que l'opération envisagée est susceptible de porter atteinte à la concurrence. En effet, compte tenu de la qualité de personne publique de la province des Iles Loyautés, celle-ci est susceptible de créer des distorsions de concurrence sur les marchés concernés en prenant des participations minoritaires au sein de la société New Shipping Company (NSC). Par conséquent, l'Autorité a examiné les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'avantages financiers et non financiers.

S'agissant des avantages financiers, l'opération soulève le risque que toute forme d'aide financière perçue de la province des îles Loyauté par la société CMI au titre de son activité de transport maritime de passagers puisse être répercutée sur l'activité de transport maritime de marchandises, laquelle est une activité concurrentielle. Les distorsions de concurrence ainsi créées pourraient, à terme, aboutir à l'éviction des concurrents actuels et / ou dissuader l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché du transport maritime de marchandises.

S'agissant des avantages non-financiers, les risques examinés concernent l'accès facilité de la société CMI aux infrastructures portuaires et aux marchés publics de la province des Iles Loyauté.

Compte tenu du cadre juridique en vigueur, le risque concernant les marchés publics a pu être écarté. Pour lever les préoccupations de concurrence au sujet des autres risques identifiés, la partie notifiante a proposé des engagements pour une durée de dix ans.

En premier lieu, la partie notifiante s'engage à soumettre à l'agrément préalable de l'Autorité toute décision d'octroi à la société CMI d'une aide financière, sous la forme d'une subvention, d'un apport en compte courant ou sous toute autre forme, de la part de la province des Îles ou de toute entité qu'elle contrôle directement ou indirectement.

En second lieu, la partie notifiante s'engage à ne pas bénéficier de la part de la province des Îles Loyauté, au titre de l'activité de transport maritime de marchandises exercée par la société CMI, d'un traitement plus favorable que celui dont ses concurrents bénéficient pour l'accès aux infrastructures portuaires.

En cas de réclamation de la part d'un concurrent auprès de l'Autorité pour non-respect de cet engagement, Sodexfi s'engage à transmettre à l'Autorité tous les éléments qui seraient nécessaires à son contrôle.

Par ailleurs, la partie notifiante s'engage également à modifier le pacte d'associés qui serait signé entre elle et la province des Îles Loyauté afin de respecter les préoccupations de concurrence soulevées.

Ces engagements clairs, précis et suffisants pour écarter le risque identifié ne soulèvent pas de doute quant à leur mise en œuvre. L'Autorité a donc autorisé l'opération notifiée sous réserve du respect de ces engagements.

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

Sommaire

I.	Présentation des entreprises concernées et contrôlabilité de l'opération	5
A.	Présentation des parties à l'opération.....	5
1.	Les cibles : les sociétés Transiles, Compagnie Maritime des Iles et Marifret ...	5
2.	L'acquéreur : le groupe Ettwiller	5
B.	Présentation et contrôlabilité de l'opération	6
1.	Présentation de l'opération	6
2.	Contrôlabilité de l'opération.....	8
II.	Délimitation des marchés pertinents	8
A.	Le marché du transport maritime de marchandises	9
1.	Le marché de services.....	9
2.	Le marché géographique	10
B.	Le marché du transport maritime de passagers	11
1.	Le marché de services.....	11
2.	Le marché géographique	12
III.	Analyse concurrentielle	13
A.	Sur le marché du transport maritime de marchandises et de passagers	13
1.	Le marché du transport maritime de marchandises inter-îles	13
2.	Le marché du transport maritime de passagers.....	14
B.	Sur l'acquisition d'une participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC	15
1.	S'agissant des avantages financiers résultant de la participation minoritaire de la province des Iles Loyauté au sein de la NSC.....	16
2.	S'agissant des avantages non-financiers résultant de la participation minoritaire par la province des Iles Loyauté au sein de la NSC.....	17
IV.	Les engagements proposés	19
A.	Sur les principes d'appréciation des engagements.....	19
B.	Sur les engagements proposés et leur appréciation	20
1.	S'agissant des engagements proposés	20
2.	S'agissant de l'appréciation des engagements proposés.....	21
V.	Conclusion.....	22

I. Présentation des entreprises concernées et contrôlabilité de l'opération

A. Présentation des parties à l'opération

1. Les cibles : les sociétés Transiles, Compagnie Maritime des Iles et Marifret

1. La société Transiles¹ est une holding de participations ayant pour activité exclusive la détention des titres des sociétés Marifret et Compagnie Maritime des Iles SARL (ci-après la « société CMI »).
2. La société Marifret² est une holding financière ayant pour activité l'achat, la vente, l'exploitation directe ou indirecte par tous moyens et l'entretien de navires et de matériel dans les départements, régions et collectivités d'outre-mer.
3. La société CMI³ est une société qui exploite une activité de cabotage maritime et d'affrètement de navires. Elle est spécialisée dans le transport maritime de marchandises et d'hydrocarbures entre la Grande Terre, les Iles Loyauté et l'île des Pins avec des barges automotrices. A ce titre, CMI exploite depuis 2013 le navire ISAN d'une capacité de [confidentiel] tonnes de port en lourd.
4. Le schéma de détention actuel des sociétés cibles se présente comme suit :

[Organigramme supprimé]

[confidentiel]

Source : Dossier de notification

5. L'ensemble des sociétés cibles a réalisé un chiffre d'affaires à hauteur de [> 200 millions] de F.CFP en Nouvelle-Calédonie au titre de l'exercice clos au 31 décembre 2022⁴.

2. L'acquéreur : le groupe Ettwiller

6. La Société d'Exploitation Financière SARL⁵ (ci-après la « Sodexfi ») est une société holding spécialement constituée pour l'opération en cause et est détenue à hauteur de [>50%] par Monsieur P. E., étant précisé que les actionnaires minoritaires, Messieurs X.C. et J.E., ne détiennent pas de droits de véto sur les décisions stratégiques de la société⁶.
7. Monsieur P.E. est actif dans le secteur de la détention et la gestion d'actifs immobiliers à usage de locaux commerciaux, de bureaux et d'habitations, par l'intermédiaire de la SCI O., dont il détient le contrôle exclusif, à hauteur de [>50%] du capital.
8. En outre, Monsieur P.E. détient le contrôle exclusif : [confidentiel]

■

¹ La société Transiles SARL est immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 349 381 depuis le 4 mars 1993.

² La société Marifret SARL est immatriculée au RCS de Mata'Utu sous le numéro 2009 B 1519 depuis le 23 juin 2009.

³ La société CMI SARL est immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 443 176 depuis le 13 novembre 1995.

⁴ Voir la page 5 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 6).

⁵ La Sodexfi est immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 1 535 947 depuis le 22 mars 2022.

⁶ Voir la page 16 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 17).

9. Enfin, Monsieur P.E. détient le contrôle conjoint : [confidentiel]
10. Un organigramme reprenant toutes les activités des sociétés contrôlées par Monsieur P.E., (ci-après le « groupe Ettwiller ») est reproduit ci-dessous :

[Organigramme supprimé]

[confidentiel]

Source : Dossier de notification

11. Il convient de préciser à ce stade qu'aucune des sociétés du groupe Ettwiller n'est active dans le secteur du transport maritime de marchandises et d'hydrocarbures.
12. L'ensemble des sociétés du groupe Ettwiller a réalisé un chiffre d'affaires à hauteur de [$> 1,2$ milliards] de F.CFP en Nouvelle-Calédonie pour l'exercice clos le 31 décembre 2022⁷.

B. Présentation et contrôlabilité de l'opération

1. Présentation de l'opération

13. L'opération consiste, dans un premier temps, en l'acquisition, par la Sodexfi de 100 % des parts sociales des sociétés Transiles et CMI auprès de Monsieur A.L.⁸ et Monsieur et Madame D.M.⁹.
14. Il est parallèlement prévu que Monsieur T.Q., [confidentiel], entre au capital de la Sodexfi à hauteur de [$< 50\%$]¹⁰. La Sodexfi restera contrôlée exclusivement par Monsieur P.E. qui continuera à détenir [$>50\%$] du capital et de droits de vote de la société et à en être le gérant.
15. Par ailleurs, à la suite de l'acquisition des titres des sociétés Transiles et CMI par la Sodexfi, il est prévu qu'à cette dernière se substituera la société New Shipping Company (ci-après la « société NSC ») constituée spécifiquement pour les besoins de l'opération et qui sera détenue initialement à hauteur de 100 % du capital et des droits de vote par la Sodexfi.
16. Enfin, aux termes d'une lettre d'intention en date du [confidentiel] contresignée par la province des Iles Loyauté, il est prévu que celle-ci, *via* une de ses filiales (en l'occurrence la Société de Développement et d'Investissement des Îles SAEM¹¹ - ci-après la « Sodil » - ou, à défaut, toute autre filiale *ad hoc* désignée par la province des Iles Loyauté) entre au capital de la société NSC à hauteur de [$< 50\%$] du capital et des droits de vote dans un délai [confidentiel]¹².
17. Il convient de préciser à ce stade que la Sodil est active principalement dans le transport maritime de passagers et, très accessoirement, dans le transport maritime de marchandises par l'intermédiaire de ses deux filiales, la SAS Sudiles et la SAS Mélima.
18. Cependant, l'activité de la société Sudiles étant très lourdement déficitaire depuis plusieurs années (à hauteur d'environ [confidentiel] millions de F.CFP de perte en 2021), la Sodil et la province des Iles Loyauté doivent chaque année effectuer des apports en compte courant

⁷ *Ibid.*, Cote 21.

⁸ Voir l'acte de cession entre Monsieur A.L., Sodexfi et Monsieur T.Q.(Annexe 64, Cotes 579-594).

⁹ Voir l'acte de cession entre Monsieur et Madame D.M. et Sodexfi (Annexe 65, Cotes 595-635).

¹⁰ Voir le projet de cession de parts sociales entre Monsieur J.E., Monsieur X.C. et Monsieur T.Q.(Annexe 2, Cotes 53-61).

¹¹ La société Sodil est immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 291 906 depuis le 11 avril 1991.

¹² Voir le projet de protocole d'accord du 7 juillet 2023 entre les sociétés Sodexfi et Sodil (Annexe 4, Cotes 82-95).

substantiels en vue de permettre aux sociétés Sudiles et Mélita de poursuivre leur activité¹³. En outre, le bateau appartenant à Sudiles (le « Bético 2 ») est obsolète avec 15 ans d'ancienneté et doit être remplacé à court terme.

19. Compte tenu de la situation financière de la société Sudiles, cette dernière n'aurait pas les moyens financiers de le remplacer et d'exploiter tout éventuel nouveau bateau dans des conditions de rentabilité satisfaisantes. [confidentiel]
20. Dans ce contexte, il est envisagé que la société CMI développe une activité de transport maritime de passagers adossée à son activité de transport maritime de marchandises en se portant acquéreur d'un bateau permettant de réaliser du transport de marchandises et de passagers (type ferry)¹⁴. Ainsi il est prévu dans un premier temps que la société CMI s'engage dans la construction d'un nouveau navire (le « Havannah 2 ») destiné à remplacer le navire ISAN. Le navire Havannah 2 serait de [confidentiel] mètres de longueur et d'une capacité de [confidentiel] tonnes de port en lourd et de [confidentiel] passagers. Il serait mis en service dans un délai d'environ [confidentiel] après le lancement du chantier de construction¹⁵. La répartition envisagée du chiffre d'affaires entre les deux activités pour les trois premières années d'exercice du navire Havannah 2 est détaillée dans le tableau suivant :

[Tableau supprimé]

[confidentiel]

Source : Dossier de notification

21. Dans un deuxième temps, la société CMI pourrait commander un second navire à grande vitesse (dit « NGV ») de [confidentiel] mètres de longueur et d'une capacité de [confidentiel] passagers pour desservir l'île des Pins de manière régulière ([confidentiel] rotations par semaine minimum) ainsi que des voyages spéciaux sur les Iles Loyauté et suivant les besoins (vacances scolaires, période de mariages) avec environ [confidentiel] voyages « Loyauté » par an¹⁶. Ce second navire pourrait être mis en service dans un délai d'environ [confidentiel] après le lancement du chantier de construction.
22. Ainsi, [confidentiel], la province des Iles Loyauté a souhaité se porter acquéreur d'une participation minoritaire, *via* la société NSC, de la société CMI, dans un délai [confidentiel] à compter du 19 septembre 2023, de manière à rester impliquée dans l'activité de transport maritime de passagers, essentielle pour les habitants des Îles Loyauté.
23. [confidentiel]

¹³En particulier la province des Îles Loyauté a effectué des apports en compte courant d'un montant total supérieur à [confidentiel] pour soutenir l'activité de la société Sudiles et a dû consentir à des abandons de créances à hauteur de [confidentiel] de F.CFP. Voir la page 5 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 6).

¹⁴ Voir la page 14 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 15).

¹⁵ Etant précisé que le projet de construction du navire Havannah 2 est porté uniquement par la société CMI et sera donc exclusivement financé par la société, à la fois sur ses fonds propres (c'est-à-dire en mobilisant la trésorerie de CMI), en contractant un emprunt bancaire de long terme et dans le cadre d'un dossier de défiscalisation. Il n'est pas prévu que la province des Îles Loyauté, la société Sodil ou toute autre filiale fasse des apports en compte courant pour financer la construction du navire et ce, d'autant plus que la construction sera lancée avant que la province des Îles Loyauté n'entre au capital de la société NSC par l'intermédiaire de la société Sodil ou de toute autre filiale ad hoc désignée. Voir les pages 14-15 du dossier de notification (Annexe 1, Cotes 15-16).

¹⁶ Cependant, aucune date de commande de ce NGV n'est envisagée à ce jour pour deux raisons : la commande et la construction de ce NGV demeure encore incertaine et dépendante de l'octroi d'une délégation de service public par la province Sud ainsi que de la décision relative au dossier de défiscalisation ; un accord bancaire répondant aux préoccupations financières de la CMI doit être trouvé. A cet égard, les taux bancaires actuels constituent un frein important à la commande.

24. Il résulte de ce qui précède que Monsieur P.E., avec l'appui de Monsieur X.C., pourra adopter seul les décisions stratégiques de la société NSC et ses filiales et par conséquent, détiendra le contrôle exclusif des sociétés Transiles, Marifret et CMI à la suite de l'opération.
25. Le schéma de détention des sociétés cibles à la suite de l'opération se présente comme suit :

[Organigramme supprimé]

[Confidentiel]

Source : Dossier de notification

2. Contrôlabilité de l'opération

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. En l'espèce, l'opération notifiée consiste en la prise de contrôle exclusif des sociétés Transiles, CMI et Marifret par le groupe Ettwiller.
28. Par ailleurs, l'article Lp. 431-2 du code de commerce prévoit que toute opération de concentration au sens de l'article Lp. 431-1 est notifiable à la double condition que :
- le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 1 200 000 000 F. CFP ;
 - deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération réalisent individuellement, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires égal ou supérieur à 200 000 000 F. CFP en Nouvelle-Calédonie.
29. En l'espèce, le groupe Ettwiller a réalisé un chiffre d'affaires de [$> 1,2$ milliards] de F.CFP en Nouvelle-Calédonie pour l'exercice 2022.
30. Les cibles ont, pour leur part, réalisé un chiffre d'affaires à hauteur de [> 200] millions de F.CFP pour l'exercice clos le 31 décembre 2022.
31. Compte tenu des chiffres d'affaires réalisés par les entreprises concernées, le seuil de contrôlabilité mentionné au I de l'article Lp. 431-2 du code de commerce précité est franchi. Cette opération est donc soumise aux articles Lp. 431-3 et suivants du code de commerce relatifs à la concentration économique.

II. Délimitation des marchés pertinents

32. L'analyse concurrentielle des effets d'une opération de concentration doit être réalisée sur un (ou des) marché(s) pertinent(s) délimités conformément aux principes du droit de la concurrence.
33. La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des structures de marché, dans la mesure où elle permet d'identifier, dans un premier temps, le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps, leur pouvoir de marché. Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives mais elle peut également s'étendre aux marchés ayant un lien de

connexité (« vertical » ou « congloméral ») susceptible de renforcer le pouvoir de marché des parties notifiant l'opération.

34. La délimitation des marchés pertinents se fonde, d'une part, sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause (caractéristiques physiques, besoins ou préférences des clients, différences de prix, canaux de distribution, positionnement commercial, environnement juridique) et, d'autre part, sur la zone géographique sur laquelle les offreurs exercent une pression concurrentielle effective et pour laquelle l'analyse des éléments tels que les coûts de transport, la distance ou le temps de parcours des acheteurs, les contraintes légales et réglementaires, les préférences des clients sont autant d'indices permettant de circonscrire le marché.
35. En l'espèce, l'opération concerne le secteur du transport maritime de marchandises et de passagers, le groupe Ettwiller n'étant pas présent sur ces marchés et la cible étant présente actuellement uniquement sur le segment du transport maritime de marchandises domestique inter-îles. L'analyse concurrentielle porte donc sur les marchés du transport maritime de marchandises (A) et du transport maritime de passagers (B).

A. Le marché du transport maritime de marchandises

1. Le marché de services

36. Dans le secteur du transport de marchandises, la pratique décisionnelle¹⁷ distingue traditionnellement selon le mode de transport : (i) le transport aérien, (ii) le transport maritime, (iii) le transport terrestre. Elle considère que le choix d'un mode de transport de marchandises est contraint par certains facteurs tels que l'emplacement géographique du client ou la nature des biens transportés. Les autorités de concurrence estiment par ailleurs que chaque mode de transport présente des caractéristiques spécifiques liées notamment aux structures de coûts et à la durée du transport¹⁸.
37. Par conséquent, il y a lieu de distinguer les transports de marchandises par voie aérienne et par voie maritime.
38. S'agissant du transport maritime de marchandises, les autorités de concurrence opèrent une distinction entre le transport régulier et le transport non régulier de marchandises¹⁹. La pratique décisionnelle a également pu retenir une distinction entre le transport conteneurisé et le transport non conteneurisé (en vrac)²⁰. Enfin, les autorités de la concurrence métropolitaine et européenne ont pu s'interroger sur la possibilité d'une segmentation en fonction des services associés au

¹⁷ Voir les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 15-DCC-159 du 2 décembre 2015 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe 2M par Omnes Capital SAS et M. Pascal Masse ; n° 19-DCC-235 du 4 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société AltéAd Marchal Levage, des actifs de la branche transport du groupe AltéAd et de la société Infinitrans par la société Capelle Investissements ; voir également les décisions de l'autorité polynésienne de concurrence, n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Compagnie maritime de Tahiti (CFMT) et Vaipihaa par la SCP Emar ; n° 2020-CC-02 du 10 décembre 2020 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe Dubreuil Aéro par CMA CGM et le groupe Dubreuil.

¹⁸ Voir la décision n°2020-CC-02 de l'autorité polynésienne de la concurrence précitée.

¹⁹ Voir les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°19-D-03 du 16 janvier 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport transmanche de poussins d'un jour et n°12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

²⁰ Voir notamment la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°13-D-15 du 25 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles française et n° 2018-A-06 du 29 août 2018 relatif au projet de délibération visant à modifier la délibération n° 173 du 29 mars 2006 relative à la structure des prix de l'essence et du gazole.

transport (exemple : conteneurs réfrigérés ou non), mais la question de la pertinence de cette segmentation a été laissée ouverte²¹.

39. S'agissant du transport maritime d'hydrocarbures vers les Îles Loyauté, il convient de noter que celui-ci est effectué dans le cadre de contrats de sous-traitance conclus avec les sociétés pétrolières présentes en Nouvelle-Calédonie²². [Confidentiel]
40. La partie notifiante estime néanmoins qu'il n'y a pas lieu de distinguer les marchés selon le type de marchandises dès lors que l'appréciation de cette question repose sur la nécessité ou non de recourir à des armateurs distincts. Or, en Nouvelle-Calédonie, les offres proposées par les trois armateurs présents sur le marché du transport maritime de marchandises inter-îles sont similaires. En effet, tant la société CMI que ses concurrents (les sociétés Transweb et Stiles) exploitent des navires de type « cargo » polyvalents en ce qui concerne les marchandises transportables en soute et sur les ponts²³.
41. Par ailleurs, il ressort du test de marché réalisé auprès des concurrents de la société CMI²⁴, que ces derniers considèrent que le transport d'hydrocarbures ne doit pas faire l'objet d'un marché distinct mais fait partie intégrante du marché du transport maritime de marchandises.
42. Par conséquent, l'analyse concurrentielle a été menée sur le marché du transport maritime de marchandises inter-îles (ce marché incluant le transport d'hydrocarbures).
43. En tout état de cause, la question de la délimitation exacte du marché du transport maritime de marchandises peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées.

2. Le marché géographique

44. De manière constante, dans le secteur du transport maritime de marchandises, la pratique décisionnelle retient le principe « origine-destination » selon lequel toute combinaison de deux villes est considérée comme un marché pertinent : les marchandises devant être transportées d'un point d'origine à un point de destination sans qu'une autre destination ne soit substituable²⁵.
45. La partie notifiante confirme cette segmentation²⁶. Ainsi, la cible serait, à ce jour, présente sur le marché du transport maritime de marchandises sur les destinations suivantes :
 - Nouméa – Hwadrilla (Ouvéa) ;
 - Nouméa – Wé (Lifou) ;
 - Nouméa – Tadine (Maré) ;
 - Nouméa – Kuto (île des Pins) ;
 - Hwadrilla (Ouvéa) – Wé (Lifou) ;
 - Wé (Lifou) – Tadine (Maré) ;
 - Wé (Lifou) – Tiga.

²¹ Voir notamment la décision n°15-DCC-159 précitée.

²² Voir l'avis n° 2020-A-05 du 17 juillet 2020 relatif à la demande d'avis sur le projet de délibération arrêté par le gouvernement visant à réformer le système de péréquation de l'essence et du gazole et

²³ Voir notamment l'avis n°2020-A-07 du 28 décembre 2020 relatif au mécanisme de formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie.

²⁴ Voir les réponses aux tests de marché (Annexes 69-73, Cotes 521-570).

²⁵ Voir les décisions n°13-D-15 de l'autorité de la concurrence métropolitaine, n°2017-CC-01 et n°2020-CC-02 de l'autorité polynésienne de la concurrence précitées.

²⁶ Voir la page 32 du dossier de notification (Annexe 01, Cote 33).

46. Une telle segmentation a par ailleurs été confirmée par le test de marché réalisé auprès des concurrents de la société CMI²⁷.
47. Par conséquent, la délimitation géographique pertinente des marchés susmentionnés est celle du niveau local en suivant le principe « origine – destination ».

B. Le marché du transport maritime de passagers

1. Le marché de services

48. L'autorité de la concurrence métropolitaine considère que le marché du transport maritime de passagers « *inclut le transport de passagers et des véhicules de tourisme* »²⁸.
49. Il ressort de la pratique décisionnelle polynésienne²⁹ que la substituabilité entre les modes de transport aérien et maritime est appréciée au cas par cas et dépend notamment du type de passagers, de la distance et de la durée des voyages, des fréquences disponibles et des prix des voyages. Toutefois, la pratique décisionnelle laisse la question ouverte³⁰.
50. La partie notifiante indique que le marché du transport maritime de passagers en Nouvelle-Calédonie est soumis à une forte pression concurrentielle de la part du secteur aérien et ce pour les raisons suivantes³¹ :
- les dessertes par avion sont plus fréquentes que les dessertes par bateau ;
 - il existe une homogénéité des dessertes entre les modes de transport aérien et maritime avec la présence d'aérodromes sur chacune des Îles Loyauté et sur l'île des Pins ;
 - il existe une réelle complémentarité entre les offres de transport maritime et les offres de transport aérien ; et
 - le transport aérien de passagers exerce une pression concurrentielle sur le transport maritime du fait du prix des billets de transport aérien qui fait l'objet de diverses subventions qui peuvent être importantes³².
51. Sur ce dernier point, le dispositif de la continuité pays par voie maritime a été créé par la Délibération n° 337 du 30 décembre 2013 portant création d'une aide à la continuité pays par voie maritime puis modifiée par la Délibération n° 125 du 30 décembre 2020. Le dispositif a pour objectif de financer une partie du billet de transport maritime des résidents des îles de Nouvelle-Calédonie (Îles Loyauté, île des Pins et île de Bélep) entre ces îles et la Grande-terre. Ce dispositif, effectif depuis 2014, donne droit à 8 allers-retours à un tarif préférentiel³³ par année civile aux habitants insulaires remplissant les conditions d'éligibilité.
52. Le dispositif s'appuie sur une convention entre le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et le transporteur, l'aide étant versée directement aux compagnies maritimes dans les conditions et

²⁷ Voir les réponses aux tests de marché (Annexes 69-73, Cotes 521-570).

²⁸ Voir notamment la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n°06-MC-03 du 11 décembre 2006 concernant le transport maritime en Corse.

²⁹ Voir la décision n° 2017-CC-01 de l'autorité polynésienne de la concurrence précitée.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Voir la page 33 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 34).

³² Voir notamment l'avis de l'Autorité n°2022-A-04 du 13 décembre 2022 sur le fonctionnement du secteur aérien.

³³ Le montant de l'aide à la continuité pays par voie maritime est un montant forfaitaire fixé par l'article 1 er de l'arrêté n°2014-117/GNC du 14 janvier 2014 fixant les éléments de calcul du dispositif d'aide à la continuité pays par voie maritime tel que modifié par l'arrêté n°2016-1935/GNC du 13 septembre 2016, et dans la convention entre la Nouvelle-Calédonie et la société Sudiles

selon des modalités fixées par cette convention. A ce jour, seule la société Sudiles bénéficie d'une telle convention au titre de son activité de transport maritime de passagers entre la Grande Terre, d'une part, et les Îles Loyauté et l'île des Pins, d'autre part³⁴.

53. L'aide à la continuité pays par voie maritime est financée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, mais les provinces peuvent apporter une contribution au financement du régime d'aide dans les conditions fixées par leur assemblée³⁵.
54. Un dispositif similaire existe également en ce qui concerne le transport aérien, avec une aide à la continuité pays par voie aérienne, laquelle serait beaucoup plus utilisée que l'aide à la continuité pays par voie maritime. En effet, en 2019, le taux d'utilisation de la continuité pays était d'environ 5 % pour le transport maritime, alors que le taux d'utilisation était de 48 % pour le transport aérien³⁶.
55. Bien que les réponses au test de marché³⁷ confirment l'existence d'une certaine pression concurrentielle exercée par le transport aérien de passagers sur le transport maritime de passagers, il y a lieu tout de même de considérer que ces deux modes de transports, surtout en ce qui concerne les trajets Grande Terre – Îles Loyauté, devraient être considérés comme des marchés distincts compte tenu des différences en termes de fréquences de rotation³⁸, de la durée de trajets³⁹ et de la demande de passagers⁴⁰.
56. Par conséquent, l'analyse concurrentielle retient le marché du transport maritime de passagers.
57. En tout état de cause, la question de la délimitation exacte du marché du transport maritime de passagers peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées.

2. Le marché géographique

58. De manière constante, dans le transport de passagers, la pratique décisionnelle retient le principe « origine – destination » selon lequel toute combinaison de deux villes est considérée comme un marché pertinent, les passagers devant être transportés d'un point d'origine à un point de destination sans qu'une autre destination ne soit substituable.
59. Une telle segmentation a par ailleurs été confirmée par le test de marché réalisé auprès des concurrents de la société CMI⁴¹.
60. En l'espèce, la Sodil, société détenue à 100% par la province des Îles Loyauté, est présente par l'intermédiaire de ses filiales Sudiles et Mélima sur les destinations suivantes :
 - Nouméa – Wé (Lifou) ;
 - Nouméa – Tadine (Maré) ;
 - Nouméa – Kuto (île des Pins) ;
 - Wé (Lifou) – Tadine (Maré) ;

³⁴ [confidentiel]

³⁵ Cette contribution étant reversée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

³⁶ Voir la page 26 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 27).

³⁷ Voir les réponses aux tests de marché (Annexes 69-73, Cotes 521-570).

³⁸ La compagnie Air Calédonie effectue entre 17 et 32 rotations par semaine à destination de chacune des Îles Loyauté tandis que le Betico 2 effectue 2 rotations par semaine à destination de chacune des Îles Loyauté.

³⁹ La durée de vol entre la Grande Terre et les Îles Loyauté est de 40 minutes en moyenne tandis que la durée de navigation entre la Grande Terre et les Îles Loyauté est de 5h en moyenne.

⁴⁰ Comme vu *supra*, le taux d'utilisation de la continuité pays était d'environ 5 % pour le transport maritime, alors que le taux d'utilisation était de 48 % pour le transport aérien.

⁴¹ Voir les réponses aux tests de marché (Annexes 69-73, Cotes 521-570).

- Wé (Lifou) – Tiga.

61. La société CMI n'est pour le moment pas présente sur le marché du transport maritime de passagers. Néanmoins, comme vu *supra*, la société CMI a vocation à entrer sur ce marché à moyen/court terme [confidentiel].
62. Par conséquent, la délimitation géographique pertinente des marchés susmentionnés est celle du niveau local en suivant le principe « origine – destination ».

III. Analyse concurrentielle

63. Conformément aux dispositions de l'article Lp. 431-6 du code de commerce, l'instruction doit permettre de déterminer « *si [l'opération] est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique.* »
64. Un chevauchement d'activités existe lorsque les entreprises concernées sont, soit présentes sur le(s) même(s) marché(s) concerné(s), soit actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur (à l'amont ou à l'aval) ou des marchés connexes.
65. En l'espèce, l'opération concerne le marché du transport maritime de marchandises et de passagers (A). Par ailleurs, il convient d'examiner les effets anticoncurrentiels qui seraient susceptibles de résulter de l'acquisition d'une participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC (B).

A. Sur le marché du transport maritime de marchandises et de passagers

1. Le marché du transport maritime de marchandises inter-îles

66. En l'espèce, seule la société cible CMI est active sur le marché du transport maritime de marchandises de sorte que sa reprise par le groupe Ettwiller conduirait à l'arrivée d'un nouvel entrant sur ce marché.
67. Par conséquent, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux, verticaux ou congloméraux sur ce marché.
68. Le tableau ci-dessous présente les parts de marché en 2022 de la société cible ainsi que de ses concurrents⁴² sur les différents segments du transport maritime inter-îles en volume, par destination, et en valeur, toutes destinations confondues.

⁴² Ce tableau ne prend pas en compte l'activité de la société Transwebuihoone laquelle exploitait un bateau, le « DL Scorpio », jusqu'à décembre 2022 et n'a repris une activité de transport de fret que depuis le 20 juillet 2023. Voir le PV d'audition de la société Transwebuihoone. (Annexe 72, Cotes 551-555).

2022	STILES		CMI		Total Volume
Destination	Volume (en tonnes)	PDM	Volume (en tonnes)	PDM	
Hwadrilla	[confidentiel]	[80-90%]	[confidentiel]	[10-20%]	[confidentiel]
Wé	[confidentiel]	[30-40%]	[confidentiel]	[60-70%]	[confidentiel]
Tadine	[confidentiel]	[40-50%]	[confidentiel]	[50-60%]	[confidentiel]
Nouméa	[confidentiel]	[60-70%]	[confidentiel]	[30-40%]	[confidentiel]
Kuto	[confidentiel]	[60-70%]	[confidentiel]	[30-40%]	[confidentiel]
Tiga	[confidentiel]		[confidentiel]	[0-10%]	[confidentiel]
Total	[confidentiel]	[50-60%]	[confidentiel]	[40-50%]	[confidentiel]
	Chiffre d'affaires 2022 (F.CFP)	PDM	Chiffre d'affaires 2022 (F.CFP)	PDM	Total chiffres d'affaires (F.CFP)
Transport maritime de marchandises	[>200 millions FCFP]	[40-50%]	[>200 millions FCFP]	[50-60%]	[>200 millions FCFP]
Transport maritime d'hydrocarbures	[<200 millions FCFP]	[0-10%]	[>200 millions FCFP]	[90-100%]	[>200 millions FCFP]
Total	[>200 millions FCFP]	[30-40%]	[>200 millions FCFP]	[60-70%]	[>200 millions FCFP]

Source : Traitement de données ACNC

2. Le marché du transport maritime de passagers

69. A ce jour, seules trois sociétés assurent le transport maritime régulier de passagers en Nouvelle-Calédonie :
- La SAS Sudiles, filiale de la société Sodil, laquelle exploite le navire à grande vitesse Betico 2 d'une capacité de [confidentiel] passagers. Ce dernier relie de manière régulière la Grande Terre, les îles Loyauté et l'île des Pins ;
 - La SAS Melita, filiale de la société Sodil, laquelle exploite le catamaran IENEIC d'une capacité de [confidentiel] passagers. Ce dernier assure de manière régulière la liaison entre les îles de Tiga et Lifou ;
 - La société Yalap Belep, laquelle exploite le catamaran Seabreeze d'une capacité de [confidentiel] passagers. Ce dernier assure de manière régulière la liaison entre Koumac (Grande Terre) et les îles Bélep⁴³.
70. Comme vu *supra*, ni le groupe Ettwiller, ni la société CMI ne sont actuellement actifs sur le marché du transport maritime de passagers, de sorte que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux, verticaux ou congloméraux sur ce marché.
71. Cependant, à la suite de l'opération, la société CMI mettra en exploitation un nouveau navire hybride, le Havannah 2, qui assurerait une liaison entre la Grande Terre et les îles Loyauté avec une capacité de fret de marchandises ainsi que de transport passagers. Il est également prévu le

⁴³ Voir la page 34 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 35).

lancement d'un second navire de transport de passagers afin d'assurer la liaison Grande Terre-Île des Pins.

72. [confidentiel]

73. Il convient donc d'analyser les risques concurrentiels induits par cette prise de participation d'une personne publique sur le marché en cause (voir *infra*).

B. Sur l'acquisition d'une participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC

74. Comme vu *supra*, la prise de contrôle exclusif des sociétés cibles par le groupe Ettwiller ne soulève pas de préoccupations de concurrence en soi. En revanche, l'acquisition ultérieure d'une participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC est susceptible de créer des distorsions de concurrence sur les marchés concernés en raison de sa qualité de personne publique.

75. La pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence métropolitaine, inspirée de la jurisprudence du Conseil d'Etat, a rappelé à plusieurs reprises que la possibilité pour une personne publique de prendre en charge une activité économique indépendamment des missions de service public dont elle est investie, est subordonnée à deux conditions : d'une part, il est nécessaire que la personne publique agisse dans la limite de ses compétences et, d'autre part, que son intervention sur le marché soit justifiée par un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée⁴⁴.

76. Par ailleurs, l'appréciation du respect de ces conditions, qui résultent respectivement de l'application du principe de spécialité et de celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, relève de la seule compétence des juridictions administratives.

77. En revanche, une fois admise l'hypothèse d'une intervention d'une personne publique, les modalités suivant lesquelles cette intervention se réalise sont doublement encadrées par le droit de la concurrence : les personnes publiques sont soumises aux règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles et doivent respecter, plus généralement, le libre jeu de la concurrence⁴⁵.

78. Sur ce dernier point en particulier, le Conseil d'Etat a indiqué que : « [l'] intervention [d'une personne publique sur un marché] ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »⁴⁶.

79. Le Conseil de la concurrence, pour sa part, avait également affirmé que « le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché [...] suppose [...] qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence »⁴⁷.

80. Ainsi, les personnes publiques intervenant sur un marché doivent veiller, de façon générale, à ne pas fausser le libre jeu de la concurrence. Il y a donc lieu d'analyser les avantages financiers et

⁴⁴ Voir les avis de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma et n° 14-A-12 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement d'entreprises.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir Conseil d'Etat, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris.

⁴⁷ Voir l'avis du Conseil de la concurrence n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français.

non-financiers susceptibles de découler de la participation minoritaire de la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC.

1. S'agissant des avantages financiers résultant de la participation minoritaire de la province des Îles Loyauté au sein de la NSC

81. En l'espèce, malgré l'absence de droits particuliers qui confèreraient à la province des Îles Loyauté une influence déterminante sur les décisions stratégiques de la société NSC, et par conséquent, de la société CMI, il ressort de l'analyse menée par l'Autorité que la prise de participation minoritaire de la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC est susceptible de créer des distorsions de concurrence. En effet, tout avantage consenti à la société CMI sur le marché du transport maritime de passagers, au titre de l'accomplissement d'une mission de service public, pourrait se répercuter sur le marché du transport maritime de marchandises inter-îles, ouvert à la concurrence.
82. En premier lieu, bien qu'il soit précisé dans le dossier de notification que le financement de la construction du futur navire Havannah 2 sera supporté uniquement par la société CMI (et avant l'entrée de la province des Îles Loyauté dans le capital de la société NSC), il n'est pas exclu que la société CMI, suite à la mise en exploitation du Havannah 2, puisse bénéficier de subventions, d'apports en compte courant d'associé, ou de toute autre forme d'aide financière provenant de la province des Îles Loyauté, afin de soutenir son activité de transport de passagers qui pourrait être assimilée à une mission de service public ou d'intérêt général.
83. En effet, la province des Îles Loyauté a souhaité, à la fin des années 1990, désenclaver les îles et a mis en place une desserte maritime de passagers avec la Grande Terre : « *Pour atteindre cet objectif, l'Assemblée de la Province a créé en janvier 1991 une société d'économie mixte locale : [la SODIL] qui a signé un contrat d'affrètement le 15 octobre 1991 avec la société maritime des îles Loyauté (SMIL) SA, dont elle était l'actionnaire principal, chargé de l'exploitation du ferry-boat, baptisé « président Yeiwéné ». L'activité de desserte maritime des personnes et de transport de marchandises a été érigée en service public d'intérêt général et concédée à la SMIL par une délibération de l'Assemblée de la Province en date du 21 mai 1994, toutefois retirée et remplacée par une nouvelle délibération, adoptée le 22 juin 1994, à la demande de représentant de l'Etat et limitant la concession au seul transport maritime de personnes »⁴⁸ (soulignement ajouté).*
84. A l'époque, la SMIL bénéficiait de subventions d'exploitation de la part de la province des îles Loyauté et d'une exonération des droits et taxes sur le carburant.
85. En outre, la province des Îles Loyauté a été condamnée, en 2005, par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, à verser une indemnité de 12 millions de F. CFP à la société Transiles, en réparation du préjudice subi du fait de la mise en service du navire « Président Yeiwéné » exploité par la SMIL dans des conditions de concurrence déloyale.
86. Cette décision a été confirmée par la Cour administrative d'appel de Paris rendue le 15 décembre 2008, dans laquelle la juridiction indique que la SMIL aurait exercé une concurrence déloyale sur le marché du transport maritime de marchandises en ayant recours à des campagnes publicitaires et en proposant des prix « *très inférieurs à ceux pratiqués par ses concurrents* » et que, dans le même temps, la société Transiles aurait connu une perte conséquente de chiffre d'affaires⁴⁹.

⁴⁸ CAA de Paris, conclusions du rapporteur public sur l'affaire n° 05P01979, séance du 5 décembre 2008, société Transiles c/ province des Îles Loyautés.

⁴⁹ CAA de Paris, 6^{ème} chambre, arrêt n° 05PA01979 du 5 déc. 2008, Inédit au recueil Lebon.

87. Aujourd'hui, comme vu *supra*, la province des Îles Loyauté fournit toujours, *via* la société Sudiles, la desserte maritime de passagers entre la Grande Terre et les îles Loyauté. Or, les réponses au test de marché et les auditions conduites auprès des concurrents indiquent que Sudiles continue à percevoir des subventions d'exploitation de la part de la province des Îles, ainsi qu'une exonération des droits et taxes sur le carburant⁵⁰.
88. Il ressort de ce qui précède que le risque de distorsion de concurrence sur le marché du transport maritime de marchandises subsiste toujours. Comme le souligne la partie notifiante, « [l'activité transport de passagers] est lourdement déficitaire depuis plusieurs années, la Sodil et la province des Îles devant chaque année effectuer des apports en compte courant substantiels en vue de permettre à Sudiles et Mélima de poursuivre leur activité »⁵¹. Compte tenu de l'obsolescence du Bético 2, il est prévu que la province des Îles Loyauté [confidentiel] soutienne plutôt la mise en exploitation d'un nouveau bateau par la société CMI qui combinerait une nouvelle activité de transport de passagers avec celle existante de transport de marchandises.
89. Or, comme l'autorité de la concurrence métropolitaine l'a souligné dans un avis rendu en 2013, « le jeu concurrentiel normal entre opérateurs est susceptible d'être faussé si des fonds publics ou les résultats d'exploitation excédentaires générés par [des] activités subventionnées sont utilisées pour financer des activités de transport soumises à la concurrence » et qu' « une telle orientation de ressources publiques pourrait [...] créer de graves distorsions de concurrence en faveur d'une entreprise [...] qui profiterait d'un avantage concurrentiel artificiel qui ne serait pas fondé sur ses propres mérites, par exemple en adaptant indument sa politique commerciale pour proposer des prix artificiellement bas, que sa structure de coûts en services de transport ne pourrait normalement pas lui permettre »⁵².
90. Ainsi, l'opération soulève le risque que toute forme d'aide financière perçue de la province des Îles Loyauté par la société CMI au titre de son activité de transport maritime de passagers puisse être répercutée sur l'activité de transport maritime de marchandises, laquelle est une activité concurrentielle. Les distorsions de concurrence ainsi créées pourraient, à terme, aboutir à l'éviction des concurrents actuels et /ou dissuader l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché du transport maritime de marchandises.
91. L'existence de ce risque anti-concurrentiel a été confirmé par les réponses des entreprises concurrentes au test de marché⁵³.
92. Par conséquent, la partie notifiante a proposé des engagements afin de remédier à cette préoccupation de concurrence (voir *infra*).

2. S'agissant des avantages non-financiers résultant de la participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la NSC

93. En second lieu, il ressort que la prise de participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC, telle qu'elle est encadrée par le projet de protocole d'accord du 7 juillet 2023 entre les sociétés Sodexfi et Sodil et le projet de pacte d'associés de la société NSC, confère des avantages non financiers à la société CMI qui ne seraient pas nécessairement accessibles à ses concurrents.

⁵⁰ Voir l'audition de la société Transweb (Annexe 72, Cotes 551-555) ainsi que la page 25 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 26).

⁵¹ Voir la page 40 du dossier de notification (Annexe 1, Cote 41).

⁵² Voir l'avis de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

⁵³ Voir les réponses aux tests de marché (Annexes 69-73, Cotes 521-570).

94. En effet, il ressort des documents contractuels encadrant l'opération que : [Confidentiel].
95. Rédigée ainsi, cette clause est de nature à conférer des avantages non-financiers à la société CMI par la province des Îles Loyauté qui notamment s'engage, dans le cadre de l'opération, à faciliter l'accès de la société CMI aux infrastructures portuaires.
96. Ces facilités d'accès accordés par une personne publique, dont les entreprises concurrentes ne pourraient vraisemblablement pas bénéficier, résulteraient en la création d'inégalités de traitement qui pourraient aboutir en l'éviction des concurrents actuels et /ou dissuader l'arrivée de nouveaux entrants sur les marchés concernés.
97. Or une collectivité territoriale doit veiller à ne pas donner à son opérateur un avantage dont ne bénéficieraient pas les concurrents présents sur le même marché. Les seuls avantages acceptables sont ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public confiée à cet opérateur et proportionnés à sa mise en œuvre⁵⁴.
98. Ainsi, la partie notifiante a proposé des engagements afin de remédier à cette préoccupation de concurrence (voir *infra*).
99. Enfin, il ressort du test de marché mené au cours de l'instruction que la prise de participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC soulève le risque que la société CMI se voit attribuer, sans mise en concurrence préalable et de manière favorisée, des marchés publics se tenant sur les Îles Loyauté.
100. De fait, selon le I à la délibération n° 424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics, « *Toute dépense publique se rapportant à un objet unique nettement déterminé, dont la fourniture ou l'exécution est assurée à la Nouvelle-Calédonie, aux provinces, aux communes de Nouvelle-Calédonie, à leurs établissements publics et à leurs groupements d'intérêt public créés en application des dispositions de l'article 54-2 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999, par une personne physique ou morale doit donner lieu à un marché soumis aux règles fixées ci-après, sauf dispositions contraires prévues par délibération du congrès dès lors que son montant excède 20 000 000 francs CFP hors taxes* » (soulignement ajouté).
101. Ainsi, les entreprises concurrentes craignent que la société CMI, en raison de ses liens capitalistiques avec la province des Îles Loyauté, ne se voit attribuer librement, et sans mise en concurrence au préalable, des marchés publics d'une valeur inférieure à 20 millions de F.CFP ou d'autres marchés dits « de gré à gré », qui, sous certaines conditions, ne nécessitent pas de formalisme particulier⁵⁵.
102. A cet égard, il convient de rappeler que les personnes publiques en Nouvelle-Calédonie ont l'obligation de respecter les principes fondamentaux de la réglementation de la commande publique, qui sont les suivants :
- la liberté d'accès à la commande publique ;
 - l'égalité de traitement des candidats ;
 - la transparence des procédures ;
 - l'efficacité de la commande publique ;
 - la bonne utilisation des deniers publics⁵⁶ ;

⁵⁴ Voir les avis de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 08-A-13 et n° 14-A-12 précités.

⁵⁵ Voir la section IV de délibération n° 424 du 20 mars 2019 de toute nature portant réglementation des marchés publics passés au nom de la Nouvelle-Calédonie, du congrès de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes, de leurs établissements publics et de leurs groupements d'intérêt public.

⁵⁶ Voir 17° de l'article 22 de la loi organique 99-209 du 19.03.99 relative à la Nouvelle-Calédonie.

et ce, quel que soit le montant du marché⁵⁷.

103. De plus, les agents publics en Nouvelle-Calédonie sont également soumis à l'article L. 432-14 du code pénal⁵⁸, qui sanctionne le délit de favoritisme en matière d'attribution de marchés publics et de délégation de service public.
104. Ainsi, l'attribution de marchés publics, même en dessous de certains seuils, reste strictement encadrée réglementairement⁵⁹, et les entreprises peuvent, le cas échéant, saisir les juridictions administratives en cas de manquement aux règles de passation des marchés publics.
105. En outre, au regard des dispositions pénales existantes et dans l'hypothèse d'une situation conduisant à un délit de favoritisme en matière d'attribution de marchés publics, les concurrents ont la possibilité de saisir le juge pénal.
106. Par ailleurs, et au-delà de la passation de marchés publics, les concurrents pourront toujours contester devant le juge administratif une décision ou une pratique de la province des Îles Loyauté prise en faveur de la nouvelle entreprise s'ils estiment que cette décision ou pratique permet à cette entreprise de fausser le jeu de la concurrence. Dans ce cas, le juge administratif saisi, pourra toujours, s'il le juge opportun, consulter l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui rendra un avis sur les effets anticoncurrentiels de ces décisions ou pratiques sur les marchés (article Lp. 462-3 du code de commerce).
107. Par conséquent, le risque que la société CMI puisse se voir attribuer des marchés publics de manière favorisée en raison de ses liens capitalistiques avec la province des Îles Loyauté, et plus globalement un avantage concurrentiel par la dite province, peut être raisonnablement écarté.
108. Au surplus, les parties en cause ne peuvent proposer un engagement qui consisterait simplement à respecter le droit applicable en matière de marchés publics, de même que l'Autorité ne peut accepter un engagement de cette nature dans le cadre de sa mission préventive⁶⁰.

IV. Les engagements proposés

109. Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés *supra*, la partie notifiante a déposé une proposition d'engagements le 4 novembre 2023, qui a été modifiée le 22 novembre 2023 en dernier lieu⁶¹.

A. Sur les principes d'appréciation des engagements

110. Les mesures destinées à remédier aux atteintes à la concurrence résultant de l'opération notifiée doivent être conformes aux critères généraux définis par la pratique décisionnelle et la

⁵⁷ Voir également le guide des marchés publics en Nouvelle-Calédonie.

⁵⁸ Lequel dispose que « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession.* »

⁵⁹ Par ailleurs, les marchés publics sont transmis au Haut-Commissaire de la Nouvelle-Calédonie dont les services sont chargés du contrôle de légalité.

⁶⁰ Voir en ce sens la décision n° 12-D-17 du 5 juillet 2012 de l'autorité de la concurrence métropolitaine relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux, §284.

⁶¹ Voir les propositions d'engagements du 22 novembre 2022 (Annexe 75, Cotes 575-578).

jurisprudence afin d'être jugés aptes à assurer une concurrence suffisante, conformément aux dispositions du II de l'article Lp. 431-5 du code de commerce.

111. Ainsi, selon la pratique décisionnelle de l'Autorité, ces engagements doivent être efficaces en permettant pleinement de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées⁶².
112. À cette fin, leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière suffisamment précise et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées⁶³.
113. Leur mise en œuvre doit également être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'ils ne sont pas réalisés. Ils doivent, en outre, être contrôlables.
114. Enfin, l'Autorité doit veiller à ce que les mesures correctives soient neutres, au sens où elles doivent viser à protéger la concurrence en tant que telle et non des concurrents spécifiques, et à ce qu'elles soient proportionnées, dans la mesure où elles doivent être nécessaires pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante.
115. Les autorités de concurrence recherchent généralement des mesures structurelles qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou d'actifs à un acquéreur approprié susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre concurrents.
116. Toutefois, eu égard à l'objectif de neutralité des mesures correctives, rien ne s'oppose à ce que des remèdes de nature comportementale soient acceptés s'ils apparaissent, au cas d'espèce, plus appropriés pour compenser certaines des atteintes à la concurrence identifiées, pour autant que ces engagements soient définis de manière à garantir leur efficacité et leur contrôlabilité.
117. Il est en particulier impératif que l'efficacité des mesures comportementales dans la présente opération ne puisse dépendre de la seule diligence et bonne foi de la partie notifiante.

B. Sur les engagements proposés et leur appréciation

118. Compte tenu des préoccupations de concurrence soulevées au cours de l'instruction au regard de l'acquisition d'une participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC, la partie notifiante a proposé des engagements en vue d'obtenir une décision d'autorisation fondée sur l'article Lp. 431-5 du code de commerce⁶⁴.
119. Il convient de rappeler à ce stade que la participation minoritaire de la province des Îles Loyauté ne lui conférera pas une influence déterminante sur la société CMI *in fine*, et que par conséquent, seule la partie notifiante est en mesure de proposer des engagements.
120. Ces engagements ont été pris pour une durée de 10 ans.

1. S'agissant des engagements proposés

121. Comme vu *supra*, l'instruction a identifié que la prise d'une participation minoritaire par la province des Îles Loyauté au sein de la société NSC pourrait aboutir à ce que la société CMI puisse bénéficier d'avantages financiers (a) et non-financiers (b) qui seraient susceptibles de créer des distorsions de concurrence.

⁶² Voir les décisions de l'Autorité n° 2022-DCC-04 du 10 octobre 2022 relative à la prise de contrôle exclusif par la SARL Société Océanienne d'Etudes, d'Investissement et d'Entreprises de la société Sifrais SAS et n° 2020-DCC-05 du 9 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Voir la proposition d'engagements du 22 novembre 2023 (Annexe 75, Cotes 575-578).

a. La proposition d'engagement relatif à l'absence d'aide financière pouvant être répercutée sur l'activité de transport de marchandises maritime inter-îles.

122. La partie notifiante s'engage à soumettre à l'agrément préalable de l'Autorité toute décision d'octroi à la société CMI d'une aide financière, sous la forme d'une subvention, d'un apport en compte courant ou sous toute autre forme, de la part de la province des Îles (ou de toute entité qu'elle contrôle directement ou indirectement) (i) ayant, d'une part, pour objet de couvrir les pertes liées à l'exploitation du navire Havannah 2 pour le transport maritime de passagers ou, plus généralement, qui serait liée à l'activité de transport maritime de passagers et (ii) qui, d'autre part, serait de nature à influencer la structure de la concurrence sur les marchés locaux du transport maritime de marchandises.
123. Cet engagement se traduira par une communication à l'Autorité, au moins un mois avant la date effective de l'octroi de l'aide financière, de toute la documentation utile et des enjeux de cette aide sur la structure de la concurrence sur les marchés locaux du transport maritime de marchandises en Nouvelle-Calédonie, pour permettre à l'Autorité de procéder à son examen.
124. L'Autorité aura ainsi l'option de refuser d'agréer la décision, si elle estime qu'elle ne permet pas le maintien d'une concurrence effective sur le marché local de transport maritime de marchandises concerné.

b. La proposition d'engagement relatif à l'absence d'un traitement favorisé de la société CMI concernant les accès aux infrastructures portuaires.

125. La partie notifiante s'engage à ne pas bénéficier de la part de la province des Îles Loyauté, au titre de l'activité de transport maritime de marchandises exercée par la société CMI, d'un traitement plus favorable que celui dont ses concurrents bénéficient pour l'accès aux infrastructures portuaires.
126. En cas de réclamation de la part d'un concurrent auprès de l'Autorité pour non-respect de cet engagement, Sodexfi s'engage à transmettre à l'Autorité tous les éléments qui lui seraient nécessaires dans le cadre d'un contrôle.
127. Par ailleurs, la partie notifiante s'engage également à modifier le pacte d'associés qui serait signé entre elle et la province des Îles Loyauté, de manière à ce que le passage suivant soit retiré du dudit pacte qui sera effectivement conclu entre les deux parties : [Confidentiel]

2. S'agissant de l'appréciation des engagements proposés

128. Ces engagements permettent de s'assurer que la société CMI, et plus particulièrement son activité de transport maritime de marchandises, ne bénéficie pas d'avantages financiers et non-financiers en raison de ses liens capitalistiques avec la province des Îles et qui seraient susceptibles de créer des distorsions de concurrence sur les marchés concernés.
129. En effet, l'approbation au préalable par l'Autorité de toute aide financière qui serait attribuée à la société CMI par la province des Îles Loyauté permettra de contrôler que l'intervention de celle-ci dans l'activité économique est exercée uniquement dans le cadre de sa mission d'intérêt public.
130. De surcroît, l'engagement d'absence de traitement favorisé de la société CMI au détriment de ses concurrents, renforcé par la modification du pacte d'associés, permet de remédier au risque de discrimination identifié.

131. Ces engagements sont clairs, précis, et suffisants pour écarter le risque d'effets anticoncurrentiels identifiés, et ils ne soulèvent pas de doute quant à leur mise en œuvre.

V. Conclusion

132. Il ressort de l'instruction que l'opération consistant en l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés Transiles SARL, Marifret SARL et Compagnie Maritime des Iles SARL par le groupe Ettwiller est autorisée sous réserve de la réalisation effective des engagements pris par la partie notifiante en date du 22 novembre 2023.

DECISION

Article 1^{er} : L'opération notifiée sous le numéro 23/0025CC est autorisée sous réserve des engagements décrits ci-dessus et annexés à la présente décision.

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 de la concurrence de Nouvelle-Calédonie.

Le Président



Stéphane Retterer



Engagements de la Société d'Exploitation Financière (SODEXFI) dans le cadre de sa prise de contrôle exclusif des sociétés Transiles, Compagnie Maritime des Îles et Marifret

Affaire n°23/0025CC

1. Conformément à l'article Lp. 431-5 II du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, la Société d'Exploitation Financière (ci-après « **Sodexfi** ») soumet par la présente les engagements comportementaux suivants dans le secteur du transport maritime de marchandises et du transport maritime de passagers (ci-après collectivement les « **Engagements** » ou individuellement l'« **Engagement** ») en vue de permettre à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« **Autorité** ») d'autoriser le projet de prise de contrôle exclusif de CMI par Sodexfi par une décision fondée sur l'article Lp. 431-5 III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après la « **Décision** »).
2. Les Engagements prendront effet à la date d'adoption de la Décision.
3. Ce texte sera interprété à la lumière de la Décision, pour autant que les Engagements constituent des conditions et obligations qui y sont attachées, du cadre général du droit français et du Code de commerce applicables en Nouvelle-Calédonie, et en référence aux lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations.

1. DÉFINITIONS

4. Dans le cadre de l'Engagement, les termes ci-dessous auront le sens suivant, qu'ils soient utilisés au singulier ou au pluriel :

Date d'effet : date d'adoption de la Décision.

Transport maritime de marchandises : Circulation par la mer de marchandises (y compris hydrocarbures).

Transport maritime de passagers : Circulation par la mer de passagers.

2. ENGAGEMENT COMPORTEMENTAL RELATIF A UN SOUTIEN FINANCIER A L'ACTIVITE DE TRANSPORT MARITIME DE PASSAGERS

a) Description de l'engagement comportemental

5. Pour répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité dans le secteur du transport maritime de marchandises en cas d'entrée de la Province des Îles au capital de CMI ou au capital d'une entité qui contrôlera directement ou indirectement CMI à l'issue de l'Opération, Sodexfi s'engage à soumettre à l'agrément préalable de l'Autorité toute décision d'octroi à CMI d'une aide financière, sous la forme d'une subvention, d'un apport en compte courant ou sous toute autre forme, de la part de la Province des Îles (ou de toute entité qu'elle contrôle directement ou indirectement) (i) ayant, d'une part, pour objet de couvrir les pertes liées à l'exploitation du navire Havannah 2 pour le transport maritime de passagers ou, plus généralement, qui serait liée à l'activité de transport maritime de passagers et (ii) qui, d'autre part, serait de nature à influencer la structure de la concurrence sur les marchés locaux du transport maritime de marchandises.
6. Les modalités d'analyse de la structure de la concurrence seront définies selon les critères résultant de la pratique décisionnelle de l'Autorité à la date de la demande d'agrément.
7. Cet engagement se traduira par une communication à l'Autorité, au moins un mois avant la date à laquelle la décision concernée produira ses effets, de toute la documentation utile, notamment des informations sur le type d'aide financière envisagée, son objet, ses modalités, les justifications opérationnelles et/ou économiques de l'aide envisagée et les enjeux de cette décision sur la structure de la concurrence sur les marchés locaux du transport maritime de marchandises en Nouvelle-Calédonie, pour permettre à l'Autorité de procéder à son examen.
8. L'Autorité pourra refuser d'agréer la décision, si elle estime qu'elle ne permet pas le maintien d'une concurrence effective sur le marché local de transport maritime de marchandises concerné.

b) Durée de l'engagement comportemental

9. Cet engagement comportemental est pris pour une période de dix (10) ans à partir de la Date d'effet.

3. ENGAGEMENT COMPORTEMENTAL RELATIF A LA DOCUMENTATION CONTRACTUELLE LORS DE L'ENTREE DE LA PROVINCE DES ILES AU CAPITAL DE CMI

a) Description de l'engagement comportemental

10. Pour répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité en cas d'entrée de la Province des Îles au capital de CMI ou au capital d'une entité qui contrôlera directement ou indirectement CMI à l'issue de l'Opération, Sodexfi s'engage à ne pas bénéficier de la part de Sodil ou de la Province des Îles, au titre de l'activité de transport maritime de marchandises exercée par CMI, d'un traitement plus favorable que celui dont ses concurrents bénéficient pour l'accès aux infrastructures portuaires.
11. En cas de réclamation de la part d'un concurrent auprès de l'Autorité pour non-respect de cet engagement, Sodexfi s'engage à transmettre à l'Autorité tous les éléments qui lui seraient nécessaires dans le cadre d'un contrôle.

b) Durée de l'engagement comportemental

12. Cet engagement comportemental est pris pour une période de dix (10) ans à partir de la Date d'effet.

4. ENGAGEMENT COMPORTEMENTAL RELATIF AU PACTE D'ASSOCIES CONCLU LORS DE L'ENTREE DE LA PROVINCE DES ILES AU CAPITAL DE CMI

a) Description de l'engagement comportemental

13. Pour répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité en cas d'entrée de la Province des Îles au capital de CMI ou au capital d'une entité qui contrôlera directement ou indirectement CMI à l'issue de l'Opération, Sodexfi s'engage à modifier le pacte d'associés qui serait signé entre elle et la Province des Îles, de manière à ce que le passage souligné suivant figurant au dernier paragraphe de l'article V du projet de pacte d'associés négocié à ce jour entre Sodexfi et la Province des Îles Loyauté, soit retiré du pacte d'associés qui sera effectivement conclu entre les deux parties : *[confidentiel]*
14. La Partie notifiante transmettra à l'Autorité une copie du pacte d'associés entre la Partie notifiante et la Province des Îles Loyauté, dans le mois qui suit la date de signature dudit pacte.

5. CLAUSE DE REEXAMEN

15. L'Autorité pourra le cas échéant, de sa propre initiative ou en réponse à une demande écrite dûment motivée de la Partie notifiante exposant des motifs légitimes, lever un ou plusieurs Engagement(s).

Parmi les motifs légitimes qui pourront être examinés au cas par cas par l'Autorité afin d'apprécier, après avoir entendu la Partie notifiante, la pertinence d'une éventuelle demande de levée de l'un ou des Engagement(s), figure notamment toute évolution de la structure concurrentielle sur le marché du transport maritime de marchandises.

16. Les Engagements prennent effet à la date d'adoption de la Décision.

Fait à Paris, le 21 novembre 2023

Pour Sodexfi

Richard Renaudier

Muriel Perrier