

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 7

ARRÊT DU 24 MARS 2022

(n° 3, 17 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **20/15631 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCSJ5**

Décision déferée à la Cour : **Décision n° 20-PAC-04 de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie en date du 5 octobre 2020**

DEMANDERESSE AU RECOURS :

SOCIÉTÉ D'EXPLOITATION DES CINÉMAS HICKSON - SECH S.A.R.L.

Prise en la personne de son représentant légal en exercice

Inscrite au RCS de Nouméa sous le numéro 72 B 3935

Dont le siège social est au 174 rue Auguste Bénébig 98800 NOUMÉA

Élisant domicile au cabinet de la SCP Jeanne BAECHLIN

6, rue Mayran

75009 PARIS

Représentée par Me Jeanne BAECHLIN de la SCP Jeanne BAECHLIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0034

Assistée de Me Raphaël ROMI substituant Me Caroline PLAISANT de la SELARL CABINET PLAISANT, avocat au barreau de NOUMÉA, toque : 10

EN PRÉSENCE DE :

L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE DE NOUVELLE-CALÉDONIE

7, rue du général Gallieni

98800 NOUMÉA

Représentée par M. Clément ECHARD, dûment mandaté

LE PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DE LA NOUVELLE- CALÉDONIE

BP M2

98884 NOUMÉA

Non comparant et non représenté

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 13 janvier 2022, en audience publique, devant la cour composée de :

- Mme Agnès MAITREPIERRE, présidente de chambre, présidente,
- Mme Frédérique SCHMIDT, présidente de chambre,
- Mme Sylvie TRÉARD, conseillère,

qui en ont délibéré.

GREFFIER, lors des débats : Mme Véronique COUVET

MINISTÈRE PUBLIC : auquel l'affaire a été communiquée et représenté lors des débats par Mme Jocelyne AMOUROUX, avocate générale, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

– réputé contradictoire

– prononcé par mise à disposition au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

– signé par Mme Agnès MAITREPIERRE, présidente de chambre, et par Mme Véronique COUVET, greffière à qui la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

* * * * *

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2020-PAC-04 du 5 octobre 2020 relative à des pratiques dans le secteur de la diffusion cinématographique en salles dans le Grand Nouméa ;

Vu le recours formé contre cette décision par la Société d'exploitation des cinémas Hickson par déclaration déposée au greffe le 3 novembre 2020 ;

Vu l'exposé des moyens et le mémoire en réplique déposés au greffe par la Société d'exploitation des cinémas Hickson respectivement les 4 décembre 2020 et 19 octobre 2021 ;

Vu les observations de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie déposées au greffe les 13 avril et 26 novembre 2021 ;

Vu l'avis du ministère public du 7 janvier 2022, communiqué le même jour aux parties ;

Les pièces de la procédure ayant été régulièrement transmises par les soins du greffe au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Après avoir entendu, à l'audience publique du 13 janvier 2022, le conseil de la Société d'exploitation des cinémas Hickson, le représentant de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que le ministère public.

*
* *

FAITS ET PROCÉDURE

1. La Cour est saisie d'un recours en annulation et en réformation formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui, statuant sur la plainte de la Société d'exploitation des cinémas Hickson, l'a déclarée pour partie irrecevable et pour le surplus, l'a rejetée pour défaut d'éléments suffisamment probants.

Le secteur concerné

2. Le secteur concerné est celui de la diffusion cinématographique en salle dans le Grand Nouméa.
3. Cette agglomération, qui regroupe les communes de Nouméa, Dumbéa, Mont Dore et Païta, concentre plus de 67% de la population de la Nouvelle-Calédonie. En 2019, la Nouvelle-Calédonie comptait 270 000 habitants, le Grand Nouméa 182 400 habitants.
4. Il est constant que le marché de la diffusion d'œuvres de cinéma en salle dans le Grand Nouméa est marqué par une situation de monopole de fait détenu par la Société d'exploitation des cinémas Hickson (ci-après la « SECH »), laquelle exploite le seul cinéma multiplexe du Grand Nouméa, dénommé « CinéCity », installé dans le centre-ville de Nouméa et comprenant 12 salles et 1415 fauteuils.

Les faits à l'origine de la plainte de la SECH

5. La plainte de la SECH fait suite à la décision prise par les autorités locales de créer un multiplexe de cinéma sur la zone d'aménagement concertée du centre urbain de Koutio (ci-après la ZAC de Koutio).
6. Cette ZAC a été créée par la délibération n°13-2000/APS du 26 avril 2000 de la Province Sud, sur demande du conseil municipal de la ville de Dumbéa, création motivée par la forte croissance démographique sur la commune (+ 5 % par an en moyenne).
7. La commune de Dumbéa a confié l'aménagement de cette ZAC à la Société d'aménagement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après la « SECAL »), conformément à une convention de concession régularisée le 3 août 2004, et lui a cédé à titre gratuit, en 2006, les terrains de l'emprise de la ZAC.
8. En janvier 2011, la SECAL a publié « un appel à projet » pour l'aménagement de la ZAC, lequel précise :

« La SECAL, agissant en tant que concessionnaire de la Commune de DUMBEA pour l'aménagement du projet "Centre Urbain de Koutio", commercialise plusieurs îlots destinés à la construction de logements, de commerces, de bureaux, de services, et d'activités à l'image de la diversité recherchée dans le cadre de la réalisation d'un centre urbain, situé dans un site stratégique du développement de l'agglomération nouméenne. (...) La SECAL et la Commune souhaitent faire appel à une ou plusieurs associations constituées par un promoteur privé et un architecte pour développer un (ou des) projet, en partenariat avec la SECAL et la Commune, qui :

- prenne en compte le programme de l'îlot dans le cadre du projet global ;*
- propose une réelle qualité architecturale ;*
- assure la compatibilité du développement et de la commercialisation du projet avec le planning de mise à disposition des terrains ;*
- aboutisse à l'acquisition du terrain d'assiette et à la réalisation du projet. ».*

9. Le document de consultation à retirer auprès de la SECAL précise que sont concernées, parmi les activités de loisirs, des activités de multimédia, cinéma, danse, musique, galerie et salles de jeux, destination prioritaire des lots 254 et 256 (concept « citybox »).
10. Les opérateurs intéressés pouvaient candidater jusqu'au 31 janvier 2011 (annexe 126, cote 1375).

11. Un seul opérateur a, à l'époque, répondu à cet appel sur le lot « *citybox* » : le groupe Le Centre. Toutefois, la commune de Dumbéa a cessé les négociations avec ce promoteur fin octobre 2012 et le projet n'a pas été concrétisé.
12. En septembre 2012, la SECAL a été approchée par des investisseurs, MM. Baldi et Aigle, futurs dirigeants de la société KiTii Ré, qui recherchaient des terrains pour implanter un cinéma dans le secteur de la ZAC.
13. La SECAL a accepté d'entrer en négociation et un projet de création d'un multiplexe de cinéma sous la franchise MK2 lui a été soumis par la société Ki Tii Ré (ci-après KTR), créée le 2 avril 2014, ayant pour président M. Baldi, et pour directeur général, M. Aigle.
14. Le 28 décembre 2015, la SECAL a signé avec la société KTR un compromis de vente immobilière des lots de la ZAC sur lesquels le multiplexe devait être construit.
15. La société KTR a saisi la direction générale des finances publiques (ci-après la « DGFIP ») d'une demande d'agrément fiscal en vue de bénéficier du dispositif de défiscalisation « *oultre-mer* » prévu à l'article 199 *underdecies* B du code général des impôts. Cet agrément lui a été délivré le 18 novembre 2018, pour un projet de multiplexe comprenant 14 salles et 1 846 fauteuils, et a été assorti de diverses obligations, dont le respect d'un « *engagement de ne programmer que 12 salles en exclusivité et [d'en] consacrer 2 exclusivement à des programmations alternatives de type conférence, lecture, reprise, hors film...* ».
16. Cette décision d'agrément a été adoptée après avis du Centre National du Cinéma (ci-après « CNC ») des 6 novembre 2017 et 19 juillet 2018 dans lesquels le CNC a indiqué que la zone d'influence cinématographique du Grand Nouméa, avec un écran pour 14 960 habitants, était « *aujourd'hui sous-équipée au regard d'agglomérations comparables sur le territoire métropolitain* » et « *qu'il est possible d'établir que le Grand Nouméa souffre d'un déficit de l'ordre de 8 à 10 écrans et d'un déficit de fauteuils de 2 500 à 2 000 fauteuils* ».
17. Le 7 février 2019, l'acte de vente des lots de la ZAC sur lesquels doit être construit le multiplexe MK2 a été signé entre la SECAL, vendeur, et la société Promociné, acquéreur, qui s'est substituée à la société KTR, étant observé que ces sociétés ont un dirigeant commun en la personne de M. Baldi.
18. L'acte a été signé en présence de la commune de Dumbéa, laquelle avait préalablement donné son agrément, tant sur le prix que sur l'acquéreur, conformément à l'article 13 du cahier des charges de la convention de concession pour l'aménagement de la ZAC de Koutio la liant à la SECAL.
19. La vente a été consentie au prix de 212 520 000 F CFP.
20. L'acte mentionne que la SECAL a acquis ces lots de la Commune de Dumbéa à titre gratuit suivant acte reçu le 26 septembre 2017.
21. Il précise que sur les lots vendus, certains sont destinés à la réalisation du multiplexe MK2 et de restaurants par la société Promociné, d'autres sont destinés à la réalisation d'une résidence étudiante et de locaux d'activité tertiaire par la société Promociné pour le compte de la Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie (ci-après la « SIC ») qui en sera acquéreur en état de futur achèvement.
22. L'acte indique, à titre purement informatif, la ventilation du prix entre les lots destinés au multiplexe et restaurants (110 684 970 F CFP) et ceux destinés à la résidence étudiante (101 835 030 F CFP)
23. Enfin, est stipulée l'obligation de la SECAL de construire des places de stationnement sur des terrains voisins de ceux objets de la vente.
24. Le multiplexe MK2 a ouvert ses portes au mois de décembre 2021.

Le projet concurrent de la SECH

25. Le 6 janvier 2015, la SECH s'est manifestée auprès de la mairie de Dumbéa pour lui faire part de son projet de construire un nouveau cinéma sur la ZAC et lui a transmis une offre le 11 août 2015.
26. C'est la SECAL qui, par une lettre du 30 août 2016, a répondu à la SECH, en lui indiquant qu'elle était déjà engagée contractuellement à céder un terrain pour un projet similaire de multiplexe : « *Nous souhaitons, avec la Ville de Dumbéa notre concédant, vous remercier pour l'intérêt nouveau et marqué que vous portez à ce territoire central et en pleine évolution, pour la ville de Dumbéa et pour l'agglomération du Grand Nouméa. Pour autant, et comme cela vous a été indiqué, la Secal est d'ores et déjà engagée contractuellement à céder un terrain pour un projet similaire de Multiplexe sur ce périmètre. Cependant, et si l'affaire actuellement en cours n'allait pas jusqu'à son terme, la Secal et la ville de Dumbéa ont bien pris acte de votre intérêt pour proposer à la population de la commune et des environs une offre cinématographique et de loisirs alternative ; nous ne manquerions alors pas de revenir éventuellement vers vous* ».
27. La SECH a alors décidé de créer, sur un terrain dont elle propriétaire sur la commune de Mont-Dore, un nouveau multiplexe, dénommé Cinesud, de 7 salles (852 fauteuils), dont une salle VIP et un écran en drive-in pour un total de 8 écrans et 1 012 places.
28. Pour ce projet, elle a saisi la DGFIP le 6 juin 2017 d'une demande tendant au bénéfice du dispositif de défiscalisation précité. Sa demande a été rejetée par une décision du 19 novembre 2018, aux motifs notamment que le projet « *ne permettrait pas de répondre au besoin exprimé par le CNC de 1 500 à 2000 fauteuils supplémentaires, qu'il se situerait dans une zone « éloignée des lieux de vies présents sur l'agglomération, notamment des zones commerciales et d'habitation contrairement au projet concurrent », que la politique tarifaire envisagée par la SECH conduisant à une augmentation des prix ne serait pas conforme à l'objectif poursuivi et que la proposition d'oeuvres similaires à celles déjà projetées au CinéCity n'améliorerait pas le niveau et la nature de l'offre cinématographique actuelle* ».
29. C'est dans ce contexte que la SECH a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'ACNC »).
30. Parallèlement à cette saisine, la SECH a déposé, le 5 mars 2019, devant le tribunal administratif de Paris, un recours en annulation de la décision d'agrément notifiée à la société KTR.
31. Elle a également saisi, le 13 janvier 2020, la commune de Dumbéa d'une demande d'annulation des conventions de concession et de cession de 2004 et 2006 passées avec la SECAL.
32. Le 14 mai 2020, elle a formé, devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, un recours en annulation des décisions implicites de rejet de ces demandes. Au soutien de ce recours, elle a fait valoir que les sociétés KTR, Promociné et Cininvest, qui portent le projet multiplexe MK2, avaient bénéficié d'aides directes provenant de la commune de Dumbéa, et d'aides indirectes provenant de la SECAL et de la SIC, à hauteur de 434 000 000 F CFP, soit un montant nettement supérieur au plafond d'aides publiques prévu aux articles L.382-1, R.381-1 et R.381-2 du code des communes de Nouvelle-Calédonie.

La plainte de la SECH

33. **Dans sa plainte adressée à l'ACNC, par une lettre du 6 août 2019**, complétée les 14, 19, 20 et 25 suivants, la SECH a dénoncé en premier lieu, sur le fondement de l'article Lp.421-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, une entente anticoncurrentielle entre les sociétés KTR, Promociné, SECAL, SIC, Cininvest (société qui

porte pour partie le financement du multiplexe MK2), la commune de Dumbéa et la Province Sud, et qui serait caractérisée par un excès d'aides publiques.

34. Aux termes de cette plainte, et de son mémoire du 20 août 2020 déposé par l'intermédiaire de son conseil en vue de la séance du collège, la SECH a fait valoir que les aides publiques ayant permis le financement du multiplexe MK2 s'élèveraient à la somme totale de 473 000 000 F CFP et auraient été accordées :

- lors de la cession du 7 février 2019 conclue entre Promociné et la SECAL, cession consentie à un vil prix, pour être 10,3% moins cher que le prix des cessions de terrains voisins réalisées par la SECAL 12 ans auparavant ;
- par la mise à disposition à titre gratuit au profit de KTR de places de parking réglementaires, places construites par la SECAL sur une autre parcelle de terrain, voisin de celui devant être occupé par le multiplexe, et que lui a concédé à titre gratuit la commune de Dumbéa, alors que KTR aurait dû les financer elle-même pour un montant évalué par la SECH à 434,5 millions F. CFP ;
- la répartition déséquilibrée du prix de vente du terrain entre la société Promociné pour 52% et la SIC, pour 48% aux regard des droits constructibles cédés, 36,7% pour la première, et 63,3% pour la seconde ;
- la « *construction d'une partie des ouvrages associés au multiplexe par la SIC* » ;
- la « *participation financière de la SIC au projet pour la réalisation d'études* ».

35. En second lieu, la SECH a dénoncé des pratiques d'abus de position dominante de la SECAL, prohibées par l'article Lp.421-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, tenant à l'existence de « *subventions croisées* », à la « *cession à vil prix* » du terrain vendu à la société Promociné, au refus d'étudier la proposition de la SECH au regard des objectifs du centre urbain, à l'absence de publicité et de mise en concurrence des projets de multiplexe et à la mise en œuvre de diverses mesures permettant de subventionner la KTR, en vue, selon la SECH, de l'éliminer.

36. La SECH a également saisi l'ACNC d'une demande de mesures conservatoires. Cette demande avait été initialement formalisée dans la plainte dénonçant les pratiques d'entente et d'abus de position dominante. Par une lettre du 8 août 2019, la rapporteure générale a invité la SECH à présenter sa demande de mesures conservatoires dans un document distinct de la saisine au fond, conformément aux règles de forme et de fond édictées dans le règlement intérieur de l'ACNC.

37. En réponse à cette invitation, la SECH a régularisé sa demande de mesures conservatoires, en adressant un nouveau mémoire le 14 août 2019.

La procédure suivie devant l'ACNC et la décision attaquée

38. Par une lettre du 6 août 2020, l'Autorité a informé la SECH qu'elle examinera sa plainte et sa demande de mesures conservatoires lors de sa séance du 26 août 2020.

39. Dans cette même lettre, elle lui a précisé que le service d'instruction proposera au collège de déclarer irrecevable la saisine et les demandes de mesures conservatoires en ce qui concerne les pratiques reprochées à la SECAL et à la commune de Dumbéa, et de rejeter, pour défaut d'éléments suffisamment probants, la saisine et la demande de mesures conservatoires en ce qui concerne les pratiques reprochées aux sociétés KTR, Promociné et Sic.

40. Enfin, elle lui a indiqué qu'elle pouvait assister à la séance et y présenter les moyens de nature à soutenir ses demandes, à charge d'en aviser le bureau de la procédure au plus tard le 21 août 2020.

41. Les représentants de la SECH ont été entendus par le collège lors de la séance du 6 août 2020.

42. Par la décision n° 2020-PAC-04 du 5 octobre 2020, l'ACNC a suivi la proposition de son service d'instruction et a déclaré la saisine pour partie irrecevable, au motif que certaines des pratiques alléguées n'entraient pas dans le champ de sa compétence, et l'a rejetée pour le surplus, pour défaut d'éléments suffisamment probants, en application de l'article Lp.462-8 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

43. Elle a, en conséquence, rejeté la demande de mesures conservatoires.

Le recours entrepris

44. Par son recours, la SECH demande à la Cour :

- d'annuler et de réformer la décision attaquée,
- d'enjoindre à la commune de Dumbéa de bien vouloir communiquer :
 - l'intégralité de la convention d'aménagement passée avec la SECAL, dont sa version initiale, ses avenants et tout acte y afférent (dont les conventions d'objectifs éventuelles) ;
 - l'étude de M. Vuillaume (auteur de l'étude de marché réalisée à la demande de KTR) ;
- de relever l'entente constituée entre la province Sud, la commune de Dumbéa, la SECAL, la SIC, les sociétés Promocine, Cininvest et Ki Tii Re ;
- de relever l'abus de position dominante commis par la SECAL et les sociétés Promocine, Cininvest et Ki Tii Re ;
- de demander la communication de l'intégralité du Traité de concession de la Zone d'aménagement Concerté de la ZAC Dumbéa sur mer n° C 306-07 du 7 décembre 2007, passée entre la ville de Dumbéa et la SECAL ;

Et, par conséquent :

- d'ordonner la récupération des aides perçues et dont le montant s'élève à 473 794 400 F CFP ;
- de prescrire la réformation des actes suivants :
 - la convention de concession passée avec la SECAL en date du 24 avril 2004 et ses avenants ;
- ou a tout le moins :
 - la partie de ce contrat relative au terrain d'assiette du multiplexe ;
 - la partie de ce contrat relative aux terrains concédés à la SIC et bénéficiant indirectement au promoteur du multiplexe ;
 - la convention d'objectif, non communiquée, passée entre la commune de Dumbéa et les sociétés Promocine, Cininvest et Ki Tii Re ;

Et, en tout état de cause,

– de condamner la commune de Dumbéa, la SECAL, la SIC, les sociétés Promocine, Cininvest et Ki Tii Re à payer la somme de 15 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

45. **L'ACNC et le ministère public** considèrent que le recours doit être rejeté.

46. **Le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie**, à qui le recours et les mémoires ont été transmis, n'a pas adressé d'observations.

*
* *

MOTIVATION

I. SUR LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE SUIVIE DEVANT L'ACNC

47. **La SECH** soutient que la procédure suivie devant l'ACNC est irrégulière en ce qu'elle l'a privée de la possibilité de discuter la proposition des services d'instruction d'irrecevabilité, pour incompétence, et de rejet, pour défaut d'éléments suffisamment probants.
48. Elle fait valoir que l'ACNC ne lui a pas imposé de délais pour régulariser sa saisine, en méconnaissance de l'obligation qui lui est faite à l'article 23 du règlement intérieur, qu'elle n'a pas établi de rapport, sans l'en informer, en méconnaissance de l'article Lp.463-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, et qu'elle ne l'a pas prévenue du délai de deux mois dont elle disposait pour présenter ses arguments en application de l'article 48 du règlement intérieur.
49. Elle souligne que ce n'est que le 6 août 2020 qu'elle a été informée de la séance du 21 août suivant, et qu'elle a été ainsi prise de court pour présenter son argumentation et apporter de nouvelles pièces relatives au montant des aides publiques illégales. Elle soutient que ce faisant, l'ACNC a méconnu le principe de la contradiction et porté atteinte à ses droits de la défense.
50. **L'ACNC** répond, en premier lieu, que le fait pour la rapporteure générale de ne pas avoir imposé de date limite dans son courrier du 8 août 2019, pour permettre à la SECH de régulariser sa demande de mesures conservatoires n'a pas fait grief à la plaignante puisque la SECH a pris l'initiative de régulariser cette demande dès le 14 août 2019 et que cette dernière a également transmis, le 21 août 2019, un document intitulé « *Mémoire rectificatif et récapitulatif corrigeant le mémoire déposé le 14 août 2019* ».
51. En deuxième lieu, elle souligne que le délai de trois semaines entre la convocation en séance et la séance elle-même, constituait un délai raisonnable pour permettre à la SECH de préparer sa défense, s'agissant d'un délai équivalent à celui prévu par l'article R.464-6 du code de commerce métropolitain, délai dont, au demeurant, la SECH a pu tirer profit en déposant un mémoire de 34 pages pour contester la position des services de l'instruction et pour élargir le champ de sa saisine à des pratiques mises en œuvre par la société Cininvest et par la Province Sud.
52. En troisième lieu, elle fait valoir que le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ne prévoit pas la transmission d'un rapport écrit du service d'instruction préalable à l'organisation d'une séance relative à l'examen d'une proposition de rejet ou d'irrecevabilité.
53. Le ministère public partage cette analyse et invite la Cour à rejeter le moyen.

Sur ce, la Cour,

54. Il convient, en premier lieu, de relever, que la SECH a régularisé sa demande de mesure conservatoire par une lettre du 14 août 2019, sur invitation de la rapporteure générale du 8 août.
55. Il résulte en outre des éléments du dossier que la SECH a complété sa demande de mesures conservatoires en adressant à l'ACNC le 21 août 2019, un document intitulé « *Mémoire rectificatif et récapitulatif corrigeant le mémoire déposé le 14 août 2019* », qui rappelle l'objet et le fondement de sa saisine au fond, et développe l'existence d'une atteinte grave et immédiate à ses intérêts, à ceux des citoyens, contribuables et consommateurs et les mesures conservatoires sollicitées.
56. Enfin, la décision attaquée s'est prononcée sur cette saisine et sur la demande de mesures conservatoires, telles que présentées puis complétées au cours du mois d'août 2019.
57. Il s'en déduit que le fait que la rapporteure générale n'ait pas fixé de délai à la SECH pour régulariser sa demande de mesures conservatoires n'a causé aucun grief à cette dernière.
58. En deuxième lieu, l'article Lp.463 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie prévoit : « *Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut, lors de la notification des griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera examinée par l'autorité sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties.* ».
59. Cette disposition n'est applicable que lorsque des griefs ont été notifiés et non lorsque les services d'instruction font une proposition d'irrecevabilité de la saisine pour incompétence ou de rejet pour absence d'éléments suffisamment probants.
60. De la même manière, les dispositions de l'article Lp.463-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, auxquelles renvoie l'article 48 du règlement intérieur de l'ACNC, qui ouvrent aux parties, notamment, la faculté de déposer des observations dans un certain délai, ne s'appliquent que dans l'hypothèse où des griefs ont été notifiés.
61. C'est donc en vain que la SECH invoque la méconnaissance de ces dispositions qui ne sont pas applicables à l'espèce.
62. En troisième et dernier lieu, ainsi que le souligne à juste titre l'ACNC dans ses observations devant la Cour, la SECH a été avisée des propositions des services d'instruction dans la lettre du 6 août 2020 l'informant de la date à laquelle le collège de l'ACNC allait examiner sa saisine et sa demande de mesures conservatoires et lui précisant dans quelles conditions elle pouvait intervenir ou assister à cette séance.
63. Or, force est de constater que la SECH a su tirer profit du délai de trois semaines entre cette lettre et la date de la séance pour adresser à l'ACNC un nouveau mémoire de 34 pages qui conteste la position des services de l'instruction et élargit le champ de la saisine à des pratiques mises en œuvre par la société Cininvest et la Province Sud.
64. Elle a donc pu utilement répondre aux services de l'instruction et présenter ses arguments devant le collège.
65. Le moyen, pris d'une violation du principe de la contradiction, est écarté.

II. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA SAISINE

66. Dans la décision attaquée, l'ACNC a considéré que les pratiques reprochées au titre d'une entente à la Province Sud, à la commune de Dumbéa et à la SECAL ne relevaient pas de sa compétence, s'agissant d'actes et décisions qui relèvent par nature de l'exercice de prérogatives de puissance publique.
67. L'ACNC a relevé, au surplus, que la convention de concession de 2004 comme le contrat de cession gracieuse du foncier de 2006, conclus entre la commune de Dumbéa et la SECAL, ne sauraient caractériser une entente anticoncurrentielle destinée à promouvoir un nouveau multiplexe au détriment de la SECH dès lors que ces conventions ont été conclues bien avant l'appel à projet d'aménagement de la ZAC de Koutio en 2011 et la proposition des porteurs du projet de multiplex MK2.
68. La SECH fait valoir que l'ACNC était compétente pour connaître de l'ensemble des pratiques dénoncées.
69. Elle invoque les critères jurisprudentiels de répartition de compétence entre le juge administratif et l'Autorité de la concurrence dégagés par le Tribunal des conflits, ainsi que l'application de ces critères faite par le Conseil de la concurrence dans son avis 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.
70. Elle soutient que si, à la lumière de ces critères de répartition, le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité des décisions de collectivités locales ayant conduit à créer ou subventionner un cinéma, seule l'Autorité de la concurrence était en l'espèce compétente en raison, d'une part, du caractère indirect des aides litigieuses pour avoir été accordées via un organisme relais, la SECAL, société d'économie mixte, et, d'autre part, « *du contrôle moindre de l'absence de législation sur l'encadrement des délégations de service public en Nouvelle-Calédonie* ».
71. Elle souligne, sur le premier point, que lorsque la commune de Dumbéa a refusé sa proposition en lui indiquant que la SECAL était déjà engagée auprès d'un autre prestataire, la ville de Dumbéa n'avait pris aucune décision susceptible de recours, seule la décision de la SECAL de contracter avec KTR et Promociné, ultérieurement matérialisée par l'acte de cession du 7 février 2019, pouvait être considérée comme l'acte autorisant la création d'un cinéma. Or, un tel contrat, en ce qu'il a été conclu avec une société d'économie mixte, échappait à la compétence du juge administratif.
72. Sur le second point, elle fait valoir que, quand bien même elle aurait saisi le juge administratif dès qu'elle a soupçonné les irrégularités de l'opération, les spécificités du droit applicable en Nouvelle-Calédonie ne lui auraient pas permis de contraindre la ville de Dumbéa à organiser une procédure de délégation parfaitement impartiale et/ou d'interdire toute atteinte au libre jeu de la concurrence. Elle souligne en effet que le droit communautaire et les dispositions internes de transposition qui réglementent les aides publiques, ainsi que celles qui encadrent l'action des sociétés d'économie mixte ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, de sorte que les opérateurs économiques du territoire n'ont pas accès aux recours contre les aides publiques importantes qui ont pour effet de placer un concurrent dans une situation déloyale.
73. Elle considère que l'absence d'outils juridiques permettant aux juridictions administratives de contrôler l'action des sociétés d'économies mixtes a pour effet d'élargir le champ d'action de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et qu'en l'état de la législation applicable en Nouvelle-Calédonie, il est impossible de rattacher les actions des sociétés d'économie mixte dans le domaine culturel (à défaut d'un mandat et d'une mission de service public claire et incontestable) à la compétence du Tribunal administratif. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie était, par conséquent, seule compétente pour examiner les éléments exposés dans la requête.

74. En dernier lieu, elle souligne que par sa plainte, elle a demandé à l'ACNC d'examiner les effets de trois subventions indirectes ayant pour origine deux personnes publiques (la commune de Dumbéa et la Province sud), deux sociétés d'économie mixte et plusieurs sociétés commerciales de droit commun, au profit du multiplexe MK2 qui, proposant des films grand public, va opérer sur un marché concurrentiel, dont la zone de chalandise — le Grand Nouméa — se superpose à celle du cinéma HICKSON. Elle considère que seule l'Autorité avait la compétence pour apprécier de manière globale ces opérations.
75. L'ACNC répond qu'elle est tenue d'exercer ses missions dans le champ de sa compétence légale, laquelle est strictement encadrée par la partie législative du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, et qu'en aucun cas l'inapplicabilité des règles métropolitaines et européennes en matière d'aides publiques ne peut avoir pour conséquence d'élargir mécaniquement le champ de ses compétences pour sanctionner le versement d'éventuelles aides publiques par des collectivités locales calédoniennes.
76. Elle considère avoir parfaitement démontré aux points 103 à 111 de la décision attaquée que les éventuelles irrégularités des contrats administratifs passés par la commune de Dumbéa, les changements de réglementation concernant les droits à construire sur son territoire ou le respect ou non des dispositions du code des communes de la Nouvelle-Calédonie, même à supposer qu'ils soient avérés et qu'ils aient eu un objet ou un effet anticoncurrentiel, ne peuvent relever que de la compétence du juge administratif.
77. Le **ministère public** considère que les pratiques alléguées par la SECH concernent l'aménagement de la ZAC de Koutio, relèvent par nature de l'exercice de prérogatives de puissance publique et ont nécessairement un caractère administratif de sorte que l'ACNC n'est pas compétente pour en apprécier la légalité.

Sur ce, la Cour,

78. Il résulte des critères de répartition de compétence dégagés par le Tribunal des conflits (Tribunal des conflits, 4 mai 2009, pourvoi n° 09-03.714) que relève de la compétence exclusive du juge administratif l'appréciation, au regard des règles de la concurrence, de la légalité de décisions qui procèdent de l'exercice de prérogatives de puissance publique.
79. En l'espèce, par sa plainte, la SECH a saisi l'ACNC de pratiques mettant en cause la commune de Dumbéa, la Province Sud, et la SECAL au travers des décisions que ces dernières ont prises, dans le cadre de l'aménagement de la ZAC de Koutio, visant, selon la SECH, à faire bénéficier les porteurs du projet du nouveau multiplexe de conditions financières avantageuses, constitutives d'aides indirectes prohibées.
80. La SECH reprochait, en premier lieu, à la Province Sud d'avoir, par une délibération modifiant la réglementation de la ZAC, reporté sur la SECAL l'obligation de construire des places de parkings qui pesait sur la société Promociné et dispensé cette dernière d'acquérir les lots correspondants et d'y construire ces emplacements de stationnement.
81. Ainsi que l'a relevé à juste titre l'ACNC, la réglementation d'une ZAC relève par nature de l'exercice d'une prérogative de puissance publique, de sorte qu'à supposer, comme l'affirme la SECH, que l'assemblée de la Province Sud en charge de l'aménagement de la ZAC de Koutio ait modifié la réglementation de cette ZAC, en vue de mettre à la charge de la SECAL la construction de places de stationnements publics, cette délibération relève par nature de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.
82. L'appréciation de la légalité de cette décision appartient donc à la juridiction administrative, ainsi que l'a relevé à juste titre l'ACNC. Il s'en déduit également que la décision de la SECAL de construire des emplacements de stationnements publics, en exécution des règles d'aménagement de la ZAC adoptées par la Province Sud, n'entre pas dans le champ de la compétence de l'ACNC.

83. La plainte de la SECH visait, en second lieu, les décisions prises par la commune de Dumbéa, à travers la convention de concession signée avec la SECAL en août 2004, la cession à titre gratuit consentie à la SECAL en 2006, ainsi que la convention d'objectif passée avec les sociétés KTR et Promociné.
84. Or, ainsi que l'a relevé à juste titre l'ACNC, ces différentes conventions ont été conclues par la commune de Dumbéa dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique pour l'aménagement d'une ZAC, de sorte que l'appréciation de leur légalité relevait de la seule compétence du tribunal administratif.
85. En outre, la circonstance que la SECH n'ait pas pu saisir le tribunal administratif de demandes d'annulation lorsque ces conventions ont été signées en 2004 et 2006, faute d'intérêt à les contester à cette date, et que celui-ci lui soit apparu bien postérieurement, lors de la proposition de KTR d'installer un nouveau multiplexe, n'est pas de nature à modifier les principes précités au profit du juge judiciaire.
86. Dans ses observations devant la Cour, la SECH ne conteste pas l'analyse menée aux points 103 à 111 de la décision attaquée sur la nature administrative des actes litigieux, comme mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.
87. La Cour constate, s'agissant de l'acte, de droit privé, par lequel la SECAL a vendu des terrains à Promociné, que l'ACNC a admis sa compétence pour examiner les pratiques qui s'y rattachent relatives au prix de la vente des terrains et à l'absence de mise en concurrence.
88. La circonstance qu'une partie des actes dénoncés dans la plainte entrerait dans son champ de compétence ne conférerait pas pour autant à l'ACNC le pouvoir d'apprécier la légalité d'actes distincts relevant de la compétence exclusive du juge administratif sauf à méconnaître la répartition de compétence entre l'ordre administratif et judiciaire. De la même manière, l'inapplicabilité en Nouvelle-Calédonie de la législation européenne et interne sur les aides publiques et le contrôle des sociétés d'économie mixte n'est pas de nature à permettre à l'ACNC de déroger aux principes de répartition de compétence qui viennent d'être énoncés.
89. Au demeurant, ainsi que le souligne à juste titre l'ACNC dans ses observations, cette dernière est tenue d'exercer ses missions dans le champ de sa compétence, telle que définie à la partie législative du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.
90. Le moyen est rejeté.

III. SUR L'ABSENCE D'ÉLÉMENTS SUFFISAMMENT PROBANTS

91. À titre liminaire, la Cour rappelle que, statuant sur un recours formé contre une décision de rejet adoptée sur le fondement de l'article Lp.462-8 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, elle doit seulement vérifier si la saisine est étayée d'éléments suffisamment probants. Si elle devait considérer que tel était le cas, elle ne pourrait que renvoyer l'affaire à l'instruction et non se prononcer sur l'existence d'une infraction aux articles Lp.421-1 et Lp.421-2 du code de commerce applicables en Nouvelle-Calédonie, comme le demande la SECH dans le dispositif de ses conclusions.
92. Il convient à cet égard de préciser que les limites de la saisine de la Cour ont été rappelées à la SECH lors de l'audience publique du 13 janvier 2022 et que cette dernière n'a pas souhaité formuler des observations en réponse.

A. S'AGISSANT DES FAITS DÉNONCÉS AU TITRE D'UNE ENTENTE

93. **Dans la décision attaquée**, l'ACNC a relevé, en premier lieu, que la SECH n'avait pas répondu à l'appel à projet lancé par la SECAL en 2011 pour construire un multiplexe sur la ZAC de Koutio et qu'elle n'avait manifesté son intérêt auprès de la commune de Dumbéa qu'en janvier 2015 après l'annonce par KTR de son projet multiplexe MK2, de sorte que la SECH n'apporte aucun élément de nature à présumer que la signature en 2014 d'un premier protocole d'accord entre KTR et la SECAL ait été motivé par la « *volonté de tuer Cinecity* » comme elle l'a affirmé dans la saisine.
94. L'ACNC a considéré, en deuxième lieu, que les éléments apportés au soutien de la saisine n'étaient pas suffisamment probants pour établir le vil prix, la répartition inéquitable du prix entre Promociné et la SIC, ainsi que la prise en charge par la SIC, à la place des sociétés Promociné, KTR ou Cininvest, des dépenses relevant de la mise en œuvre du multiplexe à travers « *la construction d'une partie des ouvrages associés au multiplex* » ou « *la réalisation de certaines études* ».
95. Elle a relevé, en dernier lieu, que le projet porté par la société KTR est susceptible d'être pro-concurrentiel dans la mesure où il devrait répondre à une demande non satisfaite des consommateurs du Grand Nouméa, particulièrement ceux domiciliés à Dumbéa et aux alentours, et diversifier l'offre cinématographique à travers la diffusion de films d'art et d'essai et de programmations culturelles nouvelles, dans le cadre de la franchise MK2, et de l'engagement pris devant le ministère de l'économie et des finances au titre du dispositif national de défiscalisation.
96. **La SECH** soutient en substance que c'est à tort que l'ACNC lui a reproché de ne pas avoir répondu à « *l'appel public à projet* » alors que ce dernier, publié en 2011, ne mentionnait pas la création d'un cinéma, ce n'est que le dossier de consultation à retirer auprès de la SECAL qui l'évoque et que la société KTR n'a pas non plus répondu à cet appel.
97. Elle fait valoir que les conditions financières du contrat de vente conclu entre la SECAL et la société Promociné, avec l'agrément de la commune de Dumbéa, tenant aux prix et à la construction par la SECAL de parkings au lieu et place de la société Promociné représentaient une aide dont les effets anticoncurrentiels sont intrinsèques et que l'effet anticoncurrentiel de ce contrat se déduit de son objet.
98. S'agissant du prix de vente des terrains à la société Promociné, la SECH expose avoir obtenu des éléments d'informations en août 2020, dans le cadre de la procédure devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, postérieurement à la séance du collège, éléments dont il résulte que l'analyse du prix doit être menée sur la base du prix par m² SHON et non du prix par are. Elle soutient que les ventes de terrain dans la ZAC de Koutio sont établies pour un prix déterminé en fonction des droits à construire : le prix de vente d'un terrain de la ZAC est égal au prix au m² de SHON vendu, multiplié par le nombre de m² SHON construits par l'acheteur, et que toute référence à un prix à l'are est inapplicable. Elle fait valoir que le prix du m² SHON moyen des ventes réalisées par la SECAL sur la ZAC de Koutio est de 26 238 F CFP (millions) soit bien supérieur au prix consenti à la société Promociné pour les parcelles destinées au multiplexe qui est 14 000 F CFP (millions). Elle invoque également la présentation du projet du multiplexe faite par la société KTR dans un mémo datant de 2016 qui explique que la Commune de Dumbéa participe au financement du projet.
99. **L'ACNC** répond que les éléments apportés par la SECH à l'ACNC entre août 2019 et août 2020 ne permettaient pas d'identifier que les porteurs du projet de cinéma MK2 se seraient entendus avec la SECAL, la SIC et avec les collectivités territoriales afin de limiter l'accès au marché de la diffusion d'œuvres cinématographiques en salles dans le Grand Nouméa. Elle soutient que les reproches de la SECH ressortent davantage de spéculations de sa part ou d'interprétations auxquelles elle se livre à partir des faits qu'elle rapporte, et qu'il ne lui appartient pas de suppléer le manque d'éléments probants de la saisine.
100. **Le ministère public** invite la Cour à rejeter le moyen.

Sur ce, la Cour,

101. Dans ses dernières écritures, la SECH n'invoque plus le fait que la SIC aurait pris en charge, à la place des sociétés Promociné, KTR ou Cininvest, des dépenses de « *construction d'une partie des ouvrages associés au multiplex* » ou « *la réalisation de certaines études* », ni que les porteurs de ce projet se seraient entendus en vue de l'évincer du marché, comme elle l'avait fait dans sa saisine, mais concentre son argumentaire sur les conditions financières accordées aux porteurs du projet multiplexe MK2 pour son installation, tenant aux prix de vente des terrains et de l'installation des parkings, et sur l'absence de mise en concurrence.
102. S'agissant des parkings, il a déjà été démontré que l'appréciation de la légalité des décisions relatives à la construction de ces parkings par la SECAL ne relèvent pas de la compétence de l'ACNC. Au surplus, ainsi que le relève à juste titre l'ACNC, les parkings envisagés ne desserviront pas seulement le nouveau multiplex mais l'ensemble des commerces ainsi que la résidence étudiante situés autour du multiplexe.
103. S'agissant des conditions financières de la vente conclue entre la SECAL et la société Promociné, l'analyse du prix ne peut être menée, comme le soutient à tort la SECH, exclusivement au regard du prix du m² SHON, mais doit également tenir compte du prix à l'are, c'est à dire sans considération du nombre de m² à construire. Ces deux éléments constituent, ensemble, des indicateurs pertinents d'une valeur de marché.
104. Selon l'analyse menée au regard du prix à l'are, il convient de constater, que l'évaluation des terrains litigieux, réalisée en 2017 à la demande de la SECH par un expert judiciaire, ressort entre 2 millions/are et 2,5 millions/are F CFP au 8 juillet 2017. Or, la vente litigieuse a été conclue au prix de 110 684 970 millions F CFP, soit 2,3 millions F CFP l'are, prix conforme à l'estimation précitée.
105. En outre, sur la base de cette estimation, ainsi que l'a à juste titre relevé l'ACNC au paragraphe 123 de la décision attaquée, à supposer que la SECAL aurait dû répartir le prix de vente entre la société Promociné et la SIC au prorata des droits à construire de chacun (soit 36,7 % de 77,84 ares pour la SIC et 63,3 % de 77,84 ares pour la société Promociné), il apparaît que la valeur vénale du terrain acquis par la société Promociné correspondrait à une fourchette de prix comprise entre 98,5 millions FCFP et 123 millions FCFP. Or, la société Promociné l'a acquis au prix réel de 110,7 millions FCFP.
106. Selon l'analyse menée au regard du prix du m² SHON, l'ensemble des ventes précédemment consenties par la SECAL sur la ZAC (tableau des ventes, pièce n° 63) fait ressortir un prix médian de 26 238 millions F CFP/m² SHON, soit supérieur à celui payé par la société Promociné (14 629 millions F CFP/m² SHON), comme au demeurant l'admet la commune de Dumbéa dans le mémoire qu'elle a déposé devant le tribunal administratif dans le cadre du litige l'opposant à la SECH (pièce n° 62). Toutefois, cette différence peut s'expliquer, en premier lieu, par le manque d'attractivité de la parcelle et l'absence de projet concurrent.
107. À cet égard, la Cour observe qu'un seul opérateur a répondu à l'appel à projet publié en 2011 et que la SECH ne s'est manifestée auprès de la commune de Dumbéa qu'en 2015, alors même qu'elle prétend avoir eu connaissance du souhait de la mairie d'installer un multiplexe sur la ZAC de Koutio en 2014.
108. En outre, la circonstance qu'un opérateur ait répondu à l'appel à projet en 2011, précisément sur le projet dit « *citybox* », démontre que la publication de cet appel avait permis de porter à la connaissance du public le souhait de la SECAL et de la commune de Dumbéa de commercialiser des lots de la ZAC à destination d'activités de loisirs dont celles de cinéma, et que les opérateurs, dont la SECH, avaient donc été mis en mesure d'y répondre. La décision de la SECAL de céder les terrains litigieux à la société Promociné en vue de la construction d'un multiplexe s'inscrit donc dans la continuité de cet appel à projet.

109. Dans un tel contexte de pénurie de candidature, c'est en vain que la SECH se prévaut du « *mémo* » de présentation du projet fait par la société KTR en ce qu'il indique que « *la Mairie a consenti des efforts techniques et financiers importants, notamment sur le prix du foncier et sur la création de parking dans la ZAC* ».
110. En second lieu, cette différence de prix, ainsi que celle constatée dans l'acte de vente du 7 février 2019 entre les lots destinés à la construction du multiplexe (14 629 millions F CFP /m² SHON) et ceux destinés à la construction de la résidence étudiante pour le compte de la SIC (22 883 millions F CFP /m² SHON), peut également trouver une explication dans la différence de nature de la destination des constructions projetées sur la ZAC, un cinéma multiplexe ne pouvant être utilement comparé à une résidence étudiante, des commerces ou des locaux à usage de bureaux.
111. La nature pro-concurrentielle de l'installation d'un nouveau multiplexe sur le Grand Nouméa telle que présentée au paragraphe 130 de la décision attaquée n'est pas critiquée, étant observé que la SECH a, en réponse à une question de la cour posée à l'audience, précisé que sa plainte visait à dénoncer non pas le principe de l'installation d'un nouveau multiplexe mais les conditions et les modalités d'installation octroyées aux sociétés KTR et Promociné.
112. Les éléments apportés par la SECH ne sont donc pas de nature à remettre en cause l'appréciation par l'ACNC et laisser présumer de l'existence d'une entente prohibée entre la SECAL et les sociétés Promociné, KTR et Cininvest.
113. Le moyen est rejeté.

B. S'AGISSANT DES FAITS DÉNONCÉS AU TITRE D'UN ABUS DE POSITION DOMINANTE

114. **Dans la décision attaquée**, l'ACNC a constaté que la SECH, qui reproche à la SECAL un abus de position dominante, ne définissait pas le marché sur lequel la SECAL serait dominante. Puis, elle a relevé que si la SECAL est la seule chargée de l'aménagement de la ZAC en tant que concessionnaire, elle n'exerce aucune activité commerciale sur cette ZAC de sorte qu'elle n'est pas en mesure d'utiliser d'éventuelles ressources tirées de son activité de concessionnaire pour subventionner d'autres activités concurrentielles qu'elle mettrait en œuvre directement ou par l'intermédiaire d'une filiale qu'elle contrôlerait. Elle a ensuite relevé que les différents abus allégués n'étaient pas davantage étayés. Elle en a déduit que la saisine fondée sur d'éventuelles pratiques d'abus de position dominante de la SECAL devait être rejetée faute d'éléments suffisamment probants.
115. **La SECH** soutient que la SECAL bénéficie d'une position dominante sur le marché de la promotion immobilière dans le périmètre de la ZAC de Koutio et qu'elle a abusé de cette position, l'abus étant caractérisé par l'absence d'appel à la concurrence, l'existence de subventions croisées à l'initiative du maire de la commune de Dumbéa, l'usage d'un organisme relais de droit privé et de pratiques opaques caractérisées, comme relevant du droit privé, pour fausser la concurrence.
116. **L'ACNC** répond que le marché invoqué par la SECH devant la cour n'est pas défini, faute d'élément sur le fonctionnement de ce marché, les éventuels concurrents de la SECAL sur ce marché, l'existence ou non de barrières à l'entrée ou tout autre élément susceptible d'en appréhender la matérialité. Elle ajoute que la SECH ne démontre pas qu'elle serait en concurrence avec la SECAL sur ce marché, ni que ce marché serait connexe au sien, de sorte que la SECAL puisse tirer avantage de sa position dominante sur le marché de la promotion immobilière dans le périmètre de la ZAC de Koutio pour concurrencer la SECH sur le marché de l'exploitation de salles de cinéma dans le Grand Nouméa.
117. **Le ministère public** invite la Cour à rejeter le moyen.

Sur ce, la Cour,

118. La plainte de la SECH invoque encore l'existence d'un abus de position dominante, lequel est prohibé par l'article Lp.421-2 du code de commerce qui réprime « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».
119. Il convient, en premier lieu, de rappeler, ainsi que l'a, à juste titre, relevé l'ACNC, que la démonstration d'un abus de position dominante exige de définir préalablement le marché sur lequel opère l'entreprise mise en cause et sa position dominante sur ce marché.
120. En l'espèce, il est constant que la SECH n'a pas indiqué dans sa plainte le marché sur lequel la SECAL serait en position dominante et n'y a procédé qu'à l'occasion du recours entpris.
121. Que le marché affecté soit celui de la diffusion cinématographique en salle retenu par l'Autorité, ou celui plus large intégrant l'intégralité des modes de diffusion des films, en particulier celui de la vidéo à la demande, revendiqué par la SECH, il est constant que la SECAL n'y est pas en position dominante. Force est de constater également que la SECH ne fournit aucun élément permettant d'étayer l'existence d'un lien de connexité entre ces marchés et celui de la promotion immobilière dans le périmètre de la ZAC de Koutio, qu'elle a identifié, dans ses observations devant la Cour, comme étant celui où la SECAL serait en position dominante. Par suite, aucun élément ne permet de considérer, en cet état, que les faits dénoncés apparaissent susceptibles de constituer une pratique contraire à l'article Lp.421-2 du code de commerce.
122. Tous les arguments qu'elle développe au soutien d'un abus de position dominante (subventions croisées résultant d'aide illégale, absence de mise en concurrence...), qui visent au demeurant tant la SECAL que la commune de Dumbéa, sont dès lors inopérants.
123. Il en résulte que c'est à juste titre que l'ACNC a retenu que la saisine fondée sur d'éventuelles pratiques d'abus de position dominante de la SECAL devait être rejetée faute d'éléments suffisamment probants.
124. Le moyen est rejeté.

IV. SUR LA DEMANDE FORMÉE AU TITRE DE L'ARTICLE 700 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

125. La SECH demande à la Cour de condamner la commune de Dumbéa, la SECAL, la SIC, les sociétés Promociné, Cininvest et Ki Tii Re à lui payer la somme de 15 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.
126. Outre qu'une telle demande ne peut pas être dirigée à l'encontre de la commune de Dumbéa, la SECAL, la SIC et les sociétés Promocine, Cininvest et Ki Tii Re dès lors que celles-ci ne sont pas parties à l'instance, la SECH, qui succombe dans son recours, n'est pas fondée à solliciter le bénéfice de ce texte.

*
* *

PAR CES MOTIFS

La Cour,

REJETTE le recours en annulation et réformation formé par la Société d'exploitation des cinémas Hickson contre la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2020-PAC-04 du 5 octobre 2020 relative à des pratiques dans le secteur de la diffusion cinématographique en salles dans le Grand Nouméa et, en conséquence, rejette l'ensemble de ses demandes ;

REJETTE la demande de la Société d'exploitation des cinémas Hickson fondée sur l'article 700 du code de procédure civile ;

LAISSE à la Société d'exploitation des cinémas Hickson la charge de ses dépens.

LA GREFFIÈRE

LA PRÉSIDENTE

Véronique COUVET

Agnès MAITREPIERRE