

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE PARIS**

N° 23PA05014

SOCIETE KIATEX NC

**M. Ivan Luben
Président**

**Mme Irène Jasmin-Sverdlin
Rapporteure**

**M. Jean-François Gobeill
Rapporteur public**

**Audience du 24 juin 2025
Décision du 10 juillet 2025**

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête, des pièces et des mémoires complémentaires, enregistrés les 5 décembre 2023, 11 décembre 2023, 5 janvier et 3 juillet 2024, et 11 avril 2025, la société Kiatex NC, représentée par Me Travade et Me Froger, demande à la Cour :

1°) d'enjoindre avant-dire droit à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de produire aux débats, sous réserve du respect du secret des affaires, l'ensemble des documents et informations utilisés pour édicter la décision n° 2023-CEC-13 du 4 octobre 2023, dont le dossier de notification complet déposé par le groupe M., le rapport du service d'instruction en date du 29 septembre 2023 ainsi que les éventuelles observations des tiers et du commissaire du gouvernement ;

2°) d'annuler la décision n° 2023-CEC-13 du 4 octobre 2023 prise par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie autorisant la mise en exploitation par la société Apotex d'un magasin sous l enseigne Gémó d'une surface de 1 454 m² à Dumbéa ;

3°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour administrative d'appel de Paris

(1^{ère} Chambre)

Elle soutient que :

- la décision attaquée est entachée de vices de procédure, dès lors que, d'une part, le communiqué relatif à la notification de l'opération, d'une part, ne mentionne pas le fait que la société Apotex est une filiale du groupe M., est entaché d'incomplétude et a été publié par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie plus de dix jours ouvrés après la réception du dossier de notification, en méconnaissance du IV de l'article Lp. 432-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et, d'autre part, que le délai de quinze jours pour faire valoir leurs observations est trop bref ;

- cette décision a été prise en méconnaissance du principe d'égalité, qui imposait à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de recourir à la réalisation d'un test de marchés et/ou d'un test d'engagements ;

- elle a été prise en méconnaissance du III de l'article Lp. 432-3 et de l'article Lp. 461-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, dès lors que l'opération en litige aurait dû faire l'objet d'un examen approfondi et que la décision finale aurait dû être prise par le collège ;

- elle est entachée d'erreur d'appréciation et d'erreur de droit au regard des dispositions de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, dès lors que les effets anticoncurrentiels de l'opération litigieuse ont été analysés de manière insuffisante et erronée et que les engagements adoptés sont inappropriés, inadéquats, insuffisants et incertains.

Par un mémoire en défense et un mémoire complémentaire, enregistrés le 9 février 2024 et le 16 avril 2025, ainsi que par un mémoire distinct, enregistré les 2 et 23 août 2024 et régularisé le 20 février 2025 et communiqué dans les conditions prévues à l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par un mémoire en défense enregistré le 24 avril 2024, la société Apotex, représentée par la SELARL Reuter-De Raissac-Patet, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Kiatex NC la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- l'arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 pris en application de l'article Lp. 432-6 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Irène Jasmin-Sverdlin,
- les conclusions de M. Jean-François Gobeill, rapporteur public,
- et les observations de Me Travade pour la société Kiatex NC.

Considérant ce qui suit :

1. La société Apotex, qui appartient au groupe M. intervenant principalement dans le commerce de détail sur les secteurs de l'habillement et des chaussures, à travers les enseignes Gémo et Eram qu'il exploite, a notifié le 13 juin 2023 à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie un projet d'ouverture d'un magasin dans le secteur de l'habillement et des chaussures, d'une superficie de 1 454 m², sous l'enseigne Gémo, dans le secteur « Apogoti » de la zone d'aménagement commercial de Dumbéa-sur-Mer. Par une décision n° 2023-DEC-13 du 4 octobre 2023, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a autorisé cette opération sous conditions. La société Kiatex, qui exploite un magasin de vente au détail notamment de vêtements et chaussures sous l'enseigne Kiabi à Dumbéa, d'une surface de 961 m², demande à la Cour d'annuler cette décision.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

En ce qui concerne la régularité du communiqué de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie :

2. Aux termes du IV de l'article Lp. 432-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « *La réception de la notification d'une opération visée à l'article Lp. 432-1 fait l'objet d'un communiqué publié par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, selon des modalités fixées par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.* ». Aux termes de l'article 4 de l'arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 : « *Le communiqué prévu au IV de l'article Lp. 432-2 du code de commerce contient notamment les éléments suivants : 1° Le nom des personnes physiques ou des entreprises concernées et, le cas échéant, des groupes auxquels elles appartiennent ; 2° La nature de l'opération (...) / Ce communiqué est rendu public sur le site internet de la direction des affaires économiques (www.dac.gouv.nc) dans les cinq jours ouvrés suivant la date de réception du dossier de notification.* ». Aux termes du troisième alinéa de l'article 3 de cet arrêté : « *La notification est considérée comme complète à compter de la réception des derniers éléments complétant le dossier de notification. Un accusé de réception, mentionnant la date du jour de réception de ces éléments est alors adressé à la (ou les) partie(s) notificante(s). La comptabilisation des délais d'instruction démarre à 00h00 du jour ouvré suivant celui mentionné sur l'accusé de réception.* ».

3. La société requérante soutient que le communiqué de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie publié le 4 juillet 2023 est irrégulier, dès lors qu'il ne mentionne pas le fait que la société Apotex est une filiale du groupe M., qu'il est entaché d'incomplétude, qu'il a été publié par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie au-delà du délai de cinq jours ouvrés après la réception du dossier de notification et que le délai imparti aux tiers pour présenter leurs observations est trop bref.

4. En premier lieu, il ressort des pièces du dossier, notamment de la demande formulée par la société Apotex le 4 octobre 2023, que le nom du groupe auquel appartient cette société a été occulté à la demande de celle-ci, au titre du secret des affaires. Par suite, la société Kiatex NC n'est pas fondée

à soutenir que le communiqué est irrégulier au regard de l'absence de mention du nom du groupe auquel appartient la société Apotex.

5. En deuxième lieu, il est constant que le résumé de l'opération figurant dans le communiqué de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie publié le 4 juillet 2023 indique de manière explicite, et à deux reprises, la nature de l'opération projetée, consistant en « l'ouverture d'un magasin sous l'enseigne « Géo » d'une surface de 1 471 m² dans la zone commerciale d'Apogoti à Dumbéa ». Ainsi, la seule circonstance que le communiqué ne précise pas la nature exacte des produits concernés, notamment « le sexe et la gamme des chaussures et vêtements », ne fasse pas référence au marché des accessoires et n'indique pas les surfaces de vente projetées pour chacun des marchés concernés n'est pas de nature à emporter l'irrégularité de ce communiqué. Par suite, la société Kiatex NC n'est pas fondée à soutenir que ledit communiqué est irrégulier au regard de l'insuffisance de précision de ses mentions relatives à la nature de l'opération envisagée.

6. En troisième lieu, la société requérante soutient que le délai de cinq jours ouvrés à compter de la réception du dossier de notification n'a pas été respecté par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour la publication du communiqué. Toutefois, il ressort des termes mêmes de la décision attaquée que le dossier de notification a été déclaré complet le 3 juillet 2023, la publication du communiqué étant intervenu le lendemain. Par conséquent, la société Kiatex NC n'est pas fondée à soutenir que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'a pas publié le communiqué relatif à l'opération en cause dans les délais prévus à l'article 4 de l'arrêté du 9 janvier 2018.

7. En dernier lieu, si la société Kiatex NC fait valoir que le délai de quatorze jours imparti aux tiers pour présenter leurs observations est trop bref, il ressort cependant des pièces du dossier qu'il s'agit du délai communément appliqué par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie concernant les opérations relatives au commerce de détail. Au surplus, il ressort des pièces du dossier que la société requérante a pu présenter ses observations sur le projet le 24 août 2023, soit 37 jours après la fin du délai fixé pour la consultation des tiers, ses remarques ayant été, au demeurant, prises en compte pour identifier « un risque d'effets horizontaux du fait de la taille du magasin « Géo Apogoti » et la notoriété de son enseigne », aux points 61 à 68 de la décision attaquée et ayant conduit à conditionner l'autorisation délivrée au respect par la société Apotex d'engagements précis. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le communiqué litigieux serait entaché d'irrégularité en raison d'un délai insuffisant laissé aux tiers pour présenter leurs observations.

En ce qui concerne l'obligation de réaliser des tests de marché et d'engagements :

8. Il est constant que la réalisation de tests de marchés et/ou d'engagements par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie préalablement à la délivrance d'une autorisation d'exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail constitue une faculté et non une obligation, les tests de marchés étant mis en œuvre en vue d'approfondir la connaissance d'un marché ou dans le cadre de problématiques concurrentielles particulières et les tests d'engagements étant diligentés pour recueillir l'avis des tiers sur la portée des engagements pris par une entreprise, pour examiner la pertinence des marchés concernés et les effets potentiels d'une concentration sur la concurrence. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que le marché en cause ne nécessite pas la conduite d'un test de marché, quatre décisions ayant été rendues par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans le secteur de la distribution au détail de produits de textile-habillement et chaussures entre 2018 et 2023, dont la dernière, du 7 mars 2023, autorisant sans conditions la société requérante à ouvrir un magasin Kiabi d'une surface de 961 m² à Dumbéa, n'a pas donné lieu à la réalisation d'un test de marché. S'agissant des tests d'engagements, il ressort des écritures de

l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, notamment du tableau figurant en page 11 de son mémoire en défense du 9 février 2024, retraçant les décisions en matière de commerce de détail ayant donné lieu à des engagements, que la plupart des autorisations accordées sous réserve d'engagements n'ont pas fait l'objet de tels tests. Par suite, la société Kiatex NC n'est pas fondée à soutenir que le principe d'égalité aurait été méconnu, en l'absence de réalisation de tests de marché et/ou d'engagements.

En ce qui concerne la nécessité d'un examen approfondi de l'opération en cause :

9. Aux termes du III de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut, par décision motivée : (...) - soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par l'exploitant ; - soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, notamment au regard des critères mentionnés au premier alinéa du I de l'article Lp. 432-4, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article Lp. 432-4. Cette décision est notifiée sans délai à l'exploitant ayant procédé à la notification.* ». Aux termes du troisième et du quatrième alinéas de l'article Lp. 461-3 de ce code : « *Le président, ou le vice-président, peut adopter seul les décisions prévues à l'article Lp. 462-8 et à l'article Lp. 444-1. / Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues aux articles Lp. 431-5, Lp. 432-3 et Lp. 464-1, sous réserve que le sens de la décision soit en accord avec la proposition du service d'instruction. A défaut, la décision est prise dans les conditions fixées à l'alinéa 1^{er}.* ».

10. D'une part, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'opération en cause comporterait un risque d'atteinte à la concurrence, la société requérante invoquant ce risque en ce qui concerne le marché des chaussures, sur laquelle elle n'est pas, du reste, en concurrence avec la société Apotex. En outre, la société Kiatex NC ne se réfère qu'à la zone de chalandise primaire sur ce même marché (située à 10 minutes en voiture), dans laquelle le groupe M. était déjà en position dominante, alors que, dans la zone de chalandise secondaire (située à 30 minutes en voiture), la part de marché de ce groupe, bien qu'importante, ne le conduirait pas à être en position dominante.

11. D'autre part, il ressort des pièces du dossier que le service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a proposé, le 29 septembre 2023, d'autoriser l'opération en cause sous réserve de la réalisation effective des engagements souscrits en application du deuxième alinéa du III de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. En conséquence, la société Kiatex NC n'est pas fondée à soutenir que le président de l'Autorité n'avait pas compétence pour prendre la décision en litige.

12. Il résulte de ce qui précède que la société Kiatex NC n'est pas fondée à soutenir que la décision contestée aurait dû être précédée d'un examen approfondi en raison d'un risque d'atteinte à la concurrence.

En ce qui concerne l'analyse concurrentielle :

13. D'une part, la société Kiatex NC ne peut utilement invoquer la méconnaissance de l'article Lp. 432-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, ces dispositions étant relatives aux opérations pour lesquelles l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a engagé un examen approfondi.

14. D'autre part, la société requérante soutient que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a insuffisamment analysé les effets anticoncurrentiels de l'opération, dès lors qu'elle n'a pas pris en compte les points de vente sous enseigne Eram, qu'elle n'a pas réalisé une analyse en valeur des parts de marchés du groupe M., qu'elle a insuffisamment apprécié les conséquences de la position ultra-dominante de ce groupe, qu'elle a commis une erreur d'appréciation des risques liés à la création d'une position dominante sur les différents marchés de la distribution de vêtements, qu'elle a insuffisamment apprécié les barrières sur le marché, et qu'elle n'a pas analysé le degré de concentration du marché, ni le marché des accessoires.

15. Il ressort toutefois des termes de la décision en litige que la société Kiatex NC n'est pas présente sur le marché des chaussures, les magasins sous enseigne Eram n'ont pas été retenus dans la détermination du marché pertinent car, à la différence de l'exploitation envisagée, cette enseigne se positionne sur le segment du « milieu de gamme » du marché aval de la distribution de chaussures et non sur le segment d'« entrée de gamme » comme l'enseigne Gémo. En outre, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'une analyse en valeur aurait été pertinente, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ne procédant à une telle analyse que dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires d'un magasin est décorrélé de sa surface commerciale. De plus, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ait insuffisamment apprécié la position dominante du groupe M. ou que cette autorité aurait dû analyser le degré de concentration des marchés en cause, alors, au demeurant, que sa mission de contrôle ne porte pas sur les concentrations. Par ailleurs, il ressort des termes de la décision en litige, notamment aux points 62 à 68 et 72 à 80, que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a procédé à une analyse effective des risques liés au renforcement de la position dominante du groupe M. sur les marchés de la distribution de vêtements. Il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que cette autorité aurait insuffisamment apprécié les barrières à l'entrée de nouveaux arrivants sur les marchés concernés par l'opération en litige, alors, du reste, que les observations des tiers sur cette opération ne font pas état d'un risque de renforcement de ces barrières. Enfin, il ressort des termes de la décision attaquée, notamment aux points 58 à 64, que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a procédé à une analyse spécifique du marché des accessoires.

16. Les moyens tirés de l'erreur de droit et de l'erreur d'appréciation de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans son analyse concurrentielle seront, en conséquence, écartés.

En ce qui concerne les engagements adoptés :

17. La société Kiatex NC soutient que : les engagements imposés par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ne permettent pas de remédier aux atteintes à la concurrence que cette autorité a manqué d'analyser ; l'engagement n° 1 est insuffisant et ne permet pas de résoudre le problème identifié ; l'engagement n° 2 ne pouvait être adopté ; l'engagement n° 3 est vide de toute substance ; ces engagements sont imprécis et leurs conditions d'engagement sont insuffisantes ; ils ne reposent sur aucun test de marché et sont insuffisamment motivés.

18. Il ne ressort toutefois pas des pièces du dossier que l'opération créerait un risque que « le Gémo Apogoti puisse faire des campagnes promotionnelles très agressives (prix bas) ou des ventes liées concernant des produits sur lesquels il détient une position ultra-dominante », ni un risque sur les marchés des vêtements autres que ceux pour enfants. Il ne ressort pas davantage de ces pièces que l'engagement n° 1, qui prévoit la réduction de la surface consacrée aux chaussures et permettra de réduire la part de marché de la société Apotex dans la zone de chalandise secondaire, serait insuffisant,

alors que, au demeurant, comme cela a été évoqué au point 10, la société requérante n'est pas présente sur le marché des chaussures et que la mention du seul « rayon de chaussures femmes » constitue une erreur de plume, le tableau retraçant cet engagement évoquant les rayons : femme, garçon, fille et homme. En outre, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a pu, sans commettre d'erreur de droit et conformément aux dispositions citées au point 9 du présent arrêt du III de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, imposer à la société Apotex l'engagement n° 2, portant sur l'encadrement des prix de vente. Par ailleurs, il ne ressort pas des termes de l'engagement n° 3, qui vise à empêcher les recours dilatoires, les actes de dénigrement ou tout autre moyen susceptible d'entraîner des barrières à l'entrée sur les marchés concernés, qu'il serait une redite des dispositions législatives et réglementaires applicables, ce qui, en tout état de cause, n'entacherait pas d'illégalité cet engagement. Qui plus est, il ne ressort pas des termes des engagements imposés à la société Apotex que ceux-ci seraient obscurs et imprécis, les modalités de calcul de l'encadrement des coefficients de vente étant explicitées aux points 99 à 102 de la décision litigieuse, la durée de chaque engagement, de cinq ans, étant définie aux points 103, 110 et 118 de cette décision et la circonstance que la société Apotex ait mentionné deux engagements au lieu des trois souscrits étant constitutive d'une erreur de plume. Enfin, il ne ressort pas des pièces du dossier que la mise en œuvre des engagements nécessiterait l'intervention d'un mandataire, la réalisation de tests d'engagements et que l'appréciation de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie serait insuffisamment motivée sur les conditions de mise en œuvre des engagements pris par la société Apotex.

19. Par suite, la société Kiatex NC n'est pas fondée à soutenir que cette autorité aurait commis une erreur d'appréciation et une erreur de droit en estimant que les engagements annexés à la décision en litige seraient appropriés et suffisants.

20. Il résulte de tout ce qui précède que la société Kiatex NC n'est pas fondée à demander l'annulation de n° 2023-DEC-13 du 4 octobre 2023 de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, ni à ce qu'il soit enjoint avant-dire droit à cette autorité de produire aux débats les documents sollicités.

Sur les frais de l'instance :

21. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la société de Kiatex NC à ce titre.

22. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la société requérante la somme que demande l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie en application de ces dispositions, cette autorité n'étant pas, au demeurant, pourvue de la personnalité morale et ses conclusions revendiquant le bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative devant dès lors être regardées comme tendant à ce que les sommes réclamées à ce titre soient versées à la Nouvelle-Calédonie. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Kiatex le versement de la somme de 1 500 euros à la société Apotex, en application de ces mêmes dispositions.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société Kiatex NC est rejetée.

Article 2 : La société Kiatex NC versera, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 1 500 euros à la société Apotex.

Article 3 : Les conclusions de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie à fin d'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié à la société Kiatex NC, à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et à la société Apotex.

Copie en sera adressée à la Nouvelle-Calédonie.

Délibéré après l'audience du 24 juin 2025, à laquelle siégeaient :

- M. Ivan Luben, président de la chambre,
- M. Stéphane Diémert, président assesseur,
- Mme Irène Jasmin-Sverdlin, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 10 juillet 2025.

La rapporteure,
I. JASMIN-SVERDLIN

Le président,
I. LUBEN

La greffière,
C. POVSE

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.