



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022

relative à l'ouverture d'un magasin d'optique sous enseigne « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 36 m² à La Foa

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

Vu le dossier de notification, adressé complet à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie le 15 septembre 2022, et enregistré sous le numéro 22-0014EC, relatif à la mise en exploitation d'un nouveau centre d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 44 m² sur la commune de La Foa ;

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 et notamment ses articles Lp. 432-1 à Lp. 432-5 et Lp. 461-3 ;

Vu l'arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 modifié concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail ;

Vu les engagements proposés le 16 novembre 2022 par la Mutuelle de la métallurgie, de la mine, de l'énergie et des activités annexes (ci-après la Mutuelle du nickel) et modifiés en dernier lieu le 2 décembre 2022 ;

Vu le rapport du service d'instruction proposant d'autoriser l'opération 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,

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale par intérim, le commissaire du gouvernement et les représentants de la Mutuelle du nickel entendus lors de la séance du 9 décembre 2022 ainsi que M. Muguet, gérant de la société Optique La Foa, entendu en tant que témoin sur le fondement de l'article Lp. 432-4 III du code de commerce ;

Après en avoir délibéré, adopte la décision suivante :

Résumé

Dans cette décision, l'Autorité autorise, sous réserve d'engagements, l'ouverture d'un magasin d'optique sous enseigne « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 36 m² à La Foa.

Le magasin sera exploité par la Mutuelle du Nickel qui gère à ce jour trois centres d'optique et quatre cabinets d'ophtalmologie à Doniambo, au Quartier Latin, à Dumbéa et Koné. Un ophtalmologue, prestataire de services pour la Mutuelle du Nickel, exerce également deux jours par semaine à La Foa. L'intégralité des clients de ces centres sont les bénéficiaires des mutuelles de Nouvelle-Calédonie ayant signé des conventions de tiers-payant ou d'accès avec la Mutuelle du Nickel. La Mutuelle du Nickel est le seul organisme complémentaire d'assurance-maladie en Nouvelle-Calédonie à avoir constitué un réseau de tiers-payant fermé, les opticiens libéraux non affiliés ne bénéficiant pas, jusqu'alors, d'une convention de tiers-payant.

Sur le marché amont de l'approvisionnement de produits d'optique-lunetterie, l'Autorité a constaté que le marché géographique était de dimension mondiale et que l'opération était insusceptible de porter atteinte à la concurrence.

L'analyse concurrentielle de l'Autorité a donc principalement porté sur le marché aval de la distribution de produits d'optique-lunetteries, tous réseaux confondus. Les tests de marché ont révélé qu'il y avait lieu de distinguer une zone de chalandise primaire, constituée des communes de La Foa, Kouaoua, Canala, Moindou, Sarraméa et Bourail, sur laquelle exercent actuellement deux opticiens libéraux, et une zone de chalandise secondaire étendue au Grand Nouméa. Toutefois, l'Autorité a constaté que la concurrence dans la zone de chalandise secondaire s'exerce de façon asymétrique, la clientèle de La Foa étant susceptible de se rendre dans les magasins d'optique du Grand Nouméa alors qu'à l'inverse la clientèle du Grand Nouméa n'est pas portée à se rendre dans les magasins d'optique de La Foa ou de Bourail. Néanmoins, l'Autorité a tenu compte de l'attachement des adhérents à la marque Mutuelle du Nickel pour conclure que le nouveau centre mutualiste de La Foa bénéficierait vraisemblablement d'un report de clientèle des autres centres optiques mutualistes existants.

L'analyse conduite par l'Autorité a fait apparaître que, à l'issue de l'opération, le magasin Les opticiens mutualiste de la Foa appartenant à la Mutuelle du Nickel pourrait détenir une part de marché de près de 44 % en surface et de 72 % en valeur de sorte que l'opération comporte des risques d'atteinte à la concurrence, principalement sur le plan horizontal.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence, la partie notifiante a donc déposé une proposition d'engagements qu'elle a complétée pour tenir compte des observations des tiers transmises à l'issue d'un test conduit par l'Autorité.

S'agissant de la surface de vente, la Mutuelle du Nickel s'est engagée à la réduire de 44 à 36 m². Si cet engagement structurel a été jugé insuffisant par l'opticien libéral de La Foa, l'Autorité a considéré que sa réalisation ne placerait plus la Mutuelle du Nickel en position de leader sur le marché primaire et qu'il serait disproportionné d'imposer une réduction de surface supplémentaire à un nouvel entrant proposant une offre pro-concurrentielle. Au surplus, il est ressorti de l'instruction que le seul opticien libéral de La Foa avait initialement prévu de déménager son activité dans un local du futur centre commercial « Nily Village », lui permettant d'étendre sa surface de vente de 17 à 65 m² et de bénéficier de la proximité immédiate avec le cabinet du médecin ophtalmologue situé dans les mêmes locaux que l'opticien mutualiste.

Si ce projet de déménagement semble remis en cause principalement en raison de la baisse du chiffre d'affaires alléguée par l'opticien libéral de La Foa, l'Autorité a constaté que ces difficultés étaient antérieures au projet d'ouverture du centre optique mutualiste de La Foa et qu'il n'était pas exclu que ce dernier se maintienne si les engagements initialement proposés par la Mutuelle du Nickel étaient renforcés de manière substantielle. En tout état de cause, l'Autorité a rappelé qu'elle devait

veiller au maintien de la libre-concurrence à l'issue de l'opération et non à la protection des concurrents.

S'agissant de la proximité entre le cabinet de l'ophtalmologue et le futur centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa » qui est susceptible de lui conférer un avantage concurrentiel, la Mutuelle du Nickel a fait valoir que cet avantage devait être relativisé par le fait que le médecin ophtalmologue était en âge de faire valoir ses droits à la retraite et par les difficultés qu'elle éprouvait à recruter ou remplacer les ophtalmologues avec lesquels elle travaillait. Elle considère donc que cet avantage de proximité n'est pas pérenne. Elle a néanmoins formulé trois engagements.

En premier lieu, elle s'est engagée à apposer sur la porte d'entrée et de sortie de l'ophtalmologue exerçant à La Foa une affiche informant les patients qu'ils étaient libres du choix de leur opticien et que le tiers-payant était disponible chez tous les opticiens ayant conventionné avec la Mutuelle du Nickel (engagement n°1).

En deuxième lieu, la Mutuelle du Nickel s'est engagée à remettre aux patients de l'ophtalmologue de La Foa la liste des opticiens de la zone de chalandise validée par l'Autorité (engagement n°2).

En troisième lieu, la Mutuelle du Nickel s'est engagée à ne pas ouvrir au public son centre optique, un jour par semaine simultanément à un jour d'ouverture de l'ophtalmologue de La Foa, laissant le magasin d'optique déjà sur place ouvrir à sa convenance (engagement n°3).

En quatrième lieu, la Mutuelle du Nickel a formulé un engagement général d'information à l'égard de l'opticien libéral de La Foa quant aux interruptions d'activité de plus d'un mois de l'ophtalmologue et lors de la reprise de l'activité de ce dernier (engagement n°4)

L'Autorité a estimé que ces engagements étaient suffisants pour écarter le risque identifié. En réponse aux observations de l'opticien libéral de La Foa, elle a notamment relevé que l'ophtalmologue n'était pas salarié de la Mutuelle du Nickel et que ses échanges cordiaux entretenus de longue date avec l'opticien libéral ne laissaient pas présager un risque d'éviction ou d'inégalité de traitement de la part du médecin.

S'agissant de l'impossibilité pour les bénéficiaires de la Mutuelle du Nickel d'obtenir le tiers payant auprès des opticiens libéraux concurrents, la partie notificante a souligné avoir modifié sa pratique récemment et s'est engagée à proposer la signature d'une convention de tiers payant à tout opticien libéral (engagement n°5) et à assurer la diffusion de cette information (engagement n°6).

L'Autorité a constaté que l'engagement n°5 était opérationnel puisque quatre conventions avec des opticiens libéraux avaient d'ores-et-déjà été signées. Cette possibilité est donc ouverte pour l'opticien libéral de La Foa qui peut signer dès à présent une convention de tiers payant avec la Mutuelle du Nickel. En conséquence, l'Autorité a estimé que cet engagement était suffisant.

Enfin, la Mutuelle du Nickel a formulé un engagement de neutralité de portée générale visant à ne pas s'appuyer, par un effet de levier, sur la présence de son centre d'ophtalmologie pour promouvoir son magasin d'optique et évincer ses concurrents sur la zone primaire de chalandise.

L'Autorité a considéré que ces engagements apparaissaient suffisants au regard des risques concurrentiels identifiés. Elle a écarté l'idée d'un engagement de type « muraille de Chine » considérant qu'il serait disproportionné, d'autant que la Mutuelle du Nickel est aussi liée par ses obligations en matière de RGPD et que l'ophtalmologue est tenu au secret professionnel.

Enfin, l'Autorité a estimé que les engagements proposés étaient simples et que leur contrôle pouvait être assuré par l'Autorité, sans l'intervention d'un mandataire.

En conséquence, l'opération a été autorisée sous réserve de la réalisation effective des engagements pris par la partie notificante et annexés à la présente décision.

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

I. Présentation de l'entreprise concernée et contrôlabilité de l'opération

A. Présentation de l'exploitant

1. Le magasin sous enseigne « Les Opticiens Mutualistes » situé à La Foa, (ci-après le magasin « Les Opticiens Mutualistes La Foa ») sera exploité par la Mutuelle de la métallurgie, de la mine, de l'énergie et des activités annexes (ci-après la « Mutuelle du Nickel »)¹.
2. La Mutuelle du Nickel est une personne morale de droit privée à but non lucratif régie par la loi du pays n° 2013-4 du 7 juin 2013 portant statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie et par ses statuts, lesquels ont été agréés par arrêté du gouvernement n° 2013-3903 du 26 décembre 2013².
3. A ce titre, elle est administrée par ses membres et représentés par 40 délégués constituant l'Assemblée générale qui élisent les 20 membres du Conseil d'administration, lequel élit les 6 membres du Bureau de la Mutuelle du Nickel.
4. Les activités principales de la Mutuelle du Nickel sont l'action de prévoyance des risques sociaux et la répartition de leurs conséquences³. Elle exerce donc, d'une part, une activité complémentaire santé qui couvre les risques santé en tant que complémentaire pour les travailleurs de la métallurgie, de la mine et de l'énergie et des activités annexes⁴.
5. Les activités de la mutuelle couvrent, d'autre part, des services de soins et d'accompagnement mutualistes. A ce titre, la Mutuelle du Nickel gère à ce jour trois centres d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes »⁵ :
 - Un centre d'optique à Nouméa, situé au 12 route de l'Anse Vata Quartier latin, établi au sein du centre de la Mutuelle du Nickel de l'Anse Vata⁶ ;
 - Un centre d'optique à Dumbéa, situé au 33 Boulevard Joseph Wamytan, installé au sein du centre de la Mutuelle du Nickel de Dumbéa⁷ ;
 - Un centre d'optique à Koné, situé au 295 Avenue de Teari, qui fait partie du centre de la Mutuelle du Nickel de Koné⁸.
6. La Mutuelle du Nickel gère également quatre cabinets d'ophtalmologie, dont deux cabinets d'orthoptie/d'optométrie, deux centres d'audioprothèses sous l'enseigne « Audition Mutualiste », six cabinets dentaires et un centre de basse vision.
7. Ces cabinets et centres sont répartis sur quatre sites principaux : Doniambo, le Quartier Latin, Dumbéa et Koné. Deux cabinets dentaires sont également situés à Thio et à la Foa et un ophtalmologue exerce deux jours par semaine à la Foa.
8. L'intégralité des clients des centres d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes » sont les bénéficiaires des mutuelles de Nouvelle-Calédonie ayant signé des conventions de tiers-

¹ La Mutuelle du nickel est immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 122 507 depuis le 20 décembre 2007.

² Voir la page 4 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 06).

³ *Ibid.*

⁴ A ce titre, la Mutuelle du nickel couvre en complémentaire santé : 60 entreprises ; 8500 salariés ; et 20 000 bénéficiaires dont 3 000 retraités. Voir la page 4 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 06).

⁵ Voir les développements à la page 6 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 06).

⁶ Le centre de l'Anse Vata accueille également un ophtalmologue et un optométriste.

⁷ Le centre de Dumbéa est aussi composé d'un ophtalmologue, d'un dentiste, d'un audioprothésiste et d'un centre de basse vision.

⁸ Le centre de Koné accueille également un ophtalmologue, un dentiste et un orthoptiste.

payant⁹ ou d'accès avec la Mutuelle du Nickel. Les centres sont ainsi ouverts aux adhérents des Mutuelles des fonctionnaires, du commerce, et des patentés libéraux et des militaires¹⁰.

9. Il y a lieu de relever qu'à la date du dépôt du dossier de notification, la Mutuelle du Nickel est le seul organisme complémentaire d'assurance-maladie en Nouvelle-Calédonie à avoir constitué un réseau de tiers-payant fermé, réservé à ses propres centres « Les Opticiens Mutualistes », c'est-à-dire qu'aucune convention de tiers-payant n'avait été conclue entre la Mutuelle du Nickel et les opticiens libéraux de Nouvelle-Calédonie¹¹.

B. Contrôlabilité de l'opération

10. Conformément à l'article Lp. 432-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie :
« II. – Par dérogation aux dispositions du I, toute opération dans le secteur du commerce de détail doit être notifiée, quelle que soit la surface de vente concernée, lorsque l'exploitant ou le futur exploitant dispose, à l'issue de l'opération, d'une part de marché égale ou supérieure à 25% dans la zone de chalandise concernée et un chiffre d'affaires supérieur à 600 000 000 F CFP. »
11. En l'espèce, l'opération consiste en l'ouverture d'un centre d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes » au sein de la commune de La Foa d'une surface de vente de 44 m², lequel serait adossé au centre de soins de la Mutuelle du Nickel créé en 2021, qui comprend également un cabinet d'ophtalmologie et un cabinet dentaire.
12. Selon la partie notifiante, l'ouverture d'un nouveau centre optique permettra de compléter l'offre en optique sur les côtes est et ouest de la Nouvelle-Calédonie, et plus précisément sur la zone de La Foa, afin de servir les adhérents des centres miniers de ces zones ainsi que les adhérents des autres mutuelles calédoniennes. La Mutuelle du Nickel précise en effet qu'elle a pour ambition *« d'offrir à tous les mutualistes des produits de qualité au meilleur prix afin qu'ils bénéficient de montures et verres de qualité, d'un service après-vente performant et d'un reste à charge maîtrisé »*¹².
13. Par ailleurs, il est précisé que la mise en exploitation du centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa » générera la création d'un ou deux emplois¹³.
14. Au dernier exercice clos du 31 décembre 2021, la Mutuelle du Nickel enregistre un chiffre d'affaires total net de [> 600 millions]. Ce chiffre d'affaires se décompose en quatre activités : Prévoyance, Dentaire, Ophtalmologie et Optique.
15. S'agissant plus précisément de l'activité d'optique, la Mutuelle du Nickel a généré sur les trois sites existants un montant d'environ [confidentiel] de F.CFP de chiffre d'affaires en 2021¹⁴, ce qui représente environ 43 % du chiffre d'affaires total de la Mutuelle du Nickel.
16. Par conséquent, le seuil de 600 millions de F.CFP prévu au II de l'article Lp. 432-1 du code de commerce est franchi.

⁹ Pour rappel, le système de « tiers payant » dispense l'assuré, sous certaines conditions, de faire l'avance des sommes remboursables, qui sont ainsi payées directement au professionnel de santé par l'assurance maladie et/ou l'organisme complémentaire de santé concerné. Ce système s'applique notamment pour les dépenses d'optique médicale en Nouvelle-Calédonie. Voir la décision de l'Autorité n° 2022-PAC-04 du 30 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰ Voir la page 8 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 10) et la décision de l'Autorité n° 2022-PAC-04 précitée.

¹¹ Voir la décision de l'Autorité n° 2022-PAC-04 précitée, points 75-78.

¹² Voir les pages 8 et 9 du dossier de notification (Annexe 02, Cotes 10-11).

¹³ Voir la page 11 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 13).

¹⁴ Voir la page 5 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 07).

17. Par ailleurs, comme cela est démontré *infra*, la part de marché du futur centre optique « Les Opticiens Mutualistes La Foa » sera supérieure à 25 % dans la zone de chalandise concernée.
18. Dès lors, la présente opération est contrôlable sur le fondement de l'article Lp. 432-1 du code de commerce et est soumise au régime d'autorisation préalable de l'article Lp. 432-2 de ce même code.

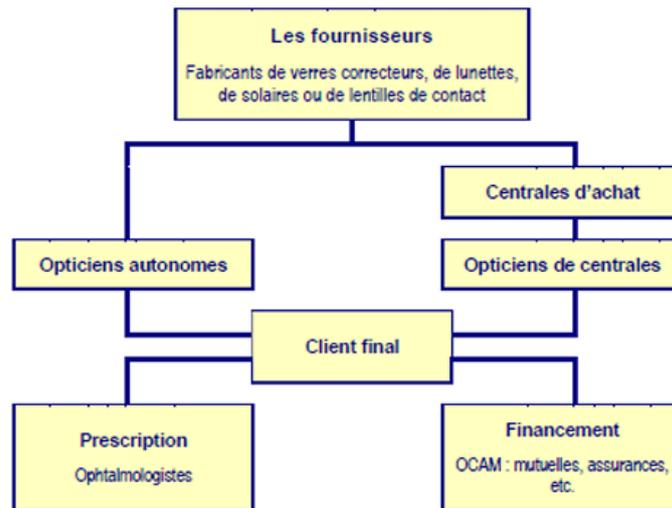
II. Délimitation des marchés pertinents

19. L'analyse concurrentielle des effets d'une opération dans le secteur du commerce de détail au sens de l'article Lp. 432-1 du code de commerce (opération de croissance « interne »), comme celle d'une concentration au sens de l'article Lp. 431-1 (opération de croissance « externe »), doit être réalisée sur un (ou des) marché(s) pertinent(s) délimité(s) conformément aux principes du droit de la concurrence.
20. En matière de distribution, les autorités de concurrence retiennent généralement deux catégories de marchés : ceux qui mettent en présence les entreprises du commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens (les marchés aval) et ceux de l'approvisionnement de ces mêmes biens (les marchés amont). Ces deux catégories de marchés correspondent au champ d'application du test de concurrence défini à l'article Lp. 432-4 du code de commerce qui, calqué sur celui du contrôle des concentrations, implique une double analyse du marché de la distribution¹⁵.
21. La délimitation du marché pertinent 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 marché¹⁶.
22. En l'espèce, le futur magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa proposerait des produits d'optique-lunetterie sur une surface de vente de 44 m².
23. L'Autorité de la concurrence métropolitaine a décrit le secteur de l'optique-lunetterie comme celui qui « regroupe en amont les fournisseurs de produits d'optique, et en aval les distributeurs desdits produits (opticiens). Plusieurs centrales d'achat interviennent également dans ce secteur, dont certaines réalisent des prestations relevant de l'activité de fabrication (telles que le surfacage et le traitement des verres) »¹⁷.
24. Ainsi, la chaîne de distribution peut être représentée comme suit :

¹⁵ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-DEC-07 du 6 août 2020 relative au déménagement et à la réduction de la surface de vente d'un commerce de détail sous l'enseigne « Nouméa Pas Cher » sur la commune de Nouméa ; n° 2018-DEC-03 du 18 mai 2018 relative à l'ouverture d'un commerce de détail d'une surface de vente de 1 321 m² sous l'enseigne « House » au centre commercial « Les Jardins d'Apogoti » sur la commune de Dumbéa ; l'arrêté n° 2017-2085/GNC du 12 septembre 2017 relatif à la création et la mise en exploitation par la SARL Home Dépôt d'un commerce de détail d'une surface de vente de 700 m² à enseigne Home Dépôt, situé à Nouméa.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-05 du 26 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kalivia dans le secteur de l'optique-lunetterie, point 3 ; n° 16-D-12 du 9 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par Carte Blanche Partenaires dans le secteur de l'optique, point 3.



Source : Etude Xerfi 700, Lunettes (fabricant) - Octobre 2010¹⁸

25. L'opération a par conséquent été analysée sur le (A) marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie ainsi que sur (B) le marché amont de l'approvisionnement.

A. Le marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie

1. Le marché de produits

26. Dans le secteur de la distribution de produits alimentaires ou non alimentaires, les marchés sont généralement abordés sous deux angles : soit en analysant un marché large, comprenant l'ensemble des produits appartenant à une même famille, soit en analysant plusieurs marchés plus étroits, circonscrits à des « sous-familles » comprises au sein de ce marché large. Une telle sous-segmentation se justifie notamment lorsque d'importantes différences existent au sein d'une même famille de produits, en termes de prix, de caractéristiques ou encore de besoins, et compte tenu de la substituabilité du côté de l'offre.
27. Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence métropolitaine ont déjà examiné à plusieurs reprises des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'optique-lunetterie¹⁹. Il ressort des décisions adoptées que le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie a été retenu comme marché pertinent.
28. Dans sa décision n°13-D-05, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré que le secteur de l'optique regroupe plusieurs catégories de produits telles que les montures de lunettes, les verres ophtalmiques, les lentilles correctrices et produits associés, ainsi que les lunettes solaires.
29. Le Conseil de la concurrence a pu préciser que « *les produits vendus sur ce marché peuvent être classés en deux catégories : ceux qui font l'objet d'une prescription médicale (verres et lentilles correcteurs) et les autres (montures). [...] Si les produits délivrés sur prescription et les autres produits sont généralement complémentaires, la vente de verres n'est pas toujours associée à*

¹⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-05 précitée, point 4.

¹⁹ Voir par exemple les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 00-D-10 du 11 avril 2000 relative à des pratiques mises en œuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale ; n° 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise ; n°12-D-20 du 12 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'optique-lunetterie à La Réunion ; et n° 13-D-05 précitée.

celle d'une monture, dans la mesure où un utilisateur peut conserver ses montures lorsqu'il change de verres ; l'inverse est plus rare »²⁰.

30. La distribution des produits d'optique-lunetterie est assurée par des opticiens-lunetiers. L'exercice de la profession d'opticien-lunetier est réglementé par le code de la santé publique, qui en limite l'accès aux titulaires d'un diplôme professionnel dans des conditions qui leur confèrent le monopole de la vente des produits d'optique délivrés sur prescription médicale.
31. Plus précisément, et comme l'a déjà souligné l'Autorité de la concurrence métropolitaine, la distribution des produits d'optique-lunetterie peut être assurée par différents types de réseaux :
- « – *les opticiens indépendants, dont certains sont adhérents à une centrale de référencement locale ou nationale, ce qui leur permet de bénéficier de prix négociés par cette dernière. [...]* ;
 - *les réseaux coopératifs avec ou sans enseigne commune (Guilde des lunetiers de France, Atol, Optique 2000, etc.) ;*
 - *les opticiens franchisés s'engageant par contrat à respecter une charte en contrepartie d'une certaine notoriété (Alain Afflelou, les frères Lissac, etc.) ;*
 - *les réseaux succursalistes (les opticiens associés exploitant l'enseigne Grand Optical par exemple) ;*
 - *les opticiens mutualistes (Mutoptic, Cooptimut, etc.) »²¹.*
32. En Nouvelle-Calédonie, cette définition du marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie a été confirmée par les entreprises concurrentes lors du test de marché réalisé au cours de l'instruction²².
33. Par ailleurs, en France métropolitaine comme en Nouvelle-Calédonie, les centres d'optique mutualistes font l'objet d'un fonctionnement distinct de l'ensemble des autres opticiens. En effet, comme l'a expliqué l'Autorité dans une décision de 2022, « *créés par des mutuelles d'assurance maladie, ces centres bénéficient des avantages fiscaux et juridiques propres au monde mutualiste. Ils ont la particularité de pouvoir être créés par une ou plusieurs mutuelles et n'ont pas de personnalité juridique propre.* »²³.
34. Ainsi, il y a lieu de relever, comme vu *supra*, qu'outre les trois centres d'optique exploités actuellement par la Mutuelle du Nickel, celle-ci gère également quatre cabinets d'ophtalmologie, dont un situé à La Foa.
35. Il ressort néanmoins du test de marché réalisé au cours de l'instruction que ces différents types de réseaux de distribution des produits d'optique-lunetterie doivent être considérés comme faisant partie du même marché, notamment dans les communes de la province Sud²⁴.
36. A cet égard, la société Optic Discount a déclaré que « *les opticiens mutualistes sont des magasins comme les autres dans leur fonctionnement. Ils travaillent avec les mêmes fournisseurs que les autres, emploient des personnes avec la même qualification que les autres et apportent le même service que n'importe quel autre opticien de Nouvelle-Calédonie* »²⁵. De même, le magasin Optique La Foa explique que « *tous les magasins d'optique, quel que soit leur statut, font partie*

²⁰ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 00-D-10 précitée.

²¹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 01-D-45 du 19 juillet 2001 relative à une saisine présentée par la société Casino France.

²² Un test de marché concernant le secteur de l'optique-lunetterie a été adressé le 2 septembre 2022 aux principales entreprises concurrentes (Annexes 7-21, Cotes 174-328).

²³ Voir la décision de l'Autorité n° 2022-PAC-04 du 30 juin 2022 (rect) relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie, point 34.

²⁴ Voir les réponses au test de marché des concurrents (Annexes 7-21, Cotes 174-328).

²⁵ Voir la réponse au test de marché du centre Optic Discount (Annexe 14, Cotes 242-251).

d'un même marché. En effet, un client ne fait pas de différence entre ces différents statuts [...] en Province Sud ou en Province Nord »²⁶.

37. Par conséquent, l'analyse concurrentielle a été conduite sur le marché de la distribution de produits d'optique-lunetteries, tous réseaux confondus.

2. Le marché géographique

38. Dans le secteur du commerce de détail, les marchés géographiques pertinents sont de dimension locale, correspondant à la zone de chalandise du magasin en cause. En général, la zone de chalandise est d'autant plus étendue que la taille du magasin est importante. La force d'attraction des grandes surfaces spécialisées, qui sont dotées d'une surface de vente étendue et proposent une gamme complète de produits, implique des zones de chalandise larges, dont le rayon peut atteindre une trentaine de minutes de trajet en voiture. A l'inverse, les commerces de proximité auront des zones de chalandise en principe plus réduites.
39. De plus, la nature des produits a également un impact sur la zone de chalandise. On distingue ainsi en général les biens de consommation à faible montant unitaire, achetés fréquemment (dits produits de grande consommation), des produits à prix plus élevé et d'achat peu fréquent (dits biens durables). Pour ces derniers, les consommateurs seront en général susceptibles de consentir à des déplacements plus longs : les zones de chalandises pourront ainsi être plus étendues²⁷.
40. Dans la décision n°00-D-10, le Conseil de la concurrence a ainsi précisé que : « *S'agissant des produits d'optique médicale, les zones de chalandises sont susceptibles de s'étendre au-delà des limites administratives des communes ; que ces zones doivent être appréciées en fonction de la densité d'opticiens-lunetiers présents sur la zone et de la mobilité de la clientèle, en zone urbaine, et en raison du prix élevé de certains produits d'optique-lunetterie ; qu'ainsi, la définition de zones de chalandise résulte de l'observation du marché »²⁸.*
41. En conséquence, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré que la concurrence entre les détaillants de produits d'optique-lunetterie s'exerce essentiellement au niveau local²⁹. Elle a en effet expliqué que « *les spécificités du secteur de la distribution des produits d'optique médicale conduisent les consommateurs à acheter leurs lunettes correctrices, soit près de leur domicile, soit près du lieu où ils font régulièrement leurs achats (galeries marchandes), soit près de leur lieu de travail »³⁰.*
42. En Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a également démontré que, sur le plan géographique, la concurrence entre les détaillants d'optique-lunetterie s'exerçait essentiellement au niveau local³¹.
43. En l'espèce, la partie notifiante rappelle que la zone de chalandise retenue est généralement de trois minutes à pied pour la zone primaire et de 10 minutes en voiture pour la zone secondaire. Toutefois, elle indique que ces définitions sont inopérantes en ce qui concerne les communes dites de « brousse » de la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire en dehors de la zone du Grand

²⁶ Voir la réponse au test de marché du centre « Optique La Foa » (Annexe 16, Cotes 262-279).

²⁷ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-DEC-07 précitée et l'arrêté n° 2017-443/GNC du 21 février 2017 relatif à la création et la mise en exploitation par la SARL Espace Import d'un commerce de détail d'une surface de vente de 777 m² à enseigne First Déco, situé à Nouméa ; et l'arrêté n° 2014-2327/GNC du 9 septembre 2014 relatif à l'ouverture d'un magasin de commerce de détail sous enseigne « Villa » d'une surface de 600 m².

²⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 00-D-10 précitée.

²⁹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n°13-D-05 précitée, point 145.

³⁰ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 02-D-36 précitée.

³¹ Voir la décision de l'Autorité n° 2022-PAC-04 précitée.

Nouméa³² : le tissu urbain est peu dense et les commerces spécialisés sont souvent regroupés dans des centres urbains d'importance³³.

44. A cet égard, la société Optique La Foa a déclaré que « *la définition de l'Autorité métropolitaine n'est pas adaptée à la Nouvelle-Calédonie et notamment en dehors de Nouméa. En effet, il convient de prendre en compte le fait que le futur magasin se situe dans une zone peu dense où les personnes sont habituées à réaliser des trajets en voiture plus longs qu'en métropole et que dans le Grand Nouméa. En outre, cette définition fondée sur les temps de trajet ne distingue pas les habitudes des Calédoniens : alors que les habitants de la Brousse entreprennent sans difficulté un trajet de plus d'une heure pour consulter un ophtalmologue puis acheter des lunettes, un habitant de Nouméa ne fera jamais un trajet aussi long dans le même objectif* »³⁴.
45. Par ailleurs, certaines limites géographiques contraignent les zones de chalandise. En effet, les habitants de certaines communes se rapprochent plutôt du pôle urbain le plus proche, voire se rendent sur le Grand Nouméa pour leurs courses. Par exemple, selon la partie notifiante, les habitants de Canala et de Kouaoua sont naturellement attachés au bassin de consommation de la commune de La Foa, car c'est le pôle urbain le plus proche et le plus structuré.
46. Elle propose ainsi de diviser le marché géographique en deux zones de chalandise :
- D'une part, une zone primaire de chalandise correspondant aux communes de Kouaoua, Canala, Moindou, Sarramea et La Foa en raison du manque d'offre similaire sur la zone ;
 - D'autre part, une zone secondaire de chalandise plus étendue comprenant les zones de Bourail et du Grand Nouméa, en raison du manque d'offre similaire sur ces zones.
47. Néanmoins, les résultats du test de marché démontrent qu'une partie des acteurs n'est pas en faveur de cette délimitation géographique³⁵. Le centre « Optique La Foa » a par exemple déclaré que « *la définition proposée par la Mutuelle du Nickel prévoit une zone primaire qui exclut sans aucune raison tangible Bourail mais prévoit une zone secondaire extrêmement large et totalement déconnectée de la réalité du marché. La zone secondaire inclut le Grand Nouméa alors même que cette ville comprend de nombreux ophtalmologues et pas moins de 28 opticiens ! Nouméa est trop éloignée de La Foa pour considérer que la ville fait partie de la zone de chalandise du nouveau magasin.* »³⁶.
48. Au cours de la séance devant l'Autorité, le gérant du centre « Optique La Foa » a confirmé son analyse et ajouté qu'il subissait une concurrence asymétrique des magasins d'optique du Grand Nouméa, lesquels captent une partie de sa clientèle alors qu'à l'inverse il n'a jamais eu de clients émanant des communes du Grand Nouméa, à l'exception d'une personne de sa famille.
49. Par ailleurs, plusieurs opérateurs ont proposé d'inclure la commune de Bourail au sein de la zone de chalandise primaire³⁷.
50. L'inclusion de la commune de Bourail dans la zone primaire apparaît d'autant plus logique que le trajet en voiture entre Bourail et La Foa est de 45 minutes seulement alors que la distance entre La Foa et le Grand Nouméa est supérieure à une heure.
51. Dès lors, l'analyse concurrentielle a été menée sur le marché de la vente de produits d'optique-lunetterie dans une zone de chalandise divisée en :

³² Qui comprend les communes de Dumbéa, Mont-Dore, Nouméa et Païta.

³³ Voir la page 16 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 18).

³⁴ Voir la réponse au test de marché du centre « Optique La Foa » (Annexe 16, Cotes 262-279).

³⁵ Voir les réponses au test de marché des concurrents (Annexes 7-21, Cotes 174-328).

³⁶ Voir la réponse au test de marché du centre « Optique La Foa » (Annexe 16, Cotes 262-279).

³⁷ Voir les réponses au test de marché des concurrents (Annexes 7-21, Cotes 174-328).

- Une zone primaire de chalandise constituée des communes de La Foa, Kouaoua, Canala, Moindou, Sarramea et Bourail ; et
- Une zone secondaire de chalandise correspondant à l'ensemble de la province Sud, comprenant les opticiens installés à La Foa, Bourail et le Grand Nouméa.

B. Le marché amont de l'approvisionnement de produits d'optique-lunetterie

1. Le marché de produits

52. Le marché de la fourniture de produits d'optique-lunetterie est un marché pertinent retenu par la pratique décisionnelle métropolitaine³⁸. Cette dernière a également retenu des marchés distincts de la fourniture de (i) montures et (ii) verres ophtalmologiques³⁹.
53. Dans sa décision n°16-D-12, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré que, s'agissant de leur approvisionnement, les opticiens pouvaient s'appuyer sur des centrales d'achat qui leur permettent de bénéficier de la force d'un groupement pour les négociations auprès des fournisseurs, tout en demeurant rattachés, le cas échéant, à leur propre enseigne : *« ils peuvent choisir, auprès de la centrale, les produits des fournisseurs référencés par celle-ci, ainsi que, dans certains cas, des produits propres à la centrale. En effet, certaines centrales proposent aux opticiens leurs propres montures et verres. Les centrales peuvent être indépendantes ou rattachées à une enseigne d'opticiens »*⁴⁰.
54. L'Autorité a également fait le constat d'une structure de marché similaire en Nouvelle-Calédonie⁴¹ : les produits d'optique-lunetterie commercialisés sont fabriqués hors du territoire et importés directement par les distributeurs que sont les opticiens libéraux ou les centres d'optique mutualistes.
55. La partie notifiante précise ainsi qu'il n'existe aucun grossiste en lien avec le secteur de l'optique en Nouvelle-Calédonie. Néanmoins, il est également à noter qu'un laboratoire indépendant a ouvert en novembre 2020 dans le centre-ville de Nouméa, présentant la particularité de fabriquer des verres ophtalmiques sur place puis de les vendre aux opticiens.
56. Les résultats du test de marché confirment cette définition du marché amont de l'approvisionnement⁴².
57. S'agissant de l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes », elle est axée sur la vente d'équipements correcteurs, la Mutuelle du Nickel travaillant avec deux verriers de références mondiales sur le marché que sont Essilor et Zeiss⁴³.
58. Selon la partie notifiante, la majorité des achats de la Mutuelle du Nickel est effectuée lors de déplacements au salon de l'optique à Paris. Plus marginalement, les réassorts se font sur les sites marchands ou lors des passages sur le territoire des représentants salariés ou VRP⁴⁴. L'approvisionnement en produits en contactologie, les sacs et étuis de livraison se font par le biais de la centrale d'achat VISAUDIO.

³⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 13-D-05 précitée.

³⁹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 16-D-12 précitée.

⁴⁰ *Ibid.*, point 6.

⁴¹ Voir la décision de l'Autorité n° 2022-PAC-04 précitée, point 30.

⁴² Voir les réponses au test de marché des concurrents (Annexes 7-21, Cotes 174-328).

⁴³ Voir la page 22 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 24).

⁴⁴ Voir la page 23 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 25).

59. Le futur centre d'optique sera par ailleurs lié à cette centrale d'achat dans le cadre de son approvisionnement. Un contrat de partenariat a en effet été conclu le 24 décembre 2021 entre la société VISAUDIO et la Mutuelle du Nickel⁴⁵.
60. Les fournisseurs des centres d'optique de la Mutuelle du Nickel sont par conséquent tous domiciliés en Europe.
61. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la présente affaire, de définir le marché de façon précise, les conclusions de l'analyse demeurant inchangées.
62. Dès lors, l'analyse concurrentielle a été menée sur le marché amont de l'approvisionnement de produits d'optique-lunetterie.

2. Le marché géographique

63. L'Autorité de la concurrence métropolitaine ne s'est pas prononcée sur la dimension géographique du marché de l'approvisionnement de produits d'optique-lunetterie. Elle a néanmoins exclu une dimension infranationale de ce marché, « *les principaux fournisseurs étant actifs sur l'ensemble du territoire et les conditions de concurrence étant homogènes sur l'ensemble du territoire* »⁴⁶.
64. Pour l'Autorité métropolitaine, certains éléments indiquent une dimension nationale plutôt que supranationale, « *tels que le manque d'homogénéité des parts de marché des fournisseurs d'un pays à l'autre et la faible part des importations. En outre, les fabricants implantés à l'étranger peuvent se heurter à certaines entraves s'ils souhaitent développer leurs ventes dans des conditions concurrentielles en France. En effet, les verres ophtalmiques sont considérés en France comme des dispositifs médicaux et sont soumis à des normes strictes ; la nécessité de disposer d'une entité juridique sur le territoire national pour pouvoir commercialiser de tels produits peut constituer une barrière à l'entrée pour les acteurs situés à l'étranger ; le délai entre la commande et la réception des verres par l'opticien doit en outre être minime, ce qui exige la mise en place d'un réseau de distribution solide et structuré sur le territoire ; et les opticiens implantés en France continuent de faire appel, de manière privilégiée, à des opérateurs implantés sur ce même territoire pour des raisons liées aux impératifs de livraison et de suivi-qualité* »⁴⁷.
65. Néanmoins, en l'espèce, la dimension géographique du marché de l'approvisionnement de produits d'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie doit tenir compte des délais d'approvisionnement et de la localisation des fournisseurs.
66. La partie notifiante indique en effet que la totalité de ses approvisionnements proviendrait de Métropole et des marchés européens en général.
67. En conséquence, l'analyse concurrentielle a été menée sur un marché géographique de l'approvisionnement en produits d'optique-lunetterie de dimension mondiale.

III. Analyse concurrentielle

68. Conformément aux critères mentionnés au premier alinéa de l'article Lp. 432-4 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* »

⁴⁵ Voir l'annexe 10 du dossier de notification, contrat de partenariat avec la société VISAUDIO (Annexe 02, Cotes 78-101).

⁴⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-05 précitée, points 137-138.

⁴⁷ *Ibid.*, points 139-140.

ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. »

69. En l'espèce, l'analyse concurrentielle doit permettre d'apprécier les risques d'atteinte à la concurrence sur les marchés aval de la distribution au détail (A), afin de vérifier si l'opération crée ou renforce une position dominante, et les marchés de l'approvisionnement (B), afin de déterminer si l'opération crée ou renforce une puissance d'achat qui placerait les fournisseurs en situation de dépendance économique vis-à-vis des distributeurs⁴⁸.
70. L'étude des effets horizontaux consiste à apprécier dans quelle mesure cette opération pourrait conduire à une hausse des prix (ou à une diminution des quantités) sur les marchés de la distribution au détail et *in fine* entraîner une perte de bien-être pour le consommateur.
71. Lorsque l'addition des parts de marché de la partie notificante sur les marchés concernés aboutit à des parts de marché inférieures à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.
72. En revanche, des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important, étant précisé qu'une telle présomption peut toutefois être réfutée au motif que la part de marché n'est que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante⁴⁹.
73. Tous les facteurs susceptibles d'apprécier le pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte dans l'analyse de l'opération : le degré de concentration du marché ; le niveau de différenciation des produits des parties ; la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ; la probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ; la puissance d'achat des clients.
74. Ces effets s'apprécient, dans une première étape de l'analyse, indépendamment des gains d'efficacité que l'opération est, parallèlement, susceptible de générer.

A. Sur le marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie

75. Pour rappel, compte tenu des spécificités du marché de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie en brousse (hors zone Grand Nouméa) et des résultats du test de marché mentionnés *supra*, l'analyse concurrentielle a porté sur deux niveaux de zones de chalandise :
- Une zone primaire de chalandise constituée des communes de La Foa, Kouaoua, Canala, Moindou, Sarramea et Bourail ; et
 - Une zone secondaire de chalandise correspondant à l'ensemble de la province Sud, comprenant les opticiens installés à La Foa, Bourail et le Grand Nouméa.
76. **Dans la zone de chalandise primaire** constituée des communes de La Foa, Kouaoua, Canala, Moindou, Sarramea et Bourail, la concurrence s'exercera entre les centres optiques recensés dans le tableau ci-dessous dont les parts de marché exprimées au regard de leurs surfaces commerciales sont ainsi réparties :

⁴⁸ Voir la décision de l'Autorité n° 2021-DEC-04 du 20 avril 2021 relative à une extension de 175 m² de la surface de vente du magasin sous l'enseigne « As de Trèfle » situé au Quartier Latin à Nouméa.

⁴⁹ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-DCC-05 du 9 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SAS Socalfi par la SA Crédical.

Magasins	Avant	PDM (m ²)	Après	PDM (m ²)
Les Opticiens Mutualistes La Foa	0	0%	44	44%
Krys Optique Bourail	40	70%	40	40%
Optique La Foa	17	30%	17	17%
Total	57	100%	101	100%

Source : Traitement de données ACNC

77. A l'issue de l'opération, sur le marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie, la part de marché de la partie notifiante, en surface commerciale, serait de l'ordre de 44 % sur la zone de chalandise concernée. La Mutuelle du Nickel se positionnerait en tant que leader sur cette zone et serait concurrencée uniquement par deux opticiens libéraux : le centre « Krys Optique Bourail » avec 40 % de parts de marché, et le centre « Optique La Foa » avec 17 %.
78. Il convient de relever à ce stade que l'ouverture du centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa » permet l'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie sur la zone de chalandise primaire de nature à diversifier l'offre de produits offerts aux consommateurs et à animer le jeu de la concurrence par les prix vis-à-vis des deux autres distributeurs dans cette zone.
79. En séance devant l'Autorité, le Commissaire du gouvernement a confirmé que l'opération permettrait de diversifier l'offre au bénéfice du consommateur et était susceptible de contribuer à la préservation de son pouvoir d'achat. Il a également souligné que l'ouverture d'un centre optique mutualiste à la Foa correspondait aux orientations stratégiques du plan santé calédonien Do Kamo pour améliorer l'accès aux soins, les débats en séance ayant permis d'établir que l'ouverture du centre de santé de la Mutuelle du Nickel avait facilité le maintien de l'activité de l'ophtalmologue à La Foa. Le Commissaire du gouvernement a donc fait part de son avis favorable sur l'opération envisagée par la Mutuelle du Nickel sous réserve des engagements présentés.
80. Par ailleurs, la partie notifiante souligne que, selon le site internet du futur centre commercial « Nily Village » à la Foa, son concurrent le magasin « Optique La Foa » devrait intégrer le futur centre⁵⁰ et y occuper une surface de 65 m²⁵¹, ce qui devrait réduire à terme la part de marché de la Mutuelle du Nickel.
81. Lorsqu'il a été interrogé sur ce point, si l'exploitant du centre « Optique La Foa » a confirmé son projet de déménagement dans un local de 70 m² sur lequel il s'était engagé en août 2021. Cependant, il a souligné que « *Depuis que j'ai connaissance du dépôt du permis de construire par la MDN (en novembre 2021), j'ai décidé de mettre ce projet en suspens. En effet, la baisse de mon chiffre d'affaires ainsi que ce projet d'ouverture de la MDN ne me permettent pas d'envisager aujourd'hui un tel projet. La question qui me préoccupe actuellement est celle de la fermeture ou non de mon magasin et pas l'ouverture d'un plus grand magasin. [...] Dans l'hypothèse où le projet de la MDN serait autorisé, je chercherais à sortir du contrat signé le 12 août 2021* »⁵².

⁵⁰ Voir <https://nilyvillagelafoa.nc/les-boutiques>.

⁵¹ Voir la page 17 du dossier de notification (Annexe 02, Cote 19).

⁵² Voir le courriel Optique La Foa du 4 novembre 2022 (Annexe 23, Cotes 332-335).

82. Entendu comme témoin en séance, l'exploitant du centre « Optique La Foa » a précisé que la baisse de son chiffre d'affaires était intervenue dès 2020⁵³, soit avant l'ouverture du centre optique mutualiste à La Foa en 2020. Avec la crise de la covid-19, la situation s'est dégradée et il n'a pas retrouvé son niveau de rentabilité antérieur. C'est donc essentiellement cette situation qui remettrait en cause son déménagement dans le local du nouveau centre commercial de La Foa. L'arrivée d'un nouveau concurrent comme « Les opticiens mutualiste » renforce ses craintes même si le déménagement envisagé lui permettrait pourtant de bénéficier de la proximité avec le cabinet de l'ophtalmologue et d'une surface supérieure à celle du futur opticien mutualiste.
83. L'Autorité constate néanmoins que s'il est opposé à l'opération, le magasin « Optique La Foa », actuellement en position dominante sur la commune de La Foa, il n'exclut pas non plus de poursuivre son activité dans l'hypothèse où les engagements proposés par la Mutuelle du nickel le 16 novembre 2022 seraient largement renforcés. En outre, il convient de rappeler que le rôle de l'Autorité, dans le cadre de l'analyse d'une opération d'ouverture d'un commerce de détail, est de veiller au maintien de la libre-concurrence et non de garantir la protection des concurrents.
84. S'agissant de l'analyse concurrentielle, il ressort du test de marché et des projections réalisées lors l'instruction qu'une analyse du marché de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie basée uniquement sur les surfaces commerciales des acteurs concernés est insuffisante pour appréhender de manière adéquate les effets potentiellement anticoncurrentiels de l'opération sur la structure du marché. En effet, d'autres facteurs ayant pour effet de renforcer la puissance de marché de la Mutuelle du Nickel doivent être pris en compte.
85. **En premier lieu**, comme vu *supra*, et comme il a été constaté par l'Autorité dans sa décision n° 22-PAC-04 du 30 juin 2022, « *en dépit des demandes répétées formulées par les opticiens [libéraux], la Mutuelle du Nickel a toujours refusé de signer avec eux des conventions de tiers-payant* » et que par conséquent, « *un adhérent de la Mutuelle du Nickel ne peut avoir le tiers payant que s'il passe par un des trois centres d'optique mutualiste* ».
86. Ainsi, il serait possible que les opticiens libéraux se retrouvent défavorisés par rapport aux centres « Les Opticiens Mutualistes » dans la mesure où les clients adhérents de la Mutuelle du Nickel se verraient dans l'obligation de faire l'avance auprès des opticiens libéraux des sommes remboursables par leur mutuelle (qui peuvent s'avérer élevées⁵⁴), alors qu'ils en seraient dispensés lorsqu'ils effectuent leurs achats dans un centre « Les Opticiens Mutualistes », ce qui a été mis en exergue par le test de marché⁵⁵.
87. La Mutuelle du Nickel a néanmoins présenté un engagement pour lever ce risque (*cf infra*) et a précisé, au cours de la séance devant l'Autorité, que pour tenir compte des enseignements de la décision n° 2022-PAC-04 du 30 juin 2022, elle avait décidé de changer sa pratique en autorisant tous les opticiens libéraux, qui lui en feraient la demande, à signer une convention de tiers-payant, laquelle pourrait prendre effet à partir du 1^{er} janvier 2023. A la date de la séance, quatre opticiens libéraux avaient déjà signé une telle convention de tiers-payant avec la Mutuelle du Nickel. Elle a souligné que les opticiens de La Foa et de Bourail ne lui avaient pas encore adressé une telle demande.

⁵³ Rectifiée par décision de l'ACNC n° 2023-REM-01 du 23/01/2023 dont copie est annexée à la présente décision.

⁵⁴ Voir les pages 14 et 15 du dossier de notification qui présentent une simulation d'une prise en charge s'élevant à 19 726 de F.CFP pour une paire de lunettes correctrices (monture + verres). (Annexe 02, Cotes 14 et 15).

⁵⁵ Voir les réponses au test de marché des centres « May Lunettes » (Annexe 12, Cotes 222-231), Optic Discount (Annexe 14, Cotes 242-251), et Optique La Foa (Annexe 16, Cotes 262-279).

88. **En second lieu**, les répondants au test de marché ont unanimement estimé que la proximité physique d'un ophtalmologue⁵⁶ d'un centre optique avait une incidence sur le volume de clientèle sur ce dernier. Par exemple, l'exploitant de l'enseigne Optic Clin d'œil a déclaré « *il est clair que la proximité de l'ophtalmologiste joue un rôle très important à la consommation. Plus pratique pour les clients de tout faire au même endroit.*⁵⁷ ». L'exploitant des enseignes « Optic Discount » et « Optic Belle Vie » a également confirmé cette hypothèse : « *Etant situé proche du Dr ACHOUR et du Dr PISON, nous avons des clients qui nous font la remarque que nous sommes bien placés en étant pas loin des ophtalmos et qu'ils sont passés devant par hasard.* »⁵⁸.
89. S'agissant de la proximité des centres d'ophtalmologie exploités par la Mutuelle du Nickel et des centres « Les Opticiens Mutualistes » plus précisément, l'exploitant du centre « Krys Optique Bourail » a précisé qu' « *il est évident que la présence d'un ophtalmo dans le magasin d'optique entraîne une captation de la clientèle, ce qui m'a contraint par expérience à la fermeture du magasin de Koné* »⁵⁹.
90. A cet égard, lors de l'affaire relative à la décision de l'Autorité n° 22-PAC-04 du 30 juin 2022, le syndicat des opticiens dans sa saisine s'était plaint notamment de pratiques visant à favoriser les centres d'optique mutualistes installés à proximité des centres d'ophtalmologie de la Mutuelle du Nickel.
91. S'agissant de l'implantation du centre optique « Les Opticiens Mutualistes » à Koné en particulier, il a été déclaré « *Pour ce qui est de l'organisation du centre, les quatre mutuelles sont présentes, il y a un ophtalmologue et le centre optique de la Mutuelle du Nickel, cela facilite les choses aux assurés qui peuvent consulter et aller se servir au magasin, comme à Dumbéa. [...] Je ne suis pas étonnée que le magasin Krys ferme car la concurrence du centre « les opticiens mutualiste » avec la configuration de la maison de la mutualité fait que c'est une concurrence trop difficile* »⁶⁰.
92. Ainsi, l'Autorité, sans pour autant se prononcer sur cette pratique, avait envisagé « *qu'il n'(était) pas exclu que la proximité physique des centres d'ophtalmologie et des centres « opticiens mutualistes » de la Mutuelle du Nickel [...] puisse avoir pour objet ou pour effet de renforcer l'éventuelle position dominante des « opticiens mutualistes » grâce à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale par les mérites, dès lors que cette configuration de marché n'est pas ouverte aux ophtalmologues et opticiens libéraux.* »
93. En tout état de cause, il ressort de l'instruction que les deux centres optiques « Les Opticiens Mutualistes » situés à Nouméa et Dumbéa semblent bénéficier effectivement d'avantages concurrentiels dans la mesure où ils réalisent, en moyenne, 2,4 fois plus de chiffre d'affaires au mètre carré que la moyenne des opticiens libéraux implantés dans le Grand Nouméa et qu'ils détiennent actuellement environ 30 % de part de marché en valeur contre seulement 15 % de parts de marché en surface commerciale⁶¹.
94. Ainsi, une analyse des parts de marché en valeur des centres optiques situés sur la zone de chalandise primaire a été effectuée également en tenant compte des éléments précités qui

⁵⁶ A noter que seulement sept médecins libéraux spécialistes en ophtalmologie ont été recensés sur le territoire en novembre 2022. Voir la liste des médecins libéraux spécialistes en ophtalmologie fournie par la CAFAT (Annexe 26, Cotes 340-341).

⁵⁷ Voir la réponse au test de marché de la société Optic Clin d'œil (Annexe 13, Cotes 232-241).

⁵⁸ Voir la réponse au test de marché des sociétés Optic Discount et Optic Belle Vie (Annexe 14, Cotes 242-251).

⁵⁹ Voir la réponse au test de marché de la société Krys Optique Bourail (Annexe 10, Cotes 206-215).

⁶⁰ Voir la décision de l'Autorité n° 22-PAC-04, point 115.

⁶¹ Etant précisé qu'il s'agit d'estimations maximales dans la mesure où les réponses au test de marché ne sont pas exhaustives.

auraient une incidence sur le chiffre d'affaires des concurrents, ainsi que le chiffre d'affaires prévisionnel du centre optique « Les Opticiens Mutualistes La Foa », fourni par la partie notifiante.

95. Il en résulte qu'à l'issue de l'opération, la Mutuelle du Nickel serait susceptible de détenir une part de marché pouvant s'élever à 72 %, les centres optiques « Krys Optique Bourail » et « Optique La Foa » détenant une part de marché de 15 % et 12 % respectivement.
96. Compte tenu de ce qui précède, l'opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence par la création d'une position dominante qui, notamment, serait susceptible d'entraîner la disparition de concurrents actuels et la placer en situation de quasi-monopole sur la zone de chalandise concernée.
97. Pour lever ces préoccupations de concurrence, la partie notifiante a proposé des engagements (voir *infra*).
98. **Dans la zone de chalandise secondaire** correspondant à l'ensemble de la province Sud, au vu des données transmises au cours de l'instruction, la part de marché de la partie notifiante serait de 16 % en surface commerciale et estimée être inférieure à 35 % en valeur sur le marché de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie.
99. L'Autorité constate en outre que la concurrence dans la zone de chalandise secondaire s'exerce de façon asymétrique, la clientèle de La Foa étant susceptible de se rendre dans les magasins d'optique du Grand Nouméa alors qu'à l'inverse la clientèle du Grand Nouméa n'est pas portée à se rendre dans les magasins d'optique de La Foa ou de Bourail.
100. Néanmoins, il est possible que l'ouverture d'un nouveau centre optique mutualiste à La Foa puisse affecter l'activité des autres centres optiques mutualistes de Nouméa et Dumbéa. Il ressort en effet de l'instruction et des débats en séance que les adhérents de la Mutuelle du Nickel installés dans la zone primaire témoignent leur attachement à leur mutuelle en se rendant majoritairement dans les centres optiques mutualistes du Grand Nouméa actuellement. A titre illustratif, les adhérents de la Mutuelle du Nickel représentent moins de [0-5] % de la clientèle du centre « Optique La Foa ». L'Autorité en déduit que le nouveau centre optique mutualiste de La Foa pourrait donc bénéficier d'un report de clientèle des deux autres centres optiques mutualistes existants.
101. En tout état de cause, l'Autorité en déduit que l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché aval de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie sur la zone de chalandise secondaire.

B. Sur le marché amont de l'approvisionnement en produits d'optique-lunetterie

102. Au cas d'espèce, la partie notifiante n'est présente sur le marché amont de l'approvisionnement en produits d'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie qu'en tant qu'acheteur, au travers de ses centres d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes ».
103. La partie notifiante indique, comme vu *supra*, que l'essentiel de ses achats serait effectué lors de déplacements en Métropole et que ses fournisseurs sont tous domiciliés en Europe.
104. Il apparaît ainsi que les approvisionnements de la Mutuelle du Nickel pour les centres d'optique « Les Opticiens Mutualistes » en Nouvelle-Calédonie s'inscrivent dans le cadre d'un marché mondial sur lequel elle ne représente qu'une part infime parmi la multitude d'acteurs présents sur ce marché.

105. Compte tenu de ces éléments, l'opération n'est pas de nature à créer ou renforcer une puissance d'achat. Elle n'est pas davantage de nature à restreindre l'accès à l'approvisionnement de ces produits aux opérateurs concurrents des enseignes « Les Opticiens Mutualistes ».
106. Dès lors, l'opération est insusceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement.

IV. Les engagements proposés

107. Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés *supra*, la partie notifiante a déposé une proposition d'engagements le 16 novembre 2022, modifiée en dernier lieu le 2 décembre 2022, en vue d'obtenir une décision d'autorisation fondée sur l'article Lp. 432-3 du code de commerce.

1. Les principes d'appréciation des engagements

108. Les engagements de la partie notifiante destinés 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 jurisprudence afin d'être jugés aptes à assurer une concurrence suffisante, conformément aux dispositions du II de l'article Lp. 432-3 du code de commerce.
109. Ainsi, conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité, ces engagements doivent être efficaces en permettant pleinement de remédier aux atteintes identifiées à la concurrence⁶².
110. A 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.
111. 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.
112. 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.
113. 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.
114. 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.
115. 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.

⁶² Voir les décisions de l'Autorité n° 2019-DCC-06 du 25 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif négatif de la société Katiramona Explosif SAS par la société Titanobel SAS et n° 2020-DCC-05 précitée.

⁶³ *Ibid.*

2. Les engagements proposés par la Mutuelle du Nickel et leur appréciation

116. Comme vu *supra*, le service d’instruction a identifié de potentiels effets horizontaux à l’issue de l’opération sur les marchés de la distribution au détail de produits d’optique-lunetterie sur la zone de chalandise primaire, du fait de la part de marché importante de la partie notifiante sur ce marché, des facteurs existants contribuant au renforcement de cette part de marché et du faible nombre d’opérateurs pouvant la concurrencer.
117. En conséquence, la Mutuelle du Nickel a proposé une liste initiale de six engagements destinés à lever ces risques et les inquiétudes de certains de ses concurrents⁶⁴.
118. Afin de faciliter la contrôlabilité des six engagements proposés, la partie notifiante s’engage à produire à l’Autorité, une fois par an à la date d’anniversaire de l’adoption de la décision d’autorisation, un compte rendu annuel décrivant le respect des engagements et l’absence de modification des circonstances de fait.
119. En complément, la partie notifiante transmettra à l’Autorité une attestation sur l’honneur du respect des engagements et de l’absence de modification des circonstances de fait, et une copie sera adressée à l’opticien déjà sur place.
120. Par ailleurs, la partie notifiante s’engage à se tenir à l’entière disposition de l’Autorité pour rencontrer ses services afin de rendre compte du respect des engagements et lui communiquer, sur simple demande de celle-ci, tout document ou information qu’elle jugerait utile.
121. L’Autorité pourra, à son initiative ou à la demande de la Mutuelle du Nickel, procéder à la révision ou la cessation de tout ou partie des engagements, en particulier s’il intervient une modification significative des circonstances de droit ou de fait relatives à l’évaluation préliminaire de l’Autorité dans la présente affaire.
122. Cette proposition initiale a été transmise ensuite aux opticiens libéraux concurrents afin qu’ils puissent formuler leurs observations⁶⁵.
123. A la suite de ces observations, la partie notifiante a complété le 2 décembre 2022 sa proposition d’engagements tout en portant leur durée de 3 à 5 ans⁶⁶.

a. Sur la réduction de surface de vente du futur centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa »

i. La proposition d’engagement

124. La partie notifiante s’engage (dans l’engagement n°4) à réduire sa surface de vente de 44 m² à 36 m² pendant la durée des engagements.

ii. L’appréciation des engagements proposés

125. L’engagement n° 4 vise à réduire la part de marché en surface commerciale de la partie notifiante à l’issue de l’opération, qui aurait été à hauteur de 44 % et qui se trouve réduite à 39 %. La Mutuelle du Nickel se positionnerait ainsi derrière le centre « Krys Optique Bourail » qui resterait leader sur le marché avec 43 % de parts de marché, et devant le centre « Optique La Foa » avec 18 % de parts de marché.
126. Cet engagement, de nature structurelle, est clair, précis et ne soulève pas de doute quant à sa mise en œuvre et à sa contrôlabilité.

⁶⁴ Voir la proposition d’engagements du 17 novembre 2022 (Annexe 28, Cotes 347-352).

⁶⁵ Voir les réponses au test des engagements (Annexes 29-34 ; Cotes 353-378).

⁶⁶ Voir la proposition d’engagements du 2 décembre 2022 (Annexe 36, Cotes 379-385).

127. Il a été cependant critiqué par l'un des principaux concurrents qui estime que la surface de vente du futur centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa » ne devrait pas être supérieure « à la surface de vente moyenne des autres magasins présents dans la zone de chalandise »⁶⁷.
128. Néanmoins, dans la mesure où la Mutuelle du Nickel est un nouvel entrant sur la zone de chalandise primaire et qu'à la suite de l'engagement n° 4, elle ne serait plus leader sur le marché, l'Autorité estime qu'une réduction de surface supplémentaire serait disproportionnée au risque identifié et qu'au surplus se traduirait en une diminution dans l'offre et la qualité des produits commercialisés, au détriment du consommateur.

**b. Sur la proximité entre le cabinet de l'ophtalmologue et le futur centre
« Les Opticiens Mutualistes La Foa »**

i. La proposition des engagements

129. La partie notifiante s'engage (dans l'engagement n° 1) à afficher sur la porte d'entrée et de sortie de l'ophtalmologue exerçant à La Foa une affiche au format A3 comportant le message suivant : « *Chaque patient est libre du choix de son opticien. Le tiers payant vous permettant de ne pas faire l'avance des frais est applicable dans tous les centres optiques ayant signé une convention de tiers payant avec la Mutuelle du Nickel ou avec d'autres mutuelles* ».
130. La partie notifiante s'engage également (dans l'engagement n° 2) à remettre aux patients de l'ophtalmologue de La Foa la liste des opticiens de la zone de chalandise avec logos, coordonnées et horaire d'ouverture si souhaité par les opticiens.
131. Enfin, la partie notifiante s'engage (dans l'engagement n° 3) à ne pas ouvrir au public son centre optique, un jour par semaine simultanément à un jour d'ouverture de l'ophtalmologue de La Foa, laissant le magasin d'optique déjà sur place ouvrir à sa convenance⁶⁸.
132. Par ailleurs, si l'ophtalmologue arrêterait son activité temporairement sur la zone de La Foa pendant une durée supérieure à 1 mois, dès connaissance par la Mutuelle du Nickel de cette information, cette dernière s'engage à informer le magasin d'optique déjà sur place dans les meilleurs délais. Dans cette hypothèse, les magasins d'optique pourront librement choisir les jours d'ouverture des magasins pendant la durée de cette absence et ainsi déroger à l'application du présent engagement.
133. En cas de reprise d'activité de l'ophtalmologue, et à compter de la connaissance de cette reprise par la Mutuelle du Nickel, cette dernière s'engage à informer le magasin d'optique déjà sur place dans les meilleurs délais afin de permettre une reprise des jours d'ouverture conformément au présent engagement.

ii. L'appréciation des engagements proposés

134. Les engagements n° 1, n° 2 et n° 3 visent à neutraliser l'avantage concurrentiel qui serait susceptible de découler de la proximité physique entre le cabinet de l'ophtalmologue et le futur centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa », c'est-à-dire la captation de la clientèle de l'ophtalmologue vers « Les Opticiens Mutualistes La Foa ».
135. Ainsi, à la suite de ces engagements, les patients de l'ophtalmologue exerçant à La Foa seront formellement avertis de leur liberté de choix en termes de centre optique et cela malgré la proximité du futur centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa ».

⁶⁷ Voir la page 5 de la réponse au test des engagements du centre « Optique La Foa » (Annexe 33, Cote 369).

⁶⁸ Actuellement, l'ophtalmologue présent sur le centre de La Foa travaille deux jours par semaine : le lundi et le mercredi. Voir le contrat de prestation de service du médecin ophtalmologue (Annexe 37, Cotes 386-390).

136. De surcroît, en se privant d'un jour d'ouverture coïncidant aux jours de consultation de l'ophtalmologue, la Mutuelle du Nickel donne un accès privilégié à ses concurrents sur la zone de chalandise primaire à la clientèle souhaitant déposer leurs ordonnances à la suite de leur consultation.
137. Les engagements n° 1 et n° 2 ont été accueillis favorablement par la majorité des opticiens concurrents ayant répondu au test des engagements ; le commentaire le plus récurrent étant que ceux-ci devraient s'appliquer également aux centres « Les Opticiens Mutualistes » situés à Nouméa et Dumbéa⁶⁹.
138. Néanmoins dans la mesure les engagements proposés doivent remédier aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'opération en cause, les appliquer à des sites extérieurs à l'opération serait disproportionné aux risques identifiés.
139. Le principal concurrent a considéré en revanche que ces engagements n'étaient pas suffisamment précis, notamment quant à la taille et la police utilisée et le format support concernant l'engagement n° 1, et le contenu de la liste concernant l'engagement n° 2.
140. S'agissant de l'engagement n° 3, il a souligné que « *Le secrétariat médical [de l'ophtalmologue] pourrait parfaitement, lors de la prise de rendez-vous, demander le motif de consultation au patient et proposer uniquement des dates de rendez-vous le jour de fermeture du magasin d'optique aux patients consultant pour une pathologie telle que celles listées ci-dessus. Ainsi, le jour de fermeture du magasin d'optique, [l'ophtalmologue] consulterait uniquement, ou en très large majorité, des patients atteints de pathologie ne nécessitant pas de prescription*⁷⁰. »
141. Au cours de la séance, il a également souligné un risque d'éviction assimilable à une pratique de prédation en raison du fait que l'ophtalmologue de La Foa, devenu salarié de la Mutuelle du Nickel, se serait vu accorder, pour la première fois, trois mois de vacances en 2023 par la Mutuelle du Nickel, ce qui serait de nature à entraîner une chute drastique de son chiffre d'affaires et potentiellement à le conduire à la fermeture. En effet, la présence d'un ophtalmologue à La Foa est, selon lui, une condition essentielle au maintien de magasins d'optique libéraux dans la zone primaire.
142. Plus généralement le concurrent principal remet en cause la contrôlabilité des engagements proposés par la partie notifiante et estime qu'ils devraient être soumis au contrôle d'un mandataire⁷¹.
143. A la suite de ces observations, l'engagement n° 1 a été modifié en précisant que les caractères des l'affiche seront de taille 24 ou plus, que l'affiche sera fixée dans un cadre transparent ou plastifiée et qu'elle figurera aux portes d'entrée, de sortie et également dans la salle d'attente du cabinet de l'ophtalmologue⁷².
144. De la même manière, l'engagement n° 2 a été complété en précisant non seulement la liste des opticiens présents dans la zone primaire mais rappelant également que les patients sont libres de leur choix d'opticien, y compris ceux situés dans le grand Nouméa. En tout état de cause, la partie notifiante s'engage également à transmettre la liste pour approbation à l'Autorité avant sa diffusion.
145. En ce qui concerne l'engagement n° 3, la Mutuelle du Nickel rappelle que l'ophtalmologue exerçant à La Foa est un prestataire de service et non pas un salarié de la partie notifiante⁷³. En

⁶⁹ Voir les réponses au test des engagements (Annexes 29-34 ; Cotes 353-378).

⁷⁰ Voir les pages 2-5 de la réponse au test des engagements du centre « Optique La Foa » (Annexe 33, Cotes 366-369).

⁷¹ Voir les pages 9-10 de la réponse au test des engagements du centre « Optique La Foa » (Annexe 33, Cotes 373-374).

⁷² Voir la proposition d'engagements du 2 décembre 2022 (Annexe 36, Cotes 379-385).

⁷³ Voir le contrat de prestation de service du médecin ophtalmologue (Annexe 37, Cotes 386-390).

conséquence, il pose ses congés sans autorisation de la Mutuelle du Nickel, laquelle n'entretient aucun lien de subordination à son égard.

146. De façon générale, la Mutuelle du Nickel estime que l'avantage potentiel qu'elle retire de la proximité de son futur centre optique mutualiste avec l'ophtalmologue de La Foa doit être relativisé par le fait que son prestataire est en âge de faire valoir ses droits à la retraite, ce qu'il avait d'ailleurs fait avant que la Mutuelle du Nickel ne lui propose la collaboration actuelle, et par le fait qu'elle éprouve de grandes difficultés à recruter ou remplacer les ophtalmologues avec lesquels elle travaille. Elle considère donc que cet avantage de proximité n'est pas pérenne et ajoute qu'en tout état de cause, le déménagement de l'opticien libéral dans le local du futur centre commercial de La Foa, à proximité du centre d'optique mutualiste, sera de nature à le réduire encore.
147. Par ailleurs, dans la mesure où l'ophtalmologue de La Foa, ainsi que le personnel du cabinet, sont légalement tenus au secret professionnel⁷⁴ et aux contraintes posées par le règlement général sur la protection des données, ils ne peuvent échanger aucune information sur les patients avec les opticiens. En conséquence, la Mutuelle du Nickel ne peut pas prendre d'engagements pour s'assurer que les dates de rendez-vous proposées aux patients ne tiennent pas compte du motif de consultation (avec ou sans prescription de matériel d'optique) afin de parer au risque que les patients atteints de problèmes de vue soient programmés pour une consultation uniquement le jour d'ouverture du magasin d'optique mutualiste.
148. En tout état de cause, la Mutuelle du Nickel précise que, compte tenu des délais d'attente pour l'obtention d'un rendez-vous, le seul critère renseigné par le secrétariat du centre ophtalmologique est celui de l'urgence. Ainsi, l'Autorité estime qu'un renforcement de l'engagement n°3 n'est pas justifié ni nécessaire.
149. S'agissant de la contrôlabilité de ces engagements, de la mesure où ceux-ci seront de notoriété publique, en particulier auprès des concurrents et de la clientèle, il ne fait aucun doute qu'un manquement aux engagements serait rapidement porté à la connaissance de l'Autorité. Le renforcement significatif des engagements initiaux apparaît ainsi suffisant pour éviter le risque de contournement.
150. L'Autorité estime enfin qu'il s'agit d'engagements simples dont le contrôle peut être assuré par l'Autorité et qui ne nécessitent pas l'intervention d'un mandataire.
151. Par conséquent, ces engagements sont clairs, précis et ne soulèvent pas de doutes quant à leur mise en œuvre et à leur contrôlabilité.

c. Sur l'égalité de traitement de la prise en charge des patients adhérents de la Mutuelle du Nickel grâce au conventionnement

i. La proposition des engagements

152. La partie notifiante s'engage (dans l'engagement n° 5) à proposer à chaque opticien libéral la possibilité de signer une convention de tiers payant.
153. La mise en place de cet engagement est d'ores et déjà en cours et prendra effet lors du premier trimestre 2023.
154. La partie notifiante s'engage également (dans l'engagement n° 6) à la communication de l'information relative au tiers payant. Elle propose que cette communication ait lieu par voie d'affichage, par un post sur sa page Facebook, dans le bulletin « Mutuelle-Info » et par courrier papier ou électronique auprès de ses adhérents.

⁷⁴ Voir les articles R. 4124-4 et R. 4124-5 du code de déontologie médicale (Annexe 38, Cote 391-413).

ii. L'appréciation des engagements proposés

155. L'engagement n° 5 vise à lever l'effet discriminatoire créé par l'absence de convention de tiers-payant entre la Mutuelle du Nickel et les opticiens libéraux.
156. Ainsi, la Mutuelle du Nickel signera une convention de tiers payant avec chaque opticien libéral qui en effectue la demande, qu'il soit adhérent ou non du syndicat des opticiens, ce qui permettra à l'opticien libéral de dispenser à ses clients adhérents de la Mutuelle du Nickel de faire l'avance des sommes remboursables par la mutuelle.
157. L'Autorité constate que cet engagement est d'ores et déjà opérationnel puisque la Mutuelle du Nickel a signalé en séance qu'elle avait signé une telle convention, avec prise d'effet au 1^{er} janvier 2023, avec quatre opticiens libéraux, dont un ne faisant pas partie du Syndicat des Opticiens Libéraux. Cette possibilité est donc déjà ouverte pour l'opticien libéral de La Foa qui pourrait signer une convention de tiers payant avec la Mutuelle du Nickel avant la fin de l'année pour une prise d'effet au 1^{er} janvier 2023.
158. A cet égard, il a été relevé en séance que la décision d'ouvrir le conventionnement de tiers-payant aux opticiens libéraux, à la suite de la décision n° 2022-PAC du 30 juin 2022, constituait une amélioration substantielle du fonctionnement concurrentiel du marché car elle permet à tous les opticiens libéraux ayant conventionné de faire progresser leurs parts de marché auprès de la clientèle adhérente de la Mutuelle du Nickel.
159. L'engagement n° 5, qui retire un avantage concurrentiel uniquement conféré aux centres « Les Opticiens Mutualistes » auparavant, est clair, précis et ne soulève pas de doutes quant à sa mise en œuvre et à sa contrôlabilité.
160. L'engagement n° 6 vise par ailleurs à renforcer la portée de l'engagement n° 5.
161. Par ailleurs, les engagements n° 5 et n° 6 ont été favorablement accueillis par la majorité des concurrents lors du test des engagements⁷⁵.

d. Sur les engagements complémentaires proposés à la suite des observations des concurrents

i. Les engagements proposés à la suite des observations des concurrents

162. A la suite des observations des concurrents, la partie notifiante a proposé un engagement de « neutralité » (dans l'engagement n° 7) qui s'exprime comme suit :
- « La Mutuelle du Nickel s'engage à ne pas favoriser son magasin d'optique de manière directe ou indirecte au sein de son centre de santé. Cela implique notamment, et de manière non exhaustive, de :*
- S'abstenir de toute publicité relative au magasin d'optique dans l'enceinte du centre de santé de La Foa hormis de ce qui relève de l'information par périodique ;*
 - Prévoir deux numéros de téléphone différents pour le centre de santé et le magasin d'optique ;*
 - S'abstenir d'encourager, d'une manière ou d'une autre, les patients du centre de santé à se rendre dans le magasin d'optique ».*
163. Cet engagement n° 7 de « neutralité » permet de s'assurer que la partie notifiante ne sera pas incitée à s'appuyer, par un effet de levier, sur la présence de son centre d'ophtalmologie et promouvoir son magasin d'optique, ce qui pourrait résulter en un effet d'éviction pour les concurrents sur la zone primaire de chalandise.

⁷⁵ Voir les réponses au test des engagements (Annexes 29-34 ; Cotes 353-378).

ii. Les autres propositions des concurrents non retenues

164. A la suite du test des engagements, les concurrents du futur centre « Les Opticiens Mutualistes La Foa », et principalement le centre « Optique La Foa », ont suggéré un certain nombre d'engagements supplémentaires dont notamment :
- La mise en place d'un engagement de de séparation type « muraille de chine », qui comprendrait une séparation des structures juridiques, des services supports comptables et financiers, ainsi qu'une campagne de sensibilisation des employés de la Mutuelle du Nickel, de sorte que le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa ne dispose d'aucune information concernant les patients reçus par l'ophtalmologue ;
 - Tout changement relatif aux jours d'ouverture du cabinet d'ophtalmologie devrait conduire à une information des opticiens concurrents un mois avant le changement ;
 - Un engagement à maintenir la présence d'un médecin ophtalmologiste pour une durée minimale de 10 ans afin que « *les opticiens de la zone de chalandise ne soient pas dépendants entièrement des choix commerciaux de leur concurrent et puissent envisager l'avenir de leur activité (tels que faire des investissements, élargir leur offre, passer un contrat d'enseigne avec une enseigne nationale, agrandir la surface de vente)* »⁷⁶.
165. S'agissant de la première proposition, l'Autorité estime qu'un engagement type « muraille de Chine » n'est pas utile et serait, en tout état de cause, disproportionné au risque identifié. Il ressort en effet de l'instruction ainsi que des débats en séance que, outre le fait que l'ophtalmologue est légalement et déontologiquement tenu au secret professionnel, la Mutuelle du Nickel a, d'une part, prévu une séparation des systèmes informatiques entre l'opticien mutualiste et le centre de santé qu'elle gère à La Foa et qu'elle est, d'autre part, liée par ses obligations en matière de règlement général de protection des données (RGPD) qui lui interdisent de diffuser les informations de santé des patients. En tout état de cause, tout manquement constaté pourrait faire l'objet d'une plainte devant la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL).
166. S'agissant des deux autres propositions ayant trait à l'activité de l'ophtalmologue, l'Autorité rappelle que celui-ci n'est pas salarié de la Mutuelle du Nickel et qu'il n'existe pas entre eux de lien de subordination. L'Autorité considère donc que la Mutuelle du Nickel ne peut pas pressentir un mois à l'avance les aléas qui seraient du ressort de son prestataire.
167. Au surplus, il est apparu en séance devant l'Autorité que l'opticien libéral de La Foa disposait d'informations concernant les congés à venir de l'ophtalmologue dont les représentants de la Mutuelle du Nickel n'étaient eux-mêmes pas informés. Ce constat concorde avec les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction démontrant que les échanges entre l'opticien du centre « Optique La Foa » et l'ophtalmologue sont restés cordiaux puisque, de longue date, l'ophtalmologue prévient l'opticien de ses absences. Ce fonctionnement ne laisse donc pas présager, de la part de l'ophtalmologue, une quelconque manœuvre ni une inégalité de traitement entre l'opticien libéral et le futur opticien mutualiste.
168. Enfin, il apparaît contradictoire d'exiger de la partie notifiante qu'elle maintienne la présence d'un médecin ophtalmologiste pour une durée minimale de 10 ans, afin que la concurrence puisse se développer, alors que cette activité avait été identifiée comme un élément contribuant aux risques anticoncurrentiels de l'opération. En tout état de cause, aucun opticien qu'il soit mutualiste ou libéral ne peut être tenu pour responsable du maintien ou non d'une offre d'ophtalmologie dans la zone de chalandise.

⁷⁶ Voir les pages 9-10 de la réponse au test des engagements du centre « Optique La Foa » (Annexe 33, Cotes 373-374) et les observations complémentaires en date du 28 novembre 2022 (Annexe 35, Cotes 414-419).

169. Par conséquent, l'Autorité estime que ces propositions ne sont pas justifiées.

V. Conclusion

170. Il ressort de l'instruction que l'opération consistant en l'ouverture d'un magasin d'optique à La Foa sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes » réduite à une surface de 36 m² peut être autorisée sous réserve de la réalisation effective des engagements pris par la partie notifiante.

DECISION

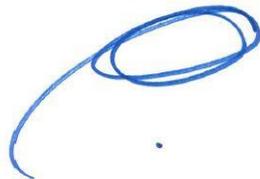
Article 1^{er} : L'opération notifiée sous le numéro 22-0014EC est autorisée sous réserve des engagements décrits ci-dessus et annexés à la présente décision.

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.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Caroline Genevois, rapporteure cheffe du bureau des concentrations et commerces de détail, en présence de Mme Virginie Elissalde, rapporteure générale par intérim, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, M. Robin Simpson et Mme Nadège Meyer, membres.

Le secrétaire de séance

La présidente



Grégory Beaufiles



Aurélie Zoude-Le Berre



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

**Décision n° 23-REM-01 du 23 janvier 2023
de rectification d'erreur matérielle**

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

Vu la saisine, enregistrée sous le numéro 22/0014CC le 15 septembre 2022 par laquelle la Mutuelle du Nickel a notifié l'exploitation d'un nouveau centre d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 44 m² sur la commune de La Foa ;

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

Vu la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce ») ;

Vu le code de commerce ;

Vu l'article 75 du règlement intérieur de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022 ;

Vu le courriel du 12 janvier 2023 de M. Eric Muguet, représentant de la société Optique La Foa ;

La décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022 comporte une erreur matérielle.

En effet, au point 82, celle-ci note que : « *Entendu comme témoin en séance, l'exploitant du centre « Optique La Foa » a précisé que la baisse de son chiffre d'affaires était intervenue dès 2019, soit avant l'ouverture du centre optique mutualiste à La Foa en 2020* »

Alors que la baisse de son chiffre d'affaires était intervenue en 2020 ;

Il convient donc de rectifier la décision n° 22/0014CC du 15 septembre 2022 en ce sens.

DÉCIDE

Article 1^{er} : La décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n°22/0014CC du 15 septembre 2022, est rectifiée en ce sens que : « *Entendu comme témoin en séance, l'exploitant du centre « Optique La Foa » a précisé que la baisse de son chiffre d'affaires était intervenue dès 2020, soit avant l'ouverture du centre optique mutualiste à La Foa en 2020* »

Article 2 : Copie de la présente décision sera annexée à la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n°22/0014CC du 15 septembre 2022 ;

Le Vice-Président de l'Autorité de la
concurrence,



Jean-Michel Stoltz