

Décision n° 2025-ENG-01 du 9 septembre 2025

relative au non-respect des engagements figurant dans la décision autorisant 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 la décision n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022 par laquelle l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») a autorisé l'ouverture d'un magasin d'optique sous enseigne « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 36 m² à La Foa sous réserve de l'ensemble des engagements souscrits par la Mutuelle du Nickel le 2 décembre 2022 ;

Vu la plainte du 3 octobre 2023 de la SARL Optique La Foa relatif au non-respect des engagements pris dans le cadre d'une décision de concentration mis en œuvre par la Mutuelle du Nickel dans le secteur de l'optique-lunetterie médicale en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la décision n° 2024-SO-03 du 12 décembre 2024 par laquelle l'Autorité s'est saisie d'office de l'examen du respect des engagements souscrits par la Mutuelle du Nickel, enregistrée sous le numéro 23/0024R ;

Vu le livre IV du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « Code de commerce ») et notamment ses articles Lp. 432-5 et Lp. 462-5 ;

Vu les comptes-rendus de la Mutuelle du Nickel sur le respect des engagements en date du 10 décembre 2023 et du 10 décembre 2024 ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 30 décembre 2024 reprochant à la Mutuelle du Nickel un manquement aux engagements pris en application de la décision susmentionnée sanctionnable au titre du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce ;

Vu les observations écrites de la Mutuelle du Nickel en date du 27 février 2025 ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 1^{er} avril 2025 en réponse aux observations de la Mutuelle du Nickel ;

Vu les observations écrites complémentaires de la Mutuelle du Nickel en date du 17 avril 2025 ;

Vu la décision de la rapporteure générale relative au secret des affaires n° 24-DSA-08 du 12 décembre 2024 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, la rapporteure, le commissaire du gouvernement et les représentants de la Mutuelle du Nickel entendus lors de la séance du 24 avril 2025 ainsi que le gérant de la société Optique La Foa, entendu en tant que témoin sur le fondement de l'article Lp. 463-7 du Code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Par la présente décision, l'Autorité sanctionne la Mutuelle du Nickel pour le non-respect d'engagements ayant conditionné la décision d'autorisation n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022 relative à l'ouverture d'un magasin d'optique « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 36 m² à La Foa.

Dans la décision d'autorisation, l'Autorité avait estimé que **l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie**, en raison, d'une part, des parts de marché de la Mutuelle du Nickel à l'issue de l'opération, et, d'autre part, de la proximité entre le cabinet d'ophtalmologie du centre de santé et le futur magasin d'optique. Afin de remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération, la Mutuelle du Nickel s'était engagée, entre autres, à **ne pas ouvrir au public le magasin d'optique un jour par semaine coïncidant avec un jour de consultation de l'ophtalmologue** (engagement n° 3) et à respecter un **engagement de neutralité** au sein du centre de santé (engagement n° 7).

Or, l'Autorité a constaté que la Mutuelle du Nickel a manqué à ses engagements puisqu'elle a aménagé le vestibule à l'extérieur du centre de santé en salle d'attente face à une porte vitrée donnant sur le magasin, offrant ainsi aux patients une visibilité directe sur les produits. De plus, pendant 11 semaines en 2023 et 6 semaines en 2024, le magasin est resté ouvert du mardi au vendredi sans fermeture concomitante à un jour de consultation de l'ophtalmologue.

Une sanction pécuniaire **de nature symbolique et pédagogique de 450 000 F. CFP** est infligée, en sus d'injonctions imposant à la Mutuelle du Nickel de (i) **compléter l'affichage** prévu par l'engagement n° 1 par une mention explicite interdisant toute orientation des patients par l'ophtalmologue ou le secrétariat quant au choix de leur centre optique, (ii) **respecter strictement la fermeture hebdomadaire du magasin** un jour de consultation de l'ophtalmologue (y compris lorsque le cabinet est fermé le lundi mais reste ouvert un autre jour de la semaine, ou lorsqu'il n'ouvre qu'un seul jour dans la semaine), et (iii) renforcer la transparence des plannings de l'ophtalmologue en **communiquant mensuellement aux opticiens concurrents les consultations prévues pour le mois suivant**.

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

Sommaire

I. Contexte	4
A. La décision d'autorisation conditionnelle de l'opération de commerce de détail	4
1. L'analyse concurrentielle sur le marché en cause.....	4
2. Les engagements souscrits.....	5
B. Le suivi des engagements	6
C. La procédure de contrôle	6
II. Constatations	7
A. Sur l'engagement n° 4 relatif à la réduction de surface du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa	7
B. Sur les engagements n° 1 et n° 3 relatifs à la proximité entre le cabinet de l'ophtalmologue et le magasin d'optique	8
1. Le rappel aux patients de leur libre choix d'un opticien	8
2. Les horaires d'ouvertures du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa.....	8
C. Sur l'engagement n° 7 de neutralité	10
III. Discussion	11
A. Rappel des règles applicables	11
B. Conditions d'exécution des engagements souscrits dans le cadre de la décision d'autorisation	13
1. Les engagements respectés	13
2. Les engagements méconnus	13
C. Imputabilité des manquements	17
IV. Détermination de la sanction	18
A. Sur la nature des engagements inexécutés et leur importance dans l'économie générale de la décision d'autorisation	19
B. Sur la gravité des manquements constatés	19
C. Sur l'incidence des manquements constatés sur la concurrence que les engagements visaient à préserver	20
D. Sur la situation individuelle de l'entreprise	21
E. Conclusion	23
1. Sur les injonctions	23
2. Sur le montant de la sanction	24
DÉCISION	26

I. Contexte

1. La présente décision s'inscrit dans le cadre du contrôle par l'Autorité de l'exécution d'engagements souscrits à l'occasion d'une opération de commerce de détail. Sont rappelés, tout d'abord, la décision d'autorisation de l'opération et les engagements qui y sont attachés (A), puis les modalités mises en place pour assurer leur suivi (B), ainsi que la procédure ouverte par l'Autorité pour vérifier les conditions de leur exécution (C).

A. La décision d'autorisation conditionnelle de l'opération de commerce de détail

2. Par une décision n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022 (ci-après la « Décision »), l'Autorité a autorisé l'ouverture d'un centre d'optique sous l'enseigne « Les Opticiens Mutualistes » dans la commune de La Foa, en province Sud (ci-après le magasin « Les Opticiens Mutualistes La Foa »). Cette autorisation était subordonnée à la mise en œuvre de plusieurs engagements souscrits par la partie notifiante de l'opération, à savoir la Mutuelle de la métallurgie, de la mine, de l'énergie et des activités annexes (ci-après « Mutuelle du Nickel »).
3. La Mutuelle du Nickel¹ 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, ainsi que par ses statuts agréés par arrêté du gouvernement n° 2013-3903 du 26 décembre 2013. Ses activités principales sont l'action de prévoyance des risques sociaux et la répartition de leurs conséquences².
4. L'opération consistait en l'ouverture d'un magasin d'optique géré par la Mutuelle du Nickel, et adossé au centre de soins qu'elle avait créé en 2021 à La Foa. Ce centre comprend un cabinet d'ophtalmologie et un cabinet dentaire, également gérés par la Mutuelle du Nickel.
5. L'opération a été réalisée le 28 février 2023 avec la mise en exploitation du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa qui a débuté ce même jour³.

1. L'analyse concurrentielle sur le marché en cause

6. La commune de La Foa, située à 108 kilomètres au nord de Nouméa et à la croisée de deux axes routiers majeurs, regroupe des commerces et des services, notamment médicaux, qui en font un pôle d'attractivité pour les habitants de Brousse dans un rayonnement supérieur à 60 kilomètres.
7. L'analyse concurrentielle de l'Autorité a principalement porté sur le marché aval de la distribution de produits d'optique-lunetterie, tous réseaux confondus. Les tests de marché ont mis en évidence la nécessité de distinguer deux zones de chalandise :
 - une zone de chalandise primaire, regroupant les communes de La Foa, Kouaoua, Canala, Moindou, Sarraméa et Bourail, sur laquelle exerçaient deux opticiens libéraux ; et
 - une zone de chalandise secondaire étendue, correspondant à l'ensemble de la province Sud, et incluant les opticiens installés à La Foa, Bourail et dans le Grand Nouméa.
8. L'Autorité a relevé que la concurrence au sein de la zone secondaire s'exerçait de manière asymétrique : la clientèle de La Foa était susceptible de se rendre dans les magasins d'optique du Grand Nouméa, alors qu'à l'inverse, la clientèle du Grand Nouméa n'était pas portée à se déplacer vers les opticiens de La Foa ou de Bourail. L'Autorité a néanmoins tenu compte de l'attachement des adhérents de la Mutuelle du Nickel à leur mutuelle, déjà présente sur le territoire à travers plusieurs centres de soins et magasins d'optique, et a estimé que le nouveau

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

² Voir la décision de l'Autorité n° 2022-DEC-09 précitée, §1 et suivants.

³ Voir le courriel de la Mutuelle du Nickel en date du 16 février 2023 (Annexe 62, Cote 265).

centre mutualiste de La Foa bénéficierait vraisemblablement d'un report de clientèle en provenance des autres centres optiques mutualistes.

9. L'Autorité a conclu que l'opération n'était pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur la zone de chalandise secondaire.
10. En revanche, son analyse a révélé que, sur la zone primaire, l'opération conduirait le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa à détenir une part de marché proche de 44 % en surface et de 72 % en valeur. Dans ces conditions, l'Autorité a identifié des risques d'atteinte à la concurrence, principalement sur le plan horizontal, la Mutuelle du Nickel se positionnant en tant que leader sur cette zone et n'étant concurrencée que par deux opticiens libéraux, le centre « Krys Optique Bourail » et le centre « Optique La Foa ».
11. La part de marché importante de la Mutuelle du Nickel se trouvait par ailleurs renforcée par la proximité physique immédiate entre le cabinet de l'ophtalmologue et le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, avec une possible captation de la patientèle de l'ophtalmologue vers le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa.
12. L'Autorité a donc conclu que l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence par la création d'une position dominante, qui serait notamment susceptible d'entraîner la disparition de concurrents actuels et placer la Mutuelle du Nickel en situation de quasi-monopole sur la zone de chalandise primaire.

2. Les engagements souscrits

13. Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés dans la Décision, la Mutuelle du Nickel a souscrit plusieurs engagements :
 - **Engagement n° 1** : apposer, sur la porte d'entrée et de sortie du cabinet de l'ophtalmologue exerçant à La Foa, une affiche informant les patients qu'ils demeurent libres du choix de leur opticien et que le tiers payant est disponible auprès de l'ensemble des opticiens conventionnés avec la Mutuelle du Nickel ;
 - **Engagement n° 2** : remettre aux patients de l'ophtalmologue de La Foa une liste recensant les opticiens de la zone de chalandise, avec leurs logos, coordonnées et horaires d'ouverture ;
 - **Engagement n° 3** : ne pas ouvrir au public le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa un jour par semaine, simultanément à un jour d'ouverture de l'ophtalmologue de La Foa, laissant le magasin d'optique déjà sur place exploité par la SARL Optique La Foa ouvrir à sa convenance. La Mutuelle du Nickel s'est également engagée à informer le gérant de cette société des interruptions d'activité supérieures à un mois de l'ophtalmologue, ainsi que de la reprise de cette activité ;
 - **Engagement n° 4** : réduire la surface de vente du magasin initialement prévue de 44 m² à 36 m² ;
 - **Engagement n° 5** : proposer à chaque opticien libéral de signer une convention de tiers payant ;
 - **Engagement n° 6** : communiquer à ses adhérents l'information relative à la possibilité pour les opticiens libéraux signataires de proposer le tiers payant ;
 - **Engagement n° 7** : respecter un principe de neutralité générale consistant 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.

Cet engagement s'exprimait notamment en ces termes :

« 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 ».*

14. Ces engagements sont entrés en vigueur à compter de l'ouverture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, intervenue le 28 février 2023, et ont été souscrits pour une durée de cinq ans.

B. Le suivi des engagements

15. Afin d'assurer le caractère contrôlable des engagements, la Mutuelle du Nickel s'était engagée à transmettre à l'Autorité, chaque année à la date anniversaire de la Décision, un compte rendu décrivant les conditions de respect des engagements ainsi que l'absence de modification des circonstances de fait. La Mutuelle du Nickel a ainsi adressé un premier rapport le 10 décembre 2023⁴, accompagné de pièces justificatives, puis un second rapport le 10 décembre 2024⁵.
16. Ces rapports faisaient état du respect de l'ensemble des engagements. Ils ont donné lieu à des vérifications de la part du service d'instruction, notamment au moyen de deux visites inopinées effectuées en 2023 et 2024.

C. La procédure de contrôle

17. Aux termes du III de l'article Lp. 462-5 du Code de commerce, « [l]e rapporteur général peut proposer à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de se saisir d'office des pratiques mentionnées [...] aux articles Lp. 431-8 et Lp. 432-5 ».
18. Par courrier du 3 octobre 2023, la SARL Optique La Foa a adressé à l'Autorité une plainte pour non-respect par la Mutuelle du Nickel de plusieurs engagements souscrits dans le cadre de la Décision, en particulier les engagements n° 1, 3, 4 et 7⁶.
19. La SARL Optique La Foa exploite un magasin d'optique implanté dans la commune de La Foa, et constituait, jusqu'en 2023, le seul opérateur présent sur cette zone. Il s'agit du concurrent le plus proche géographiquement du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa. Selon cette société, le non-respect des engagements par la Mutuelle du Nickel aurait entraîné une perte substantielle de clientèle⁷, notamment le mercredi, se traduisant par une baisse de chiffre d'affaires de l'ordre de [30-40] % en 2023 par rapport à l'année 2022⁸.

⁴ Voir le compte-rendu 2023 sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel (Annexes 62-85, Cotes 264-321).

⁵ Voir le compte-rendu 2024 sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel (Annexes 86-96, Cotes 322-361).

⁶ Voir la plainte de la SARL Optique La Foa en date du 3 octobre 2023 (Annexe 1, Cotes 1-27).

⁷ En 2023, le magasin Optique La Foa a pris en charge [confidentiel] ordonnances contre [confidentiel] en 2022 (Annexe 35, Cote 123).

⁸ Voir les états financiers de la SARL Optique La Foa 2022-2023 (Annexe 44, Cotes 171-194).

20. Par décision n° 2024-SO-03 du 12 décembre 2024, l’Autorité s’est saisie d’office des conditions dans lesquelles étaient exécutés, par la Mutuelle du Nickel, les engagements annexés à la Décision. Cette auto-saisine a été enregistrée sous le numéro 23-0024R.
21. Conformément à l’article Lp. 432-5 du Code de commerce, un rapport a été notifié à la Mutuelle du Nickel le 30 décembre 2024.

II. Constatations

22. Dans le cadre de la présente procédure, le service d’instruction a examiné les conditions dans lesquelles la Mutuelle du Nickel a exécuté les engagements annexés à la Décision. L’instruction a porté successivement sur l’engagement n° 4 relatif à la réduction de la surface de vente du magasin (A), sur les engagements n° 1 et n° 3 visant à neutraliser l’avantage concurrentiel pouvant résulter de la proximité entre le cabinet de l’ophtalmologue et le magasin d’optique (B), ainsi que sur l’engagement n° 7 de neutralité (C). Les autres engagements souscrits n’ont pas été remis en cause et n’ont soulevé aucune difficulté d’exécution.

A. Sur l’engagement n° 4 relatif à la réduction de surface du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa

23. Aux termes de l’engagement n° 4 : « La Mutuelle du Nickel s’engage à réduire sa surface de vente de 44 m² à 36 m² pendant la Durée des Engagements ». Cet engagement avait pour finalité de limiter la part de marché de cette entreprise en surface commerciale sur la zone de chalandise concernée. La surface retirée, d’un total de 8 m², a été réaffectée à un espace d’atelier de montage⁹.
24. La SARL Optique La Foa fait valoir que cet engagement n’aurait pas été respecté, au motif que la mise en place d’une cloison vitrée séparant l’atelier de montage de la boutique n’empêcherait pas la clientèle de circuler dans cette zone, laquelle constituerait, selon elle, « une surface affectée à la circulation de la clientèle pour effectuer ses achats »¹⁰.
25. Toutefois, lors d’une visite inopinée effectuée en 2024 dans les locaux de la Mutuelle du Nickel à La Foa¹¹, le service d’instruction a procédé à des mesures établissant que la surface de vente du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa était bien de 35 m².
26. Par ailleurs, dans son compte-rendu annuel 2024 relatif au respect des engagements, la Mutuelle du Nickel a produit des éléments confirmant que l’espace séparé par une cloison vitrée était effectivement affecté exclusivement à l’atelier de montage et ne pouvait être regardé comme faisant partie de la surface de vente du magasin¹².
27. Le service d’instruction a par conséquent conclu, dans son rapport, que l’engagement n° 4 avait été respecté par la Mutuelle du Nickel¹³.

⁹ Voir les comptes-rendus 2023 (Annexe 85, Cote 318) et 2024 (Annexe 91, Cote 350) sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel.

¹⁰ Voir le courriel de la SARL Optique La Foa du 22 juillet 2024 (Annexe 41, Cote 134).

¹¹ Voir le procès-verbal de constat du service d’instruction en date du 18 avril 2024 (Annexe 102, Cote 381).

¹² Voir le compte-rendu 2024 sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel (Annexe 91, Cote 350).

¹³ Voir le rapport du service d’instruction en date du 30 décembre 2024 relatif aux manquements aux engagements pris en application de la décision n° 2022-DEC-09 du 21 décembre 2022 (Annexe 114, Cote 471).

B. Sur les engagements n° 1 et n° 3 relatifs à la proximité entre le cabinet de l'ophtalmologue et le magasin d'optique

28. Les engagements n° 1 et n° 3 visent à neutraliser l'avantage concurrentiel susceptible de résulter de la proximité physique entre le cabinet de l'ophtalmologue et le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, en particulier à prévenir la captation de la patientèle du premier au profit du second.

1. Le rappel aux patients de leur libre choix d'un opticien

29. Aux termes de l'engagement n° 1, la Mutuelle du Nickel s'est obligée à apposer, sur la porte d'entrée et de sortie du cabinet de l'ophtalmologue de La Foa, une affiche 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* ».
30. La SARL Optique La Foa a toutefois soutenu que cet engagement n'était pas respecté, produisant à l'appui deux attestations datées du 19 juin 2023 affirmant que l'affiche n'était pas présente sur la porte du cabinet¹⁴.
31. Les rapports de suivi transmis en 2023 et 2024 par la Mutuelle du Nickel ont néanmoins confirmé le respect de l'engagement n° 1, en faisant état notamment de photographies montrant que l'affiche était bien apposée à trois emplacements distincts du cabinet ophtalmologique : sur un tableau d'affichage situé au secrétariat, sur la porte d'entrée et sur la porte de sortie du cabinet¹⁵.
32. Lors de deux visites inopinées effectuées en 2023 et 2024 sur le site du centre de santé de la Mutuelle du Nickel à La Foa, le service d'instruction a également constaté la présence effective des affiches aux emplacements prévus¹⁶.
33. Le service d'instruction a ainsi conclu que l'engagement n° 1 avait été respecté par la Mutuelle du Nickel et qu'aucun autre élément ne permettait d'établir une méconnaissance de celui-ci¹⁷.

2. Les horaires d'ouvertures du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa

34. L'engagement n° 3, tel que formulé dans la lettre d'engagements, prévoyait notamment qu'« [a]ctuellement, l'ophtalmologue présent sur le centre de LA FOA travaille deux jours par semaine : le lundi et le mercredi. En conséquence, la [Mutuelle du Nickel] s'engage à ne pas ouvrir au public son centre optique, un jour par semaine simultanément à un jour d'ouverture de l'ophtalmologue, laissant le magasin d'optique déjà sur place ouvrir à sa guise ».
35. Cet engagement implique concrètement que la Mutuelle du Nickel se prive d'un jour d'ouverture de son magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa coïncidant avec l'un des jours de consultation de l'ophtalmologue, afin d'éviter que la proximité physique entre les deux structures ne se traduise par un avantage concurrentiel indu bénéficiant au magasin d'optique.
36. Pour respecter cet engagement, la Mutuelle du Nickel a adapté les horaires d'ouverture de son magasin : puisque le cabinet d'ophtalmologie assurait ses consultations les lundis et mercredis, le magasin d'optique était ouvert du mardi au vendredi, et donc fermé le lundi.

¹⁴ Voir les annexes 7 et 8 de la plainte de la SARL Optique La Foa (Annexes 8 et 9, Cotes 57-60).

¹⁵ Voir les comptes-rendus 2023 (Annexes 66-67, Cotes 273-276) et 2024 (Annexe 87, Cotes 331-332) sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel.

¹⁶ Voir les procès-verbaux de constat du service d'instruction en date du 22 décembre 2023 (Annexe 97, Cote 363) et 18 avril 2024 (Annexe 102, Cote 383).

¹⁷ Voir le rapport du service d'instruction en date du 30 décembre 2024 (Annexe 114, Cote 467).

37. En pratique, les horaires se répartissaient de la manière suivante :
- lundi et mercredi de 7h30 à 11h30 et de 13h00 à 15h00 pour le cabinet ophtalmologique¹⁸ ;
 - mardi à vendredi de 7h30 à 12h00 et de 13h00 à 16h30 (15h30 le vendredi) pour le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa¹⁹.
38. La SARL Optique La Foa a toutefois soutenu que la Mutuelle du Nickel aurait détourné cet engagement de son objectif en recrutant un ophtalmologue suppléant assurant des consultations le mardi, et parfois les jeudi et vendredi. Selon elle, « *l'ouverture un jour par semaine de plus par semaine (soit le lundi, le mardi et le mercredi), signifie que deux jours par semaine, Les Opticiens mutualistes vont capter toute la clientèle du médecin ophtalmologiste du centre de santé ce qui est contraire à l'esprit de l'engagement n°3* »²⁰. Elle estime en outre que cette situation la place dans une position concurrentielle défavorable, dès lors que, même en ouvrant son propre magasin les jours supplémentaires de consultation²¹, la clientèle issue du centre de santé continuerait à se diriger quasi exclusivement vers le magasin de la Mutuelle du Nickel²².
39. L'instruction a montré que, pour l'année 2023, le cabinet ophtalmologique a assuré 92 jours de consultation au total (29 lundis, 8 mardis, 34 mercredis, 12 jeudis et 9 vendredis)²³, alors que les horaires affichés permettaient 87 jours de consultation (43 lundis et 44 mercredis). Ainsi, sur 14 semaines où le cabinet était fermé le lundi, il est resté ouvert au moins un autre jour durant 11 de ces semaines, concomitamment à l'ouverture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa²⁴.
40. Dans ces conditions, il a été constaté par le service d'instruction que, durant 11 semaines en 2023, l'engagement n° 3 n'a pas été respecté : en maintenant l'ouverture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa du mardi au vendredi, la Mutuelle du Nickel n'a pas procédé à la fermeture de son magasin un jour par semaine coïncidant avec les jours de consultation de l'ophtalmologue.
41. Pour l'année 2024²⁵, les horaires affichés permettaient 96 jours de consultation (48 lundis et 48 mercredis), mais 106 jours ont effectivement été assurés par l'ophtalmologue et ses remplaçants (38 lundis, 3 mardis, 36 mercredis, 24 jeudis et 5 vendredis)²⁶. Ainsi, sur 10 semaines où le cabinet était fermé le lundi, il est resté ouvert au moins un autre jour dans 6 de ces semaines, concomitamment à l'ouverture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa²⁷.
42. Il en a été déduit par le service d'instruction que l'engagement n° 3 n'a pas été respecté durant 6 semaines en 2024 : en conservant ses jours habituels d'ouverture du mardi au vendredi, le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa n'a pas fermé un jour coïncidant avec les consultations de l'ophtalmologue.

¹⁸ Ces horaires sont renseignés sur une stèle d'affichage à l'entrée du centre de soins (Annexe 100, Cote 377).

¹⁹ Ces horaires sont affichés sur un panneau fixé au mur à côté de l'entrée principale du magasin ; voir également <https://mdn.nc/optiques/> et le procès-verbal de constat du service d'instruction en date du 18 avril 2024 (Annexe 102, Cote 385).

²⁰ Voir la plainte de la SARL Optique La Foa en date du 3 octobre 2023, §92 (Annexe 1, Cote 23).

²¹ Le magasin Optique La Foa est fermé les jeudi et vendredi.

²² Voir la plainte de la SARL Optique La Foa en date du 3 octobre 2023 (Annexe 1, Cotes 23-24).

²³ Voir les plannings des consultations des ophtalmologues pour 2023 (Annexes 50-61, Cotes 239-263).

²⁴ Voir le rapport du service d'instruction en date du 30 décembre 2024 (Annexe 114, Cote 470).

²⁵ La période examinée est celle de janvier à novembre 2024.

²⁶ Voir le compte-rendu 2024 sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel (Annexe 89, Cotes 335-345).

²⁷ Voir le rapport du service d'instruction en date du 30 décembre 2024 (Annexe 114, Cote 470).

C. Sur l'engagement n° 7 de neutralité

43. Afin d'assurer le respect de l'engagement n° 7 de neutralité de portée générale, tel que retranscrit *supra*, la Mutuelle du Nickel a notamment :
- mis en place deux lignes téléphoniques distinctes, l'une dédiée au centre de santé et l'autre au magasin optique ; et
 - informé la secrétaire ophtalmologique du centre de santé de La Foa, par une note de service, de ses obligations en matière de neutralité, rappelant en particulier que « [l]a secrétaire médicale ne doit pas favoriser notre centre optique et doit se montrer d'une parfaite neutralité sur ce sujet avec les patients consultant notre ophtalmologue. [...] Aucune publicité concernant le centre optique de La Foa ne devra être affichée dans la salle d'attente du cabinet d'ophtalmologie »²⁸.
44. La SARL Optique La Foa fait valoir toutefois qu'à compter de l'ouverture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, le nombre de clients fréquentant son propre magasin a significativement diminué le mercredi, alors même qu'il s'agit d'un jour de consultation de l'ophtalmologue du centre de santé. Selon elle, cette évolution résulterait directement de comportements imputables aux salariés de la Mutuelle du Nickel ainsi que de la configuration des locaux du centre de santé, lesquels constitueraient « des violations explicites de l'engagement de neutralité »²⁹.
45. En premier lieu, elle conteste l'aménagement d'une porte vitrée coulissante séparant le magasin d'optique du vestibule d'attente du centre de santé. D'après la SARL Optique La Foa, cette porte :
- rappellerait aux patients la présence d'un magasin d'optique attenant au centre de santé et appartenant au même groupe, créant une confusion quant au caractère non lucratif de l'activité du magasin ; et
 - du fait de son caractère transparent, permettrait aux patients en salle d'attente d'apercevoir les montures proposées, constituant ainsi une forme de publicité indirecte pour le magasin³⁰.
46. En second lieu, la SARL Optique La Foa affirme que plusieurs patients auraient été orientés vers le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa par la secrétaire du cabinet ophtalmologique, salariée de la Mutuelle du Nickel³¹. Elle produit à l'appui plusieurs attestations en ce sens³².
47. Pour rappel, le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa est implanté dans la même structure que le cabinet d'ophtalmologie, mais dispose d'une entrée distincte avec une rampe d'accès séparée³³. La salle d'attente commune au cabinet d'ophtalmologie et au cabinet dentaire se situe dans un vestibule installé à l'extérieur et placé à proximité immédiate du magasin d'optique.
48. Lors des visites inopinées réalisées en 2023 et 2024, le service d'instruction a constaté la présence de cette porte vitrée coulissante, donnant directement sur le vestibule d'attente du centre de santé. Bien que cette porte constitue un accès au magasin réservé aux personnes en situation de handicap, sa configuration et son emplacement, face aux sièges de la salle d'attente,

²⁸ Voir les comptes-rendus 2023 (Annexes 82, Cote 309) et 2024 (Annexe 95, Cote 361) sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel.

²⁹ Voir la plainte de la SARL Optique La Foa en date du 3 octobre 2023 (Annexe 1, Cote 18).

³⁰ *Ibid.* (Annexe 1, Cote 19).

³¹ *Ibid.* (Annexe 1, Cote 20).

³² Voir les attestations fournies en annexe de la plainte de la SARL Optique La Foa (Annexes 5-9, Cotes 51-60) et les attestations transmises le 18 juillet 2024 (Annexes 30 et 39, Cotes 113 et 131).

³³ Voir la photo de la façade du centre de santé de la Mutuelle du Nickel à La Foa (Annexe 99, Cote 375).

permettaient aux patients d'apercevoir certains modèles de lunettes exposés à la vente dans la boutique³⁴.

49. Interrogée sur ce point, la Mutuelle du Nickel a indiqué que cette porte figurait dans les plans initiaux du magasin, mais qu'elle avait vocation à demeurer fermée après la réduction de surface du magasin³⁵.
50. En ce qui concerne la neutralité du personnel, le service d'instruction n'a pas relevé, lors de ses visites, d'incitations directes sur le choix de l'opticien de la part de la secrétaire du cabinet ophtalmologique. Au contraire, il a été constaté que celle-ci remettait effectivement la liste des opticiens de la zone de chalandise, conformément à l'engagement n° 2³⁶.
51. Lors de son audition du 2 mai 2024, la représentante de la Mutuelle du Nickel a confirmé avoir sensibilisé son personnel à l'importance du respect des engagements, tout en indiquant qu'une incitation isolée de la part du secrétariat aurait pu se produire « *lors d'un remplacement* »³⁷.
52. En effet, bien qu'une circulaire, rappelant à son personnel salarié l'obligation pour la Mutuelle du Nickel de ne pas promouvoir le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, ait été transmise au secrétariat de l'ophtalmologue, il n'est pas exclu que ces consignes ne soient pas respectées, notamment en cas de remplacement ponctuel de la secrétaire³⁸.
53. Au regard de l'exécution de l'engagement n° 7 par la Mutuelle du Nickel, si certaines obligations formelles ont été respectées, certains des éléments examinés *supra* font peser un doute sérieux sur le respect intégral de l'engagement. Le service d'instruction a considéré, en conséquence, que l'engagement n° 7 n'a été que partiellement respecté³⁹.

III. Discussion

54. En réponse au rapport du service d'instruction, la Mutuelle du Nickel a formulé des observations écrites le 27 février 2025⁴⁰.
55. Conformément à l'article Lp. 432-5 du Code de commerce, un second rapport du service d'instruction lui a été notifié le 1^{er} avril 2025. La Mutuelle du Nickel a présenté ses observations en réponse le 17 avril 2025, puis des observations orales lors de la séance du 24 avril 2025.
56. Après un rappel des règles applicables (A), seront examinées les conditions d'exécution des engagements souscrits dans le cadre de la Décision (B) puis la question de l'imputabilité des manquements relevés (C).

A. Rappel des règles applicables

57. Lorsqu'elle contrôle l'exécution d'engagements en application des dispositions de l'article Lp. 431-8 du Code de commerce, l'Autorité tient compte de l'ensemble des circonstances particulières à l'opération de concentration. Son appréciation dépend notamment de la nature des engagements souscrits et de leur pertinence au regard de l'analyse concurrentielle qui a conduit à y subordonner l'autorisation de l'opération. La même logique prévaut en matière d'opérations de commerce de détail.

³⁴ Voir le procès-verbal de constat du service d'instruction en date du 18 avril 2024 (Annexe 102, Cote 386).

³⁵ Voir le procès-verbal d'audition de la Mutuelle du Nickel en date du 2 mai 2024 (Annexe 46, Cote 223).

³⁶ Voir les procès-verbaux de constat du service d'instruction en date du 22 décembre 2023 (Annexe 97, Cote 363) et 18 avril 2024 (Annexe 102, Cote 384).

³⁷ Voir le procès-verbal d'audition de la Mutuelle du Nickel en date du 2 mai 2024 (Annexe 46, Cote 224).

³⁸ Voir le rapport du service d'instruction en date du 30 décembre 2024 (Annexe 114, Cote 473).

³⁹ *Ibid.* (Annexe 114, Cote 469).

⁴⁰ Voir les observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel du 27 février 2025 (Annexe 119, Cotes 481-507).

58. L'Autorité de la concurrence métropolitaine a développé une jurisprudence constante en matière de contrôle de l'exécution des engagements pris dans le cadre d'opérations de concentration, sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce métropolitain. Le contrôle qu'elle exerce ne s'appuie pas sur une appréciation globale, mais vise à vérifier le respect de chaque engagement pris individuellement, chacun ayant une valeur obligatoire⁴¹.
59. L'autorisation d'une opération de concentration ou de commerce de détail est ainsi conditionnée par la bonne exécution de l'ensemble des engagements acceptés, chacun d'eux étant nécessaire pour remédier aux atteintes à la concurrence identifiées. Le respect partiel de certains engagements ne saurait donc empêcher un constat d'inexécution⁴². De plus, une conformité apparente à la lettre d'un engagement peut s'avérer insuffisante si l'entreprise qui était tenue de le mettre en œuvre a adopté des mesures parallèles qui en réduisent, totalement ou partiellement, la portée⁴³. Dans de tels cas, il appartient à l'Autorité d'évaluer les suites à donner aux manquements constatés, au regard notamment de la nature de l'engagement en cause.
60. À cet égard, l'interprétation et le contrôle des obligations de nature comportementale peuvent s'avérer plus complexes que ceux des mesures de nature structurelle, telles que des engagements portant sur la cession d'une activité dans un délai imparti⁴⁴.
61. En outre, le non-respect d'engagements remet non seulement en cause le fondement de la délivrance de l'autorisation mais fait également obstacle au rétablissement de la situation de concurrence poursuivi par lesdits engagements. La logique juridique d'une autorisation assortie d'engagements repose ainsi sur le principe selon lequel l'entreprise reconnaît la pertinence des remèdes proposés pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés et s'engage à en préserver l'effet utile. Il lui incombe donc, dès ce stade, de s'assurer que les engagements retenus sont effectivement exécutoires, dès lors qu'ils conditionnent l'autorisation de l'opération. À cet égard, le Conseil d'État a considéré qu'il convenait de s'assurer que les parties n'ont pas « *adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de priver [l'engagement] de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir* »⁴⁵.
62. Les entreprises sont donc tenues d'exécuter intégralement, et avec la plus grande diligence, les engagements qu'elles ont souscrits et qui ont conditionné l'autorisation de l'opération de concentration ou de commerce de détail. Elles doivent à cette fin mobiliser tous les moyens nécessaires pour garantir leur réalisation effective, dans les meilleurs délais et avant le terme de la période prévue. L'obligation de se conformer strictement aux engagements souscrits peut toutefois, dans des circonstances particulières, être modifiée, allégée, ou levée⁴⁶.
63. Dans ces conditions, l'entreprise ne peut invoquer, au stade du contrôle de leur exécution, une impossibilité ou une difficulté à se conformer aux engagements souscrits, qu'elle a elle-même

⁴¹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard, §31.

⁴² Voir l'arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société Vivendi Universal, n° 353856 : « *si les sociétés requérantes font valoir qu'elles ont respecté plus de 80 % des engagements, cette circonstance est sans incidence sur la gravité des manquements constatés* ».

⁴³ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-15 précitée, §31, n° 17-D-04 du 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, §185, et n° 15-D-02 du 26 février 2015 relative au respect, par le GIE « Les Indépendants », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006, §99 et suivants.

⁴⁴ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

⁴⁵ Voir l'arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012 précité.

⁴⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 relative au respect des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, § 75 et suivants ; voir également l'arrêt du Conseil d'État du 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg, Société SFR Group, n° 409770.

approuvé, tant dans leur contenu que dans leur délai de mise en œuvre⁴⁷. De telles difficultés ne peuvent qu'appeler une saisine en temps utile de l'Autorité en vue d'une révision des engagements, afin d'éviter tout manquement. À défaut d'une telle démarche pour être déliée de ses engagements initiaux, l'entreprise demeure tenue de les exécuter strictement.

64. Enfin, pour contrôler la bonne exécution des engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration ou de commerce de détail, un mandataire peut, dans les cas les plus complexes, avoir été désigné pour en surveiller la réalisation et rendre compte auprès de l'Autorité. Si les rapports établis par le mandataire sont des éléments utiles à l'analyse effectuée par l'Autorité, cette dernière n'est toutefois pas liée par les appréciations portées par le mandataire dans le cadre de l'exercice de sa mission de suivi des engagements⁴⁸.

B. Conditions d'exécution des engagements souscrits dans le cadre de la décision d'autorisation

1. Les engagements respectés

65. En premier lieu, il résulte de l'instruction que l'engagement n° 1 relatif au rappel du libre choix de l'opticien a été correctement exécuté. Les rapports de suivi produits par la Mutuelle du Nickel en 2023 et 2024 comportaient en effet des photographies établissant que l'affiche exigée par l'engagement était bien apposée sur la porte d'entrée, sur la porte de sortie ainsi que sur un tableau d'affichage du cabinet d'ophtalmologie. Ces constats ont été corroborés par les visites inopinées du service d'instruction, vérifiant la présence effective des affiches à ces emplacements.
66. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que l'engagement n° 1 a été respecté.
67. En second lieu, il résulte de l'instruction que l'engagement n° 4, imposant la réduction de la surface de vente du magasin de 44 m² à 36 m², a également été respecté. Les mesures réalisées par le service d'instruction ont confirmé que la surface de vente effective était de 35 m². En outre, la Mutuelle du Nickel a justifié de la réaffectation de la surface résiduelle à un atelier de montage, séparé du magasin par une cloison vitrée.
68. Par conséquent, il y a lieu de considérer que l'engagement n° 4 a été correctement exécuté par la Mutuelle du Nickel.

2. Les engagements méconnus

a. Sur le respect de l'engagement n° 3

◆ Les moyens soulevés en défense

69. La Mutuelle du Nickel fait valoir qu'elle a respecté intégralement l'engagement n° 3.
70. Elle affirme, en premier lieu, que les manquements relevés par le service d'instruction résulteraient d'« *une situation exogène, laquelle ne lui est pas imputable mais au surplus échappe à son contrôle* »⁴⁹. Selon elle, les difficultés observées proviendraient uniquement des aléas du calendrier de l'ophtalmologue, et non de sa propre gestion des jours d'ouverture du magasin.

⁴⁷ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice.

⁴⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-12 précitée.

⁴⁹ Voir les observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel du 27 février 2025, page 7 (Annexe 119, Cote 487).

71. À cet égard, la Mutuelle du Nickel rappelle que l'ophtalmologue exerçant à La Foa, le Docteur Zorra, « *est un prestataire de service et non un salarié* », de sorte qu'il n'existe aucun lien de subordination entre eux. Le Docteur Zorra serait ainsi libre de déterminer le nombre et la fréquence de ses consultations, sans que la mutuelle puisse l'obliger à exercer le lundi⁵⁰. Elle ajoute qu'en toute hypothèse, lorsqu'un service repose « *sur une ressource humaine unique* », des interruptions sont inévitables (empêchements, urgences, maladies). Il ne serait donc pas possible, selon elle, « *d'empêcher la survenance de cette situation n'y d'y remédier en l'absence d'autres praticiens* ».
72. En deuxième lieu, la Mutuelle du Nickel conteste l'interprétation de l'engagement n° 3 retenue par le service d'instruction. Elle fait valoir que cet engagement avait pour finalité « *d'empêcher de tirer bénéfice d'un trop grand nombre de jours communs d'ouverture ; en revanche ils n'ont jamais eu pour finalité d'imposer un nombre de jours communs de fermeture* »⁵¹. Selon elle, l'engagement ne fait aucunement référence aux jours de consultation de l'ophtalmologue, mais uniquement aux jours d'ouverture de son cabinet. Dès lors que le contrat conclu avec l'ophtalmologue prévoyait des consultations les lundis et mercredis, la fermeture du magasin chaque lundi traduirait, selon elle, le respect de ses obligations, puisqu'il ne resterait qu'un seul jour d'ouverture en commun avec l'ophtalmologue⁵².
73. Elle affirme ainsi que si, pour des raisons indépendantes de sa volonté, l'ophtalmologue décide de ne pas ouvrir certains lundis, l'engagement n'en demeure pas moins respecté, dès lors que la fermeture du magasin le lundi reste effective⁵³.
74. Par ailleurs, la Mutuelle du Nickel affirme que le rapport d'instruction préconiserait que l'absence de l'ophtalmologue un lundi devrait entraîner la fermeture du magasin à la fois le lundi et le mercredi. Une telle règle, selon elle, présenterait un caractère « *aléatoire* » et impossible à appliquer en pratique⁵⁴.
75. En dernier lieu, la Mutuelle du Nickel invoque des contraintes liées au droit du travail pour justifier l'impossibilité d'adapter les jours d'ouverture du magasin en fonction du calendrier de l'ophtalmologue. Elle fait valoir qu'elle ne peut « *initier une fermeture de son centre optique le mercredi en mettant d'autorité ses clients devant le fait accompli et surtout en mettant le personnel en congé* »⁵⁵.

◆ **La réponse de l'Autorité**

76. À titre liminaire, il convient de rappeler que l'engagement n° 3 ne porte pas sur les jours de consultation de l'ophtalmologue, dont l'indépendance vis-à-vis de la Mutuelle du Nickel n'est pas remise en cause, mais les jours d'ouverture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, lesquels relèvent directement de la maîtrise de la mutuelle.
77. Concernant la portée de l'engagement n° 3, il existe une divergence entre la Mutuelle du Nickel et le service d'instruction de l'Autorité sur l'interprétation de la formule issue de la lettre d'engagements selon laquelle la mutuelle « *s'engage à ne pas ouvrir au public son centre optique, un jour par semaine simultanément à un jour d'ouverture de l'ophtalmologue* ». Pour la Mutuelle du Nickel, l'élément déterminant réside dans les termes « *jour d'ouverture* », qu'elle distingue du « *jour de consultation* », considérant que l'engagement se réfère uniquement à l'ouverture du cabinet et non à l'effectivité des consultations.

⁵⁰ *Ibid.*, §28-§36 (Annexe 119, Cotes 487-488).

⁵¹ *Ibid.*, §39 (Annexe 119, Cote 490).

⁵² *Ibid.*, §46 (Annexe 119, Cote 491).

⁵³ *Ibid.*, §53 (Annexe 119, Cote 492).

⁵⁴ *Ibid.*, §48-51 (Annexe 119, Cote 492).

⁵⁵ *Ibid.*, §37-§38 (Annexe 119, Cotes 488-490).

78. Pour l’Autorité, conformément aux conclusions du service d’instruction⁵⁶, l’expression « jour d’ouverture » doit nécessairement être comprise comme renvoyant à un jour de consultation effective de l’ophtalmologue, la Décision se référant expressément à ce terme⁵⁷. Cette interprétation découle de sa finalité même, laquelle visait à neutraliser la captation de la patientèle par le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa au moins un jour par semaine et encourager un report vers les magasins concurrents.
79. Ainsi, à la lecture des termes de l’engagement n° 3 et au regard de leur interprétation téléologique, le magasin doit rester fermé un jour par semaine coïncidant avec un jour de consultation de l’ophtalmologue ou de ses remplaçants. Cette règle doit s’appliquer également lorsque le cabinet d’ophtalmologie n’ouvre qu’un seul jour dans la semaine ou lorsqu’il ferme exceptionnellement le lundi mais reste ouvert un autre jour, comme cela a été constaté en 2023 et 2024. Dans ces hypothèses, la fermeture du magasin le lundi ne permet pas de neutraliser l’avantage concurrentiel résultant de sa proximité avec le cabinet, puisque le magasin demeure ouvert tous les jours de consultation effectivement assurés par l’ophtalmologue.
80. Il ne s’agit donc pas, comme le prétend la Mutuelle du Nickel, d’imposer des jours de fermeture supplémentaires, mais bien d’exiger que le magasin adapte son jour de fermeture hebdomadaire aux jours effectifs de consultation du cabinet ophtalmologique.
81. En outre, dans le cadre des opérations de commerce de détail nécessitant des mesures correctives et conformément au II de l’article Lp. 432-3 du Code de commerce, il revient à la partie notifiante de proposer de telles mesures, ce qui implique qu’elle ait effectivement la capacité de les mettre en œuvre.
82. En invoquant son absence de marge de manœuvre pour adapter les jours de fermeture du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, la Mutuelle du Nickel remet en cause la pertinence même de l’engagement n° 3 dont elle a elle-même fait la proposition, et révèle une réticence à en assurer la mise en œuvre effective. Si une impossibilité réelle d’exécuter l’engagement existait, il lui appartenait de saisir l’Autorité afin d’en solliciter la révision. En l’absence d’une telle démarche, la Mutuelle du Nickel demeure tenue de respecter strictement l’engagement n° 3.
83. Il résulte de l’ensemble de ces éléments que la Mutuelle du Nickel a manqué à son engagement n° 3, en n’adaptant pas le jour de fermeture de son magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa aux jours effectifs de consultation de l’ophtalmologue.

b. Sur le respect de l’engagement n° 7

◆ *Les moyens soulevés en défense*

84. En premier lieu, s’agissant de la porte vitrée, la Mutuelle du Nickel conteste que l’existence de cette porte reliant le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa à la salle d’attente du centre de santé constitue un manquement à l’engagement n° 7. Elle fait valoir qu’« *aucune prescription formelle et expresse ne lui a interdit qu’une ouverture lumineuse soit faite depuis sa surface commerciale* »⁵⁸.
85. Elle indique, en tout état de cause, que cette porte vitrée « *ne donne pas directement sur les produits commercialisés par l’opticien, puisqu’il existe une seconde paroi vitrée, certes qui n’est pas totalement occultante, mais sur laquelle des publicités brisent la vue* »⁵⁹. Elle ajoute que la proximité physique du magasin n’aurait aucun effet sur le comportement économique des

⁵⁶ Voir le rapport du service d’instruction en date du 30 décembre 2024 (Annexe 114, Cotes 467-469).

⁵⁷ Voir la décision de l’Autorité n° 2022-DEC-09 précitée, §136 et suivants.

⁵⁸ Voir les observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel du 27 février 2025, §66 (Annexe 119, Cote 496).

⁵⁹ *Ibid.*, §62 (Annexe 119, Cote 495).

patients, et que l'idée selon laquelle l'aperçu du magasin à travers une porte vitrée guiderait leurs choix d'achat relèverait d'une hypothèse irréaliste⁶⁰.

86. De même, elle fait valoir que l'installation de sièges dans la coursive d'accès au cabinet d'ophtalmologie ne saurait transformer cet espace en salle d'attente, dès lors que des sièges sont déjà disponibles à l'intérieur du cabinet. Elle en déduit que, suivant ce raisonnement, « *si l'ophtalmologue décide d'installer un banc d'extérieur, [...] il devra alors être considéré que le centre optique viole à nouveau ses propres engagements parce que les patients de l'ophtalmologue peuvent voir l'intérieur de ce commerce au travers cette fois des vitrages de la façade* »⁶¹.
87. Enfin, elle affirme que le service d'instruction aurait dû identifier le problème posé par la porte vitrée dès l'examen du dossier de notification, les plans remis à l'époque mentionnant déjà « *l'existence d'une baie vitrée donnant sur la rampe d'accès PMR séparant les deux corps du bâtiment* »⁶².
88. En tout état de cause, la Mutuelle du Nickel indique avoir installé un brise-vue occultant sur la porte vitrée afin de répondre aux préoccupations exprimées par le service d'instruction⁶³.
89. En second lieu, s'agissant des incitations du secrétariat en faveur du magasin d'optique, la Mutuelle du Nickel nie toute violation de l'engagement n° 7 et produit quatre attestations de clients du magasin d'optique confirmant l'absence d'orientation de la part de la secrétaire ophtalmologique⁶⁴.
90. Elle souligne en outre, qu'« *[e]n vue d'assurer la neutralité du secrétariat de l'ophtalmologue, la Mutuelle du Nickel lui a transmis une circulaire de sensibilisation les enjoignant à ne pas favoriser le centre optique de la Mutuelle du Nickel et à se montrer d'une parfaite neutralité* »⁶⁵. Elle précise qu'une seule secrétaire est régulièrement affectée au cabinet d'ophtalmologie et que ce n'est qu'en cas d'absence de celle-ci que la secrétaire du cabinet dentaire a pu assurer un remplacement. Deux attestations de ces secrétaires sont produites à l'appui, confirmant que les consignes de neutralité avaient été reçues et appliquées⁶⁶.
91. Enfin, la Mutuelle du Nickel conteste l'interprétation du service d'instruction des propos tenus par sa représentante lors de son audition. Elle fait valoir que celle-ci n'a fait qu'évoquer une hypothèse sur des faits dont elle n'a pas connaissance, en indiquant qu'un éventuel écart aurait pu se produire lors d'un remplacement⁶⁷. Selon la Mutuelle du Nickel, « *aucune condamnation ne peut être fondée sur une éventualité ou sur une hypothèse* », et aucun élément matériel ne permet d'établir la réalité d'incitations systématiques.

◆ **La réponse de l'Autorité**

92. S'agissant de la porte vitrée, il convient de rappeler que l'engagement n° 7 dispose que « *[l]a 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* » (soulignement ajouté).

⁶⁰ *Ibid.*, §68-74 (Annexe 119, Cotes 496-497).

⁶¹ *Ibid.*, §77 (Annexe 119, Cote 497).

⁶² *Ibid.*, §78-81 (Annexe 119, Cotes 497-498).

⁶³ Voir l'annexe n° 7 aux observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel (Annexe 123, Cote 652).

⁶⁴ Voir les annexes n° 11 à 14 aux observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel (Annexe 123, Cotes 656-659).

⁶⁵ Voir les observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel du 27 février 2025, §82 (Annexe 119, Cote 498).

⁶⁶ Voir les observations complémentaires de la Mutuelle du Nickel, §4 et suivants.

⁶⁷ Voir les observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel du 27 février 2025, §85 (Annexe 119, Cote 499).

93. En souscrivant à cet engagement de neutralité, la Mutuelle du Nickel s'est ainsi engagée à éviter tout comportement ou toute situation de nature à favoriser, directement ou indirectement, son magasin d'optique au sein du centre de santé, notamment par l'aménagement des locaux.
94. Or, le placement du mobilier a eu pour effet de transformer le vestibule en salle d'attente, offrant aux patients une visibilité directe sur les produits exposés dans le magasin, ce qui constitue une publicité indirecte en faveur de ce dernier. Ce seul constat suffit à caractériser un manquement à l'engagement n° 7, sans qu'il soit nécessaire d'en analyser l'impact réel sur les comportements d'achat des patients. En tout état de cause, l'éventuel report de clientèle peut être apprécié à la lumière de l'évolution des parts de marché en valeur du magasin d'optique et de ses concurrents, analysée *infra*.
95. En outre, l'argument tenant à ce que le service d'instruction aurait dû, dès la phase de notification, anticiper les conséquences de l'aménagement de la porte vitrée est inopérant, dès lors qu'à ce stade, il n'était pas possible de prévoir la création d'une salle d'attente positionnée face à cette baie vitrée, offrant une vue directe sur les produits du magasin.
96. En revanche, l'Autorité considère qu'il n'est pas établi que le secrétariat du cabinet ophtalmologique ait orienté les patients vers le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa. En effet, le seul élément au soutien de cet argument consiste en six attestations versées par la SARL Optique La Foa⁶⁸, rédigées sur la base d'un questionnaire établi par cette dernière, dont l'identification des répondants apparaît, pour la plupart, peu lisible. Ces éléments sont en outre contredits par plusieurs attestations produites par la Mutuelle du Nickel.
97. De plus, il convient de noter qu'une circulaire interne rappelant les obligations de neutralité a bien été communiquée et présentée à deux reprises dans les comptes-rendus de suivi de 2023 et 2024⁶⁹, et que la Mutuelle du Nickel a produit deux attestations émanant des secrétaires confirmant avoir reçu et appliqué ces consignes.
98. Par ailleurs, lors de ses visites inopinées, ainsi qu'il a été relevé *supra*, le service d'instruction n'a constaté aucune incitation directe de la part de la secrétaire du cabinet ophtalmologique concernant le choix de l'opticien.
99. Dans ces conditions, et en l'état de l'instruction, il n'est pas établi que la Mutuelle du Nickel ait manqué à l'engagement n° 7 du fait d'incitations du secrétariat ophtalmologique.
100. En définitive, il résulte de ce qui précède que la méconnaissance de l'engagement n° 7 est caractérisée par la combinaison de l'installation et du maintien d'une porte vitrée donnant sur le magasin et de l'aménagement du vestibule en salle d'attente, offrant ainsi aux patients une visibilité directe sur les produits exposés.

C. Imputabilité des manquements

101. Il résulte des dispositions du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce que les sanctions prononcées par l'Autorité sont infligées « *aux personnes auxquelles incombaît l'obligation non exécutée* ».

En l'espèce, les engagements annexés à la Décision ont été souscrits par la Mutuelle du Nickel, mutuelle immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 122 507 et ayant son siège au 2 ter rue Berthelot à Doniambo à Nouméa. Leur exécution incombaît bien à cette société.

⁶⁸ Voir les attestations fournies en annexe de la plainte de la SARL Optique La Foa en date du 3 octobre 2023 (Annexes 5-9, Cotes 51-60) et celle transmise le 18 juillet 2024 (Annexe 30, Cotes 113).

⁶⁹ Voir les comptes-rendus 2023 (Annexe 82, Cote 309) et 2024 (Annexe 95, Cote 359) sur le respect des engagements transmis par la Mutuelle du Nickel.

102. Il s'ensuit que l'infraction aux dispositions du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce est imputable à la Mutuelle du Nickel.

IV. Détermination de la sanction

103. Aux termes du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce, « [s]i [l'Autorité] estime que l'exploitant n'a pas exécuté dans les délais fixés un engagement, une injonction ou une prescription figurant dans sa décision prise en application de l'article Lp. 432-3 ou de l'article Lp. 432-4, [elle] constate l'inexécution. Elle peut alors :
- 1° retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. [...] ;*
- 2° enjoindre, sous astreinte et dans la limite prévue au premier alinéa du I, à l'exploitant auquel incombait l'obligation non exécutée d'exécuter, dans un délai qu'elle fixe, les injonctions, prescriptions ou engagements ;*
- 3° enjoindre, sous astreinte et dans la limite prévue au premier alinéa du I, à l'exploitant auquel incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée.*
- En outre, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au second alinéa du I. »*
104. Il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle constate l'inexécution d'un engagement, l'Autorité dispose d'un choix entre plusieurs instruments correctifs : retirer l'autorisation⁷⁰, ou prononcer une injonction, éventuellement assortie d'une astreinte. Elle peut, en outre, prononcer une sanction pécuniaire à la partie mise en cause⁷¹, dont le plafond est fixé à 200 000 F. CFP par mètre carré de surface commerciale concernée.
105. En l'espèce, l'opération portait sur l'ouverture d'un magasin d'optique sous enseigne « Les Opticiens Mutualistes », d'une surface de 36 m². La sanction maximale encourue par la Mutuelle du Nickel s'élève donc à 7 200 000 F. CFP.
106. Le choix entre les options ouvertes par l'article Lp. 432-5 du Code de commerce doit être opéré en tenant compte de l'ensemble des circonstances propres à chaque affaire, afin d'assurer la proportionnalité et l'efficacité de la réponse de l'Autorité. Celle-ci prend notamment en considération la nature des manquements constatés, en appréciant leur gravité ainsi que l'atteinte à la concurrence que la décision d'autorisation avait pour objet de prévenir, de même que leurs conséquences en termes de maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. L'Autorité peut également tenir compte de la nature des engagements souscrits, de leur importance dans l'économie générale de la décision d'autorisation, ou encore du temps écoulé depuis l'opération de concentration ou de commerce de détail et de la durée des engagements restant à courir à la date à laquelle elle statue⁷². Enfin, elle examine le comportement de la partie mise en cause dans la mise en œuvre des engagements souscrits.

⁷⁰ Les conséquences d'un retrait de la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération de commerce de détail sont définies par le IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce. Le retrait entraîne l'obligation pour l'exploitant de notifier à nouveau l'opération auprès de l'Autorité. Ce n'est que si l'exploitant renonce à notifier à nouveau qu'il doit revenir à l'état antérieur à l'opération.

⁷¹ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-12, n° 12-D-15 et n° 17-D-04 précitées.

⁷² Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-12 précitée.

A. Sur la nature des engagements inexécutés et leur importance dans l'économie générale de la décision d'autorisation

107. Les engagements souscrits par la Mutuelle du Nickel sont principalement de nature comportementale. Ce type de remède est particulièrement adapté dans le cadre d'opérations de commerce de détail lorsque la partie notifiante, nouvel entrant sur le marché, est susceptible de se retrouver immédiatement en position dominante à la suite de l'opération, comme c'était le cas en l'espèce.
108. Ces engagements avaient été conçus afin de remédier aux préoccupations concurrentielles identifiées par l'Autorité, tout en permettant à l'exploitant de pénétrer le marché et dynamiser la concurrence, au bénéfice des consommateurs. Ils occupaient, de ce fait, une place centrale dans l'économie générale de la Décision, qui était expressément conditionnée à leur respect. Leur exécution effective était indispensable pour remédier aux effets anticoncurrentiels liés au pouvoir de marché important de la mutuelle à l'issue de l'opération.
109. S'agissant de l'engagement n° 7 de neutralité de portée générale, celui-ci n'a été que partiellement respecté depuis l'ouverture du magasin en mars 2023. Cet engagement visait à atténuer le renforcement du pouvoir de marché du magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, en raison de sa proximité avec le cabinet d'ophtalmologie, et à éviter que la Mutuelle du Nickel ne s'appuie sur la présence de ce cabinet pour promouvoir son magasin d'optique, au risque d'évincer ses concurrents sur la zone primaire de chalandise.
110. S'agissant ensuite de l'engagement n° 3, celui-ci imposait à la Mutuelle du Nickel de fermer un jour par semaine coïncidant avec un jour de consultation de l'ophtalmologue, afin de réduire l'avantage concurrentiel lié à la proximité entre le magasin et le cabinet. Comme rappelé dans la Décision, « *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* »⁷³.
111. Les engagements n° 7 et n° 3 constituent par conséquent une condition essentielle de l'économie générale de la Décision et de la préservation de l'équilibre concurrentiel sur le marché concerné.
112. Les manquements constatés étaient donc de nature à faire échec aux objectifs poursuivis par la Décision, à savoir le rétablissement et le maintien d'une concurrence suffisante sur le marché de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie.

B. Sur la gravité des manquements constatés

113. Le non-respect d'un engagement souscrit à l'occasion de l'autorisation d'une opération de concentration ou de commerce de détail revêt, par nature, un caractère particulièrement grave. En effet, un tel manquement rompt l'équilibre qui avait conduit à autoriser l'opération sous condition, et porte atteinte, de ce seul fait, à l'ordre public économique et à la concurrence⁷⁴. La gravité de ce manquement doit toutefois être appréciée au regard des caractéristiques des pratiques mises en œuvre et des circonstances concrètes propres à chaque cas d'espèce.
114. Au cas présent, le suivi des engagements revêtait une importance particulière, en ce qu'il visait à s'assurer que la Mutuelle du Nickel ne tirerait pas indûment profit de la gestion, sur un même site, de deux activités complémentaires : la prescription médicale et la vente de produits d'optique.

⁷³ Voir la décision de l'Autorité n° 2022-DEC-09 précitée, §136.

⁷⁴ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 18-D-16 précitée ; voir aussi l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 21 août 2007 relatif à l'inexécution par le groupe Carrefour de ses engagements déposés au titre du contrôle des concentrations, page 6.

115. Il résulte néanmoins de l’instruction que sur l’ensemble des engagements souscrits dans la Décision, la Mutuelle du Nickel en a respecté la majorité. Les manquements constatés ne concernent que deux d’entre eux.
116. En outre, il convient de distinguer selon que les manquements constatés traduisent une inexécution continue de l’engagement ou qu’ils présentent un caractère partiel ou ponctuel.
117. En l’espèce, les manquements aux engagements n° 3 et n° 7 revêtent une gravité moindre dans la mesure où ils ne portent pas sur l’essentiel du contenu de ces engagements. S’agissant de l’engagement n° 3, celui-ci a été exécuté dans une large mesure, avec un taux de conformité de 75 % en 2023 et de 88 % en 2024. S’agissant de l’engagement n° 7, le manquement lié à l’existence d’une porte vitrée séparant le magasin du vestibule d’attente a revêtu un caractère continu, mais a été corrigé par la mutuelle à la suite de l’intervention du service d’instruction.
118. Il doit cependant être relevé que l’inexécution partielle des engagements n° 7 et n° 3 a duré deux années à compter du début de leur mise en œuvre. Si cette durée peut paraître limitée, elle correspond en réalité à deux années sur les cinq ans correspondant à la période totale des engagements. Cette durée confère donc au manquement une gravité particulière au regard du temps écoulé depuis l’opération et de la durée des engagements restant à courir.
119. En définitive, si les manquements constatés présentent, par nature, un caractère particulièrement grave et se sont inscrits sur une période significative, leur portée et leur caractère partiel conduit à les considérer comme étant modérément graves.

C. Sur l’incidence des manquements constatés sur la concurrence que les engagements visaient à préserver

120. En matière de contrôle des engagements souscrits dans le cadre d’opérations de concentration, l’Autorité de la concurrence métropolitaine considère qu’il n’est pas nécessaire de démontrer que le manquement a eu des effets réels sur la concurrence, même si la preuve de tels effets peut naturellement être prise en compte. En effet, c’est « *par rapport à l’objectif ayant conduit à la prise de l’engagement qu’il convient de raisonner : lorsqu’une décision d’autorisation rend obligatoire un engagement souscrit par une entreprise en vue de remédier à un risque d’atteinte à la concurrence identifié dans le cadre de l’analyse de l’opération, c’est dans le but de garantir qu’une telle atteinte ne puisse pas se matérialiser dans le futur* »⁷⁵. Or, le non-respect ultérieur de l’engagement permet précisément à ce risque de se concrétiser.
121. Plus le risque que l’engagement visait à prévenir est important, plus le manquement est, toutes choses égales par ailleurs, de nature à produire, actuellement ou potentiellement, des effets significatifs sur le marché concerné⁷⁶.
122. En l’espèce, les engagements souscrits par la Mutuelle du Nickel avaient pour objet principal de neutraliser l’avantage concurrentiel résultant de la proximité physique entre le cabinet d’ophtalmologie et le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa, ainsi que de préserver la structure concurrentielle de la zone de chalandise concernée.
123. Si la SARL Optique La Foa fait valoir que la violation de l’engagement n° 3 aurait permis au magasin de la mutuelle de capter une part substantielle de la clientèle issue des consultations supplémentaires de l’ophtalmologue, au détriment de son propre magasin, entraînant une baisse sensible de sa fréquentation et une diminution importante de son chiffre d’affaires et qu’elle aurait « *détruit l’équilibre auquel avait tenté d’aboutir la décision 2022-DEC-04* »⁷⁷, il convient en premier lieu d’indiquer que cet engagement n’avait pas pour objet de limiter le nombre de

⁷⁵ Voir la décision de l’Autorité de la concurrence métropolitaine n° 18-D-16 précitée.

⁷⁶ Voir la décision de l’Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-15 précitée, §120 et suivants.

⁷⁷ Voir la plainte de la SARL Optique La Foa en date du 3 octobre 2023 (Annexe 1, Cote 3).

jours d'ouverture du cabinet d'ophtalmologie, lesquels relèvent de l'organisation propre du praticien et contribuent, au demeurant, à améliorer l'accès des patients aux soins.

124. En deuxième lieu, il convient de rappeler que les mesures correctives sont neutres : elles visent à protéger la concurrence en tant que telle et non à garantir la pérennité de concurrents particuliers. Il appartient à ces derniers de rester compétitifs. Or, il résulte de l'instruction que le magasin Optique La Foa n'est ouvert que trois jours par semaine (du lundi au mercredi)⁷⁸, de sorte qu'il demeurerait fermé certains jours où l'ophtalmologue ou ses remplaçants ont assuré des consultations. Dans ces conditions, la baisse de chiffre d'affaires enregistrée par ce magasin ne saurait être exclusivement imputée aux manquements de la Mutuelle du Nickel, d'autant qu'il connaissait déjà des difficultés antérieurement au projet d'ouverture du centre de la mutuelle⁷⁹.
125. En troisième lieu, il doit être souligné que l'arrivée d'un nouvel opérateur sur un marché entraîne mécaniquement une redistribution de la clientèle et donc une baisse du chiffre d'affaires des concurrents déjà présents, indépendamment de tout comportement abusif.
126. Toutefois, les données de parts de marché des magasins d'optique recueillies pour la zone de chalandise concernée révèlent qu'en 2023, soit moins d'un an après son ouverture, le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa détenait déjà une part de marché de [40-50] %. Une telle progression rapide, qui place la Mutuelle du Nickel à un niveau proche du seuil de dominance de 50 %, ne peut être analysée sans lien avec le non-respect des engagements souscrits. Elle témoigne du risque que ces manquements ont contribué à renforcer la position concurrentielle de la mutuelle, au détriment de ses concurrents.

Entreprises	2022		2023	
	Parts de marché (en surface)	Parts de marché (en valeur)	Parts de marché (en surface)	Parts de marché (en valeur)
Les Opticiens Mutualistes La Foa	0%	0%	39%	[40-50]%
Optique La Foa	30%	[50-60]%	18%	[20-30]%
Krys Optique Bourail	70%	[40-50]%	43%	[20-30]%
Total	100%	100%	100%	100%

Source : Traitement de données ACNC

127. En conséquence, les manquements de la Mutuelle du Nickel sont de nature à porter significativement atteinte à la concurrence dans la zone de chalandise affectée par l'opération, en ce qu'ils ont empêché le rétablissement de la structure concurrentielle que les engagements souscrits visaient précisément à garantir.

D. Sur la situation individuelle de l'entreprise

128. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, « dans le cadre d'une procédure de sanction pour manquements, les parties sanctionnées peuvent, pour soutenir que les manquements commis ne justifiaient pas la sanction prononcée, faire valoir des difficultés particulières qu'elles auraient rencontrées pour respecter leurs engagements »⁸⁰. Lorsqu'elle prononce une sanction sur le fondement des dispositions du IV de l'article Lp. 430-5 du Code de commerce,

⁷⁸ Voir le procès-verbal de constat du service d'instruction en date du 18 avril 2024 (Annexe 103, Cote 393).

⁷⁹ Voir la décision de l'Autorité n° 2022-DEC-09 précitée, §82.

⁸⁰ Voir l'arrêt du Conseil d'État du 28 septembre 2017 précité.

l'Autorité peut ainsi prendre en compte, si elles sont établies, les éventuelles difficultés particulières rencontrées par les parties pour exécuter leurs obligations.

129. Dès lors, la détermination de la sanction implique de prendre en considération, le cas échéant, l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes caractérisant le comportement de l'entreprise en cause, ainsi que d'autres éléments objectifs relatifs à sa situation individuelle. Cette appréciation peut conduire à ajuster la sanction, à la hausse comme à la baisse.
130. Tout d'abord, il convient de rappeler que lorsqu'elle autorise une opération de concentration ou de commerce de détail sous réserve d'engagements, l'Autorité attend des entreprises qui ont, volontairement et en pleine connaissance de cause, proposé les engagements, qu'elles fassent preuve de coopération tout au long de la période d'exécution. Les engagements proposés doivent être « suffisants » pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés, et il incombe à la partie notifiante de s'assurer dès ce stade qu'ils sont pleinement exécutables, dès lors qu'ils conditionnent l'autorisation de l'opération.
131. L'entreprise notifiante supporte, à cet égard, une véritable obligation de résultat : en l'absence de souscription des engagements, l'opération n'aurait pas pu être autorisée, en raison de la subsistance d'un doute sérieux d'atteinte à la concurrence ou d'un effet anticoncurrentiel.
132. Pour autant, il peut être admis que des difficultés imprévisibles et exceptionnelles viennent entraver la bonne exécution des engagements. Dans une telle hypothèse, il appartient aux parties de porter ces difficultés ou incertitudes à la connaissance de l'Autorité et, le cas échéant, de solliciter en temps utile la révision de leurs engagements.
133. En l'espèce, la Mutuelle du Nickel a respecté son devoir d'information en transmettant des comptes-rendus annuels en 2023 et 2024 attestant du respect des engagements souscrits. Toutefois, ces rapports ne faisaient état d'aucune difficulté particulière quant à leur mise en œuvre. La Mutuelle du Nickel demeurerait donc tenue de réaliser intégralement les engagements souscrits dans la Décision.
134. S'agissant de l'engagement n° 7, et plus particulièrement de la porte vitrée, il doit être relevé que la Mutuelle du Nickel a adopté des mesures correctives à la suite de l'intervention du service d'instruction⁸¹, en installant un brise-vue occultant sur cette porte. Au titre des circonstances atténuantes, il peut donc être tenu compte de la diligence avec laquelle cette correction a été apportée. Cette installation a permis d'occulter la visibilité des produits du magasin depuis le vestibule d'attente et, ce faisant, de supprimer l'effet de publicité indirecte généré par la porte vitrée.
135. S'agissant de l'engagement n° 3, celui-ci était clair, précis, et dépourvu d'ambiguïté dans sa rédaction. Néanmoins, l'Autorité peut tenir compte du fait que certaines situations, non anticipées par la Mutuelle du Nickel, telles que l'ouverture du cabinet d'ophtalmologie un seul jour dans la semaine, rendaient plus difficile le respect intégral de la mise en œuvre de cet engagement. Dans ce contexte, le manquement ne procède pas d'une volonté délibérée de se soustraire à ses obligations.
136. Il convient également de relever que l'exécution de l'engagement n° 3 pouvait être rendue plus délicate par la difficulté structurelle à recruter des ophtalmologues en Nouvelle-Calédonie, comme l'a souligné la Mutuelle du Nickel⁸². Cette difficulté est d'autant plus marquée que la profession est composée, sur le territoire, de praticiens dont une part importante est proche de

⁸¹ Lors de son audition du 2 mai 2024, la Mutuelle du Nickel a déclaré : « *si c'est un souci, nous mettrons des affiches ou une vitre opaque pour obstruer la vue depuis la salle d'attente* » (Annexe 46, Cote 223) ; voir aussi l'annexe n° 7 aux observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel (Annexe 123, Cote 652).

⁸² Voir les observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel du 27 février 2025, §26 et suivants (Annexe 119, Cote 487).

l'âge de la retraite, ce qui accroît les tensions sur l'offre de soins et accentue les risques de pénurie.

137. En séance devant l'Autorité, la Mutuelle du Nickel a d'ailleurs indiqué son intention de solliciter une révision des engagements afin de les adapter aux difficultés pratiques rencontrées, tenant notamment à l'ouverture ponctuelle du cabinet d'ophtalmologie un seul jour dans la semaine et à l'imprévisibilité du calendrier des praticiens, tout en confirmant sa volonté d'assurer leur mise en œuvre effective. Elle s'est également déclarée disposée à accroître sa transparence sur les horaires de consultation de ses ophtalmologues à l'égard des opticiens concurrents.
138. Enfin, bien que présentant un résultat excédentaire à l'échelle de l'ensemble de ses activités⁸³, la Mutuelle du Nickel connaît des résultats déficitaires pour les activités directement liées à l'opération autorisée. En effet, pour l'exercice 2023, le magasin d'optique Les Opticiens Mutualistes La Foa a enregistré un résultat négatif de [confidentiel] F. CFP, tandis que le cabinet d'ophtalmologie accolé a présenté un déficit de [confidentiel] F. CFP⁸⁴. Ces éléments traduisent une fragilité économique spécifique de ces activités, dont l'Autorité tiendra compte dans l'appréciation de la sanction.

E. Conclusion

139. Il résulte de ce qui précède que le non-respect, par la Mutuelle du Nickel, des engagements relatifs à la neutralité de son centre de santé et à la fermeture hebdomadaire du magasin d'optique concomitante aux consultations de l'ophtalmologue revêt une gravité significative, les démarches et efforts entrepris par la Mutuelle du Nickel, dont l'Autorité tient compte, n'ayant pas permis d'assurer pleinement le rétablissement d'une concurrence effective sur le marché de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie. Ces manquements ne justifient cependant pas, en l'espèce, le retrait de l'autorisation accordée.
140. Eu égard à l'ensemble des éléments évoqués ci-dessus, et compte tenu de la possibilité de préserver la concurrence par des mesures moins coercitives, il y a lieu d'imposer à la Mutuelle du Nickel des injonctions (1) ainsi qu'une sanction pécuniaire (2).

1. Sur les injonctions

141. Le recours à une injonction vise à garantir que les entreprises qui ont méconnu leurs engagements s'abstiennent effectivement de poursuivre les comportements constatés et de les réitérer. L'injonction doit donc permettre d'éviter que l'atteinte au fonctionnement concurrentiel des marchés concernés ne se poursuive ou ne se reproduise⁸⁵. Le pouvoir d'injonction reconnu à l'Autorité par les dispositions du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce s'inscrit ainsi dans l'objectif général de préservation de l'ordre public économique auquel répondent les règles de concurrence.
142. Les injonctions prononcées doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés⁸⁶.
143. En l'espèce, les manquements constatés ont altéré l'effet utile des engagements n° 3 et n° 7, dont la finalité était de neutraliser l'avantage concurrentiel résultant de la proximité entre le cabinet d'ophtalmologie et le magasin d'optique, et d'assurer la neutralité des comportements adoptés au sein du centre de santé.

⁸³ Voir les états financiers au 31 décembre 2023 de la Mutuelle du Nickel (Annexe 113, Cotes 454-460).

⁸⁴ Voir l'annexe 15 aux observations n° 1 de la Mutuelle du Nickel (Annexe 123, Cotes 660-663).

⁸⁵ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-12 et n° 18-D-16 précitées.

⁸⁶ Voir l'arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012 précité.

144. Les circonstances de l'espèce justifient donc le prononcé d'injonctions sur le fondement du 2° et du 3° du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce afin de s'assurer que la Mutuelle du Nickel s'abstienne effectivement de poursuivre ou réitérer ses comportements constatés dans la présente décision, ou d'adopter un comportement dont l'objectif ou les effets seraient équivalents.
145. Afin de remédier au manquement constaté à l'engagement n° 7, il y a lieu d'enjoindre à la Mutuelle du Nickel de compléter les affiches susmentionnées, visées à l'engagement n° 1, par la mention suivante : « *En aucun cas l'ophtalmologue ni le secrétariat ne doivent se permettre d'orienter les patients quant au choix de leur centre optique* ». Cette précision participe directement à garantir l'exigence de neutralité prévue par l'engagement n° 7, en rappelant explicitement aux patients et au personnel du centre de santé que toute orientation vers le magasin de la Mutuelle du Nickel est proscrite.
146. S'agissant de la méconnaissance constatée de l'engagement n° 3, il convient d'enjoindre à la Mutuelle du Nickel :
- de respecter strictement l'obligation de fermer le magasin Les Opticiens Mutualistes La Foa un jour par semaine coïncidant avec un jour de consultation de l'ophtalmologue ou de ses remplaçants, y compris lorsque le cabinet est fermé le lundi mais reste ouvert un autre jour de la semaine, ou lorsqu'il n'ouvre qu'un seul jour dans la semaine ;
 - d'accroître la transparence vis-à-vis des opticiens concurrents de la zone de chalandise concernée en transmettant, au moins une fois par mois, le planning anticipé des rotations des ophtalmologues du cabinet de La Foa pour le mois suivant.
147. L'Autorité pourra à tout moment, en réponse à une demande écrite de la Mutuelle du Nickel exposant des motifs légitimes, lever, modifier ou remplacer tout ou partie des présentes injonctions, en cas de circonstances nouvelles ou exceptionnelles.

2. Sur le montant de la sanction

148. La sanction pécuniaire doit être fixée à un niveau suffisant pour dissuader les entreprises concernées de ne pas honorer leurs engagements ou de proposer délibérément des engagements difficilement réalisables. L'entreprise ne doit pas être incitée à adopter une stratégie économique consistant à soumettre des engagements à l'Autorité dans le seul but d'obtenir l'autorisation d'une opération de concentration ou de commerce de détail, sans intention réelle de les exécuter ou de prendre les mesures nécessaires pour leur mise en œuvre effective⁸⁷.
149. Le caractère dissuasif de l'amende doit néanmoins être adapté à la nature particulière du manquement et à la situation de l'entreprise concernée. Toute sanction pécuniaire infligée doit en effet être proportionnée aux circonstances spécifiques de l'affaire.
150. Les états financiers de la Mutuelle du Nickel font apparaître un chiffre d'affaires de 1,98 milliards de F. CFP en 2023, avec un résultat net de [confidentiel] F. CFP, et un chiffre d'affaires de 1,8 milliards de F. CFP en 2022, avec un résultat net de [confidentiel] F. CFP⁸⁸.
151. Il apparaît donc que la situation financière de la mutuelle lui permet de supporter la sanction pécuniaire encourue.
152. Il sera également tenu compte du fait que l'Autorité n'a encore jamais sanctionné le non-respect d'engagements souscrits dans le cadre du contrôle des opérations de concentration ou de commerce de détail. Dans ces conditions, et dans les circonstances de l'espèce, l'Autorité considère qu'il convient de prononcer une sanction pécuniaire d'un montant symbolique par

⁸⁷ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-12, §217 et suivants, n° 12-D-15, n° 17-D-04 et n° 18-D-16 précitées.

⁸⁸ Voir les états financiers au 31 décembre 2023 de la Mutuelle du Nickel (Annexe 113, Cotes 454-460).

rapport au maximum encouru, reflétant davantage une vocation pédagogique qu'une logique répressive.

153. En conséquence, compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus relatifs tant à la gravité des manquements constatés qu'à l'importance de l'atteinte qu'ils sont de nature à engendrer pour la concurrence et aux éléments propres au comportement de la Mutuelle du Nickel, il convient de lui infliger une sanction pécuniaire d'un montant de 450 000 F. CFP. Ce montant représente 0,023 % du chiffre d'affaires de la Mutuelle du Nickel et 6,25 % du montant de la sanction maximale encourue.

DÉCIDE

Article 1^{er} : Il est constaté l'inexécution partielle des engagements n° 3 et n° 7 auxquels était subordonnée la décision n° 2022-DEC-09 de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie du 21 décembre 2022 autorisant l'ouverture d'un magasin d'optique sous enseigne « Les Opticiens Mutualistes » d'une surface de 36 m² à La Foa.

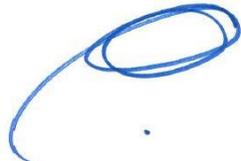
Article 2 : Une sanction pécuniaire d'un montant de 450 000 F. CFP est infligée à la Mutuelle du Nickel, en sa qualité de personne à laquelle incombait les obligations non exécutées sur le fondement du IV de l'article Lp. 432-5 du Code de commerce.

Article 3 : Il est ordonné à la Mutuelle du Nickel de se conformer en tous points aux injonctions prévues aux paragraphes 145145 et suivants de la présente décision.

Article 4 : Conformément à l'article Lp. 465-1 du Code de commerce, la présente décision occultée des secrets des affaires sera publiée sur le site internet de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Sophie Charlot, rapporteure générale, Mme Caroline Genevois, rapporteure, par M. Stéphane Retterer, président, M. Walid Chaiehloudj, vice-président et M. Jérémy Bernard et Mme Johanne Peyre, membres de l'Autorité.

Le secrétaire de séance



Grégory Beaufiles

Le président



Stéphane Retterer

