



Décision n° 2021-DN-02 du 5 août 2021
relative au défaut de notification de l'opération de commerce de détail concernant le
supermarché « Casino Port Plaisance » à Nouméa

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

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 livre IV du code de commerce et notamment ses articles Lp. 432-5 (I) et Lp. 461-3 ;

Vu le dossier de notification, adressé complet à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie le 1^{er} décembre 2020 et enregistré sous le numéro 20-0037EC, relatif à une extension de 79,67 m² de la surface de vente du supermarché à l enseigne « Casino Port Plaisance » situé sur la commune de Nouméa ;

Vu la décision de l'Autorité n° 2021-DEC-02 du 28 janvier 2021 autorisant sans condition une extension de 79,67 m² de la surface de vente du supermarché à l enseigne « Casino Port Plaisance » situé sur la commune de Nouméa ;

Vu la décision de l'Autorité n° 2020-SO-03 du 04 novembre 2020 de saisine d'office relative au défaut de notification par la société SCIE Distribution d'une opération de commerce de détail concernant l'extension de la surface de vente du magasin « Casino Port Plaisance » à Nouméa ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 09 avril 2021 reprochant à la société Supermarché Port-Plaisance un défaut de notification de l'opération d'extension susmentionnée sanctionnable au titre de I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce ;

Vu les observations écrites de la société Supermarché Port Plaisance en date du 11 juin 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, le rapporteur et le représentant de la société Supermarché Port-Plaisance entendus lors de la séance du 21 juillet 2021, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Le 24 juillet 2020, la société Supermarché Port-Plaisance (SPP), qui exploite le magasin sous l'enseigne « Casino Port-Plaisance » au sein de la galerie commerciale « Port-Plaisance » à Nouméa, a mis en exploitation une nouvelle surface commerciale de 79,67 m² portant ainsi la surface totale de vente de ce commerce de 800 à 879,67 m², sans procéder à la notification préalable de cette extension auprès de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie prévue à l'article Lp. 432-1 du code de commerce.

La société SPP a finalement notifié cette opération d'extension le 23 novembre 2020 après une demande d'information puis une mise en demeure de la part de la rapporteure générale. L'Autorité, qui a autorisé l'opération *a posteriori* dans une décision n° 2021-DEC-02 du 28 janvier 2021, s'est par ailleurs auto-saisie de l'infraction consistant en un défaut de notification de l'opération par décision n° 2020-SO-03 du 4 novembre 2020.

A l'issue de l'instruction, un défaut de notification préalable de l'opération d'extension de 79,67 m² du magasin sous l'enseigne « Casino Port Plaisance » a été notifié à la société SPP sur le fondement du deuxième alinéa du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce. Cette disposition prévoit que l'Autorité « peut infliger à l'exploitant auquel incombe la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser 200 000 F. CFP par mètre carré de surface commerciale concernée ».

En défense, la société SPP soutient qu'elle a contracté un bail commercial le 9 août 2019 au sein de la galerie Port Plaisance sans savoir précisément la manière dont elle utiliserait ses nouvelles surfaces commerciales. Au cours de la séance, elle a précisé qu'elle envisageait au départ une installation éphémère de certains de ses rayons en raison de travaux à réaliser dans le magasin principal puis qu'elle a ensuite envisagé de déplacer ses rayons de boissons alcoolisées dans ce nouveau local commercial étant donné les obligations imposées par la délibération n° 13-2020/APC du 7 mai 2020 modifiant le code des débits de boissons dans la province Sud. Finalement, les travaux initialement envisagés n'ont pu avoir lieu en raison de la crise sanitaire en 2019 et la société SPP a décidé de déplacer ses rayons « bio » en raison de l'obligation de « garnissage » imposée par le bailleur, dans l'attente d'y placer ses boissons alcoolisées lorsque la réglementation de la Province Sud serait adoptée et en vigueur. Elle soutient donc qu'en raison du caractère éphémère de la vente de produits bio dans cette surface commerciale, elle a cru ne pas être tenue de notifier l'opération à l'Autorité. Elle reconnaît avoir commis une erreur d'appréciation et souligne sa diligence pour notifier cette opération dès la demande du service d'instruction de l'Autorité.

En réponse, l'Autorité considère que les règles régissant la contrôlabilité des opérations de commerce de détail ne prévoient pas d'exception tenant au caractère éphémère d'une ouverture ou d'une extension d'un commerce de détail. Ces règles ne soulevaient pas de difficulté d'interprétation en l'espèce dès lors que la société SPP avait, dès le départ, l'intention de déplacer certains de ses rayons du magasin principal vers cette nouvelle surface commerciale. Elle souligne en outre que le bail commercial signé par la société SPP destine cette nouvelle surface de vente « exclusivement au commerce de produits alimentaires et cosmétiques bio et naturels » et a été conclu pour une durée de neuf ans. Elle ajoute que, compte tenu des termes du bail concernant la destination commerciale de cette nouvelle surface de vente, la nature des produits alimentaires ou cosmétiques vendus dans ce local à titre temporaire ou permanent par la société SPP est sans incidence sur le fait qu'il s'agit d'une extension de son magasin principal. Il en résulte que l'argument reposant sur le « caractère éphémère » de l'opération d'extension de la surface de vente de la société SPP au sein de la galerie Port Plaisance ne peut qu'être écarté.

Au surplus, l'Autorité rappelle qu'à supposer que la société SPP ait eu un doute sur le caractère notifiable de l'extension du magasin « Casino Port Plaisance », elle aurait pu interroger le service d'instruction de l'Autorité en amont de l'ouverture de cette nouvelle surface commerciale ou se tourner vers sa maison-mère, la société GBH, qui dispose de ressources juridiques et d'une expertise majeure en matière de notification des opérations contrôlables auprès des autorités de concurrence. En outre, si elle estimait

que le « garnissage » de ce local était urgent compte tenu de ses obligations prévues dans le bail, elle aurait pu notifier l'opération et demander une dérogation, à titre exceptionnel, sur le fondement du VI de l'article Lp. 432-2 du code de commerce, pour exploiter commercialement ce local sans attendre la décision définitive de l'Autorité.

En l'espèce, l'Autorité en conclut que le défaut de notification de l'extension du supermarché « Casino Port Plaisance » d'une surface de vente de 79,67 m² est établi. En application du deuxième alinéa du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce, compte tenu de la taille de la surface commerciale concernée, le montant maximal de la sanction encourue est de 15 934 000 F.CFP.

La société SPP, qui reconnaît son erreur d'appréciation, précise dans ses observations écrites qu'elle n'a aucunement eu l'intention de contourner la loi et sollicite l'absence de sanction de la part de l'Autorité. Au cours de la séance, la société SPP a invité l'Autorité à tenir compte, dans l'hypothèse d'une sanction, de sa bonne foi et de sa situation financière dès lors que le résultat net de la société SPP est inférieur au montant maximal de la sanction encouru, puisqu'il s'établit à 12 millions de francs CFP en 2019.

L'Autorité constate que si la société SPP a réalisé un résultat net comptable de 12 millions de francs en 2019, son chiffre d'affaires s'établit à 1,2 milliard de francs CFP et le montant des dividendes distribués à ses actionnaires s'élève à 50 millions de francs CFP la même année. Il en résulte que sa situation financière lui permet de faire face, le cas échéant, au montant maximal de la sanction encourue, et ce d'autant plus que le groupe GBH a, pour sa part, réalisé un chiffre d'affaires de 39 milliards de francs CFP.

L'Autorité considère que le défaut de notification d'une opération de commerce de détail est, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique. En effet, ce défaut de notification prive l'Autorité de la possibilité d'examiner les effets potentiellement anticoncurrentiels du projet d'extension préalablement à sa réalisation et envoie un mauvais signal aux autres opérateurs sur le marché.

En l'espèce, cette infraction apparaît d'autant plus grave qu'elle émane de la société SPP, qui appartient au groupe GBH, leader sur le marché de la distribution au détail de produits à dominante alimentaire, lequel dispose d'une longue expérience du contrôle des opérations de commerce de détail en Nouvelle-Calédonie et qui n'a pas, pour autant, dénoncé spontanément ce manquement même *a posteriori*.

A titre de circonstance atténuante, l'Autorité retient néanmoins que la société SPP n'a pas cherché délibérément à contourner le contrôle des opérations de commerce de détail au regard des risques concurrentiels anticipés de l'opération. Elle retient également que le manquement est d'une durée relativement courte en raison de la coopération de la société SPP après avoir été mis en demeure de régulariser l'opération par le service d'instruction.

Compte tenu de ces différents éléments, l'Autorité a infligé une amende de 14 millions de F.CFP à la société SPP au titre du défaut de notification préalable de l'opération d'extension du magasin « Casino Port Plaisance » au sein de la galerie commerciale Port-Plaisance à Nouméa.

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

Table des matières

RESUME.....	2
I. Constatations.....	5
II. Discussion.....	6
A. <i>Sur le manquement constaté.....</i>	<i>6</i>
1. Les moyens soulevés en défense.....	6
2. La réponse de l'Autorité.....	7
B. <i>Sur l'imputabilité du manquement.....</i>	<i>9</i>
III. Sur la détermination de la sanction.....	9
A. <i>Sur la gravité du manquement.....</i>	<i>9</i>
B. <i>Sur la situation individuelle de l'entreprise.....</i>	<i>11</i>
C. <i>Sur le montant de la sanction.....</i>	<i>12</i>
DECISION.....	12

I. Constatations

1. Le commerce de détail à l'enseigne « Casino Port Plaisance », situé dans la galerie commerciale « Port Plaisance » à Nouméa, est exploité par la société Supermarché Port-Plaisance (ci-après « la société SPP »)¹, laquelle a réalisé un chiffre d'affaires de 1,2 milliard de F.CFP en 2019².
2. La société SPP est une société par actions simplifiée, immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 214 049 depuis le 3 janvier 1989.
3. La société SPP est une filiale à [> 50] % de la société Sodima, laquelle est détenue à [> 50] % par la société holding Polyanna, elle-même détenue à 100 % par la société Groupe Bernard Hayot³, société mère et tête de groupe du même nom⁴ (ci-après, le groupe « GBH »)⁵. La société Polyanna détient également [> 50] % du capital social de la société SCIE Distribution, en charge de la logistique et des services centraux des grandes surfaces alimentaires exploitées sous les enseignes « Géant Sainte Marie », « Casino » et « Leader Price » en Nouvelle-Calédonie⁶.
4. Le 24 juillet 2020⁷, la société SPP a mis en exploitation une nouvelle surface de vente se situant en face du supermarché qu'elle exploite sous l'enseigne « Casino Port Plaisance » au sein de la galerie commerciale « Port Plaisance » à Nouméa. Cette extension de 79,67 m² portait ainsi la surface totale de vente de ce commerce de 800 à 879,67 m² après l'opération⁸. Néanmoins, la société SPP avait inscrit sur la devanture de ce nouveau local la mention : « magasin éphémère ».
5. Le 1^{er} octobre 2020, le service d'instruction de l'Autorité a adressé à la SCIE Distribution une demande d'informations portant sur la mise en exploitation, sans autorisation préalable de l'Autorité, de ce nouveau local commercial⁹.
6. Par courriel du 2 octobre 2020, le directeur général des sociétés SPP et SCIE Distribution a fourni les premiers éléments de contexte relatifs à cette opération¹⁰.
7. Le 4 novembre 2020, à l'examen des informations transmises et des premiers éléments d'enquête relevés par le service d'instruction, la rapporteure générale a adressé un courrier de mise en demeure afin qu'il soit procédé à la notification de l'opération avant le 23 novembre 2020¹¹.
8. Le même jour, sur proposition de la rapporteure générale, l'Autorité s'est saisie d'office du défaut de notification de l'opération de commerce de détail ayant consisté en l'extension de la surface de vente du supermarché exploité sous l'enseigne « Casino Port Plaisance » à Nouméa, sur le fondement du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce¹².

¹ Voir l'extrait Kbis de la société SPP, annexe 14, cotes 109 à 110.

² Voir les comptes 2019 de la société SPP, annexe 21, cote 215.

³ La société Groupe Bernard Hayot est une société par actions simplifiée immatriculée au RCS de Fort-de-France en Martinique sous le numéro 352 821 664 depuis le 21 décembre 1989.

⁴ Le groupe GBH est constitué de la société GBH et de ses filiales.

⁵ Voir l'organigramme du groupe GBH en Nouvelle-Calédonie au 16 novembre 2020, annexe 10, cote 85.

⁶ *Ibid.*

⁷ Voir les échanges de courriels entre le service d'instruction et la société SCIE Distribution, annexe 29, cote 274 ; le §2.4.3 de la notification « pour régularisation d'ouverture » de la partie notifiante du 16 novembre 2020, annexe 07, cote 36.

⁸ Voir la décision n° 2021-DEC-02 précitée.

⁹ Voir les échanges de courriels entre le service d'instruction et le DG des sociétés SPP et SCIE Distribution, annexe 29, cotes 274 à 275.

¹⁰ *Ibid.*, cote 273 à 274.

¹¹ Voir le courrier de mise en demeure de la rapporteure générale n° 2020-CS-141/RG du 4 novembre 2020, annexe 24, cotes 239 et 240.

¹² Voir la décision de l'Autorité n° 2020-SO-03 du 4 novembre 2020 de saisine d'office relative au défaut de notification par la société SCIE Distribution d'une opération de commerce de détail concernant l'extension de la surface de vente du magasin « Casino Port Plaisance » à Nouméa, annexe 01, cotes 2 à 3.

9. Le 17 novembre 2020, le directeur général des sociétés SPP et SCIE Distribution a déposé un dossier de notification aux fins de régularisation de l'opération, déclaré complet à la date 1^{er} décembre 2020¹³.
10. Par décision du 28 janvier 2021, l'Autorité a autorisé sans condition l'opération de commerce de détail relative à une extension de 79,67 m² de la surface de vente du supermarché à l'enseigne « Casino Port Plaisance » situé sur la commune de Nouméa¹⁴.
11. Le 12 avril 2021, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié un rapport à la société SPP lui reprochant un défaut de notification de l'opération d'extension susmentionnée au titre du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce, qui précisait qu'en application du deuxième alinéa de cet article « l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut infliger à l'exploitant auquel incombait la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser 200 000 F CFP par mètre carré de surface commerciale concernée »¹⁵.
12. En réponse à ce rapport, la société SPP a formulé des observations écrites le 11 juin 2021 et des observations orales au cours de la séance du 21 juillet 2021.

II. Discussion

A. Sur le manquement constaté

13. Dans ses observations, la société SPP reconnaît une erreur d'appréciation quant à son obligation de notifier l'opération. Elle plaide l'absence de caractère notoire de la contrôlabilité de l'opération en raison de l'ouverture éphémère de la nouvelle surface de vente de produits bio et souligne les nécessités de prendre en considération le contexte législatif spécifique de mise en conformité à la délibération n° 13-2020/APS du 7 mai 2020 modifiant le code des débits de boissons.

1. Les moyens soulevés en défense

14. La société SPP souligne qu'elle a conclu un bail commercial le 9 août 2019 au sein de la galerie Port Plaisance lui imposant une « obligation de garniture »¹⁶ et précise que l'affectation de cette nouvelle surface de vente relevait d'une logique d'opportunité commerciale et ne préjugait pas d'un projet d'extension du magasin « Casino Port Plaisance » clairement défini.
15. Au cours de la séance, le représentant de la société SPP a précisé qu'il envisageait au départ une installation éphémère de certains de ses rayons en raison de travaux à réaliser dans le supermarché « Casino Port Plaisance ». Toutefois, en raison de la crise sanitaire, les travaux prévus n'ont pu être réalisés si bien que la société SPP a ensuite procédé au « déménagement temporaires des rayons bio du supermarché dans ce nouveau local »¹⁷ pour répondre à l'obligation de garniture prévue dans son bail, dans l'attente de connaître le contenu de la réglementation annoncée par la Province Sud concernant la vente de boissons alcoolisées de manière séparée d'autres produits alimentaires.
16. La société SPP soutient en effet qu'elle a « dû composer dans un contexte de transition législative de mise en conformité d'espaces de vente dédiés aux boissons alcooliques et fermentées sans précision sur les éventuelles contraintes de notifiabilité de ces opérations de mise en conformité. »¹⁸. La société SPP dit avoir été confrontée à cette occasion à « l'absence d'information s'agissant d'une éventuelle

¹³ Voir le courrier de complétude de la rapporteure générale du 3 décembre 2020, annexe 22, cotes 234.

¹⁴ Voir la décision de l'Autorité n° 2021-DEC-02 du 28 janvier 2021 précitée.

¹⁵ Voir le rapport du service d'instruction en date du 9 avril 2021 et notifié à la société Supermarché Port Plaisance, le 12 avril 2021, annexe 32.

¹⁶ Annexe 35, cote 302.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibid.* cote 306.

obligation de notification au titre du contrôle des concentrations » et explique avoir « cru pouvoir pallier cette situation en mettant en exploitation un magasin éphémère »¹⁹.

17. Au cours de son audition, le représentant de la société SPP a souligné que « *la réglementation en matière de boutiques éphémères n'étant pas claire, nous avons choisi de l'inscrire sur la devanture du local. Nous n'avons pas réalisé qu'il pouvait y avoir un sujet auprès de l'Autorité en dépit du fait que le personnel affecté au nouveau local est celui du supermarché, de même que nous avons conservé le système de caisse du supermarché. Sur un dossier si petit et dans la mesure où nous avons alerté le public sur le caractère éphémère de la boutique bio, je pensais qu'il n'y avait pas de problème* »²⁰.
18. Se référant au point 30 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des opérations de concentration, le représentant de la société SPP explique ainsi avoir fondé son analyse par analogie dans la mesure où « *la notion de concentration est définie de telle sorte qu'elle couvre des opérations entraînant un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la structure d'un marché.* »²¹ (Soulignements non-ajoutés). En conséquence, « *il a semblé à la société SPP que dans la mesure où la structure du marché n'était pas changée durablement, la mise en exploitation temporaire ne relevait pas des dispositions du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.* »²².
19. Enfin, le représentant de la société SPP fait valoir qu'il ne dispose pas de service juridique en interne, de même que la SCIE Distribution, et qu'en matière d'opérations de commerce de détail, ces sociétés contactent « *directement le service juridique de GBH* »²³. Toutefois, il a expliqué lors de son audition avoir « *considéré que le dossier, en ce qu'il s'agissait d'une situation éphémère, ne nécessitait pas l'intervention juridique du groupe, dans un contexte de crise sanitaire* »²⁴. En séance, il a ajouté que les ressources juridiques du groupe GBH étaient alors mobilisées par l'acquisition du groupe Vindemia à La Réunion et a reconnu avoir commis l'erreur de ne pas les avoir contactées pour être mieux conseillé.

2. La réponse de l'Autorité

20. L'Autorité rappelle en premier lieu que les critères de contrôlabilité d'une opération dans le secteur du commerce de détail prévus par les articles Lp. 432-1 et suivants du code de commerce ne sont pas les mêmes que les critères de contrôlabilité d'une opération de concentration prévus par les articles Lp. 431-1 et suivants et pour lesquels il peut être pertinent de se référer aux lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives aux opérations de concentration.
21. En matière d'opérations dans le secteur du commerce de détail en Nouvelle-Calédonie, les critères prévues à l'article Lp. 432-1 du code de commerce, fondés sur la surface de vente du commerce de détail, sont clairs et transparents et ne soulèvent pas de difficultés d'interprétation particulière.
22. Il est ainsi prévu qu'« *Est soumis au régime d'autorisation [...] toute mise en exploitation, dans un magasin de commerce de détail déjà en exploitation, d'une nouvelle surface de vente, lorsque la surface totale de vente de ce magasin est ou devient supérieure à 600 m².* » (Soulignement et gras ajoutés).
23. L'Autorité relève que ni l'article Lp. 432-1 du code de commerce ni l'arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail, ne prévoient d'exception à l'obligation de notification

¹⁹ *Ibid.* cote 306 et 307.

²⁰ Annexe 30, cote 279.

²¹ *Ibid.* cote 305.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* cote 280.

en cas d'ouverture « éphémère » d'un commerce de détail ou d'une extension d'un commerce de détail existant. L'Autorité n'a, par ailleurs, jamais rendu de décision en ce sens depuis sa création et n'a pas connaissance d'une telle jurisprudence de la part du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à l'époque où il avait la charge du contrôle des opérations dans le secteur du commerce de détail.

24. Par conséquent, même si la société SPP a pu avoir un doute sur le caractère notifiable de l'extension du magasin « Casino Port Plaisance » en raison du contexte législatif ou de l'analogie à laquelle elle a procédé en se référant à la pratique de l'Autorité de la concurrence métropolitaine en matière de contrôle des concentrations, il lui appartenait de prendre conseil auprès de sa maison-mère, la société GBH, qui dispose de ressources juridiques et d'une expertise majeure en matière de notification des opérations dans le secteur du commerce de détail devant l'Autorité, avec pas moins de six notifications différentes en trois ans.
25. A supposer qu'il lui était difficile d'utiliser les ressources de sa maison-mère en raison d'autres contraintes internes au groupe GBH, la société SPP aurait pu également interroger directement l'Autorité en amont de l'ouverture de cette nouvelle surface commerciale pour lever ce doute ou demander une lettre de confort, au lieu d'attendre que le service d'instruction de l'Autorité l'ait mis en demeure de notifier l'opération pour interroger l'Autorité en novembre 2020 quant aux conséquences de la délibération n° 13-2020/APS du 7 mai 2020 précitée au regard des obligations de notification visées par l'article Lp. 432-1 du code de commerce.
26. L'Autorité constate, en deuxième lieu, qu'à la suite de la demande de régularisation de l'opération par le service d'instruction, la société SPP a choisi de notifier une opération d'extension de la surface de son supermarché exploité sous l'enseigne « Casino Port Plaisance » de 800 à 879,67 m² du fait de la signature d'un nouveau bail commercial²⁵. Ce choix s'explique par le fait que le garnissage de cette nouvelle surface de vente a été exclusivement assuré par le transfert des rayons bio du supermarché « Casino Port Plaisance » comme le rappelle la décision de l'Autorité n° 2021-DEC-02 du 28 janvier 2021 autorisant cette extension.
27. L'Autorité estime que le fait que la SPP projetait d'y installer, plus tard, ses rayons de boissons alcoolisées et fermentées pour se conformer aux obligations prévues par la délibération de la Province Sud n° 13-2020/APS du 7 mai 2020 modifiant le code des débits de boissons, ne modifie pas le fait que la surface de vente totale du magasin « Casino Port Plaisance » s'est trouvée automatiquement étendue dès son exploitation le 24 juillet 2020.
28. Cette analyse est d'autant plus évidente que le bail commercial signé par la société SPP impose que cette nouvelle surface de vente soit destinée « *exclusivement au commerce de produits alimentaires et cosmétiques bio et naturels* » et qu'il a été conclu pour une durée de « *9 années entières et consécutives* »²⁶. Il en résulte que la nature des produits alimentaires ou cosmétiques commercialisés dans cette nouvelle surface de vente, que ce soit à titre temporaire ou permanent, est sans incidence sur le fait qu'il s'agit d'une extension durable du supermarché « Casino Port Plaisance ».
29. Au surplus, l'Autorité rappelle que si la société SPP estimait que le « garnissage » de ce local était urgent compte tenu de ses obligations prévues dans le bail, elle aurait pu notifier en amont l'opération et demander une dérogation, à titre exceptionnel, sur le fondement du VI de l'article Lp. 432-2 du code de commerce, pour exploiter commercialement ce local sans attendre la décision définitive de l'Autorité.
30. Au demeurant, l'Autorité constate que le caractère « éphémère » du placement des rayons bio du magasin « Casino Port Plaisance » dans cette nouvelle surface de vente n'est pas avéré puisqu'en

²⁵ Voir le dossier de notification, annexe 7, cote 35.

²⁶ Annexe 13, cote 95.

pratique celle-ci est exclusivement dédiée à la vente de produits bio, depuis son ouverture jusqu'à la date de rédaction de la présente décision plus d'un an après²⁷.

31. En définitive, les différents arguments soulevés par la société SPP pour exposer ses doutes et les contraintes auxquelles elle était confrontée au moment de l'ouverture d'une nouvelle surface de vente au sein de la galerie commerciale « Port Plaisance » ne sauraient l'exonérer de son obligation de notification préalable de l'extension du supermarché « Casino Port Plaisance » en application de l'article Lp. 432-1 du code de commerce.

B. Sur l'imputabilité du manquement

32. Conformément au I de l'article Lp. 432-2 du code de commerce, en vigueur à la date de l'infraction : « *L'obligation de notification d'une opération visée à l'article Lp. 432-1 incombe à la personne physique ou morale qui exploitera le magasin concerné après que cette opération aura pris effet* ». L'obligation de notification d'une opération de commerce de détail avant sa réalisation incombe donc à la seule personne physique ou morale qui exploitera le commerce de détail objet de l'opération.
33. En l'espèce, le directeur général de la société SPP a déclaré lors de son audition que : « *C'est la société Supermarché Port Plaisance qui exploite le supermarché "Casino Port Plaisance"* »²⁸, le contrat de bail conclu entre la SCI Port Plaisance le 8 août 2019, pour la location de six lots, dont quatre correspondant à l'extension de la surface commerciale du supermarché à l enseigne « Casino Port Plaisance » ayant également été signé par la société SPP²⁹.
34. Le défaut de notification est donc imputable à la société SPP.

III. Sur la détermination de la sanction

35. En vertu du deuxième alinéa du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut infliger à l'exploitant auquel incombe la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser 200 000 F CFP par mètre carré de surface commerciale concernée* » (soulignement ajouté).
36. L'opération portant sur une extension de 79,67 m² de la surface commerciale du supermarché exploité sous l'enseigne « Casino Port Plaisance », la sanction maximale encourue est d'un montant de 15 934 000 F.CFP.
37. Conformément au principe de la proportionnalité des peines et à celui de l'individualisation des sanctions, il sera tenu compte, pour déterminer en l'espèce le montant de la sanction (C), tant de la gravité des faits eu égard aux circonstances aggravante et atténuantes de l'espèce (A) que de la situation individuelle de l'entreprise en cause (B).

A. Sur la gravité du manquement

38. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que le droit à l'erreur, prévu à l'article 4 de la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 n'est pas applicable aux procédures mises en œuvre par l'Autorité, conformément au IV de cet article, le droit de la concurrence visant à protéger l'ordre public économique auquel il ne peut être dérogé par erreur³⁰.

²⁷ Entre le 24 juillet 2020 et le 30 juin 2021.

²⁸ Voir le procès-verbal d'audition du directeur général des sociétés Supermarché Port Plaisance et SCIE Distribution, annexe 30, cote 278.

²⁹ Voir le contrat de bail conclu entre les sociétés Port Plaisance SCI et Port Plaisance SA, annexe 13, cotes 90 à 107.

³⁰ Voir en ce sens la décision n° 2021-DN-01 précitée.

39. L’Autorité rappelle également qu’un manquement à l’obligation de notification d’une opération dans le secteur du commerce de détail constitue, en tant que tel et quelle que soit l’importance des effets anticoncurrentiels de cette opération sur le ou les marchés pertinents concernés, un manquement grave, dès lors qu’il fait obstacle au contrôle *a priori* qui incombe à l’Autorité et porte atteinte à l’ordre public économique. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l’article Lp. 432-5 du code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d’une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par une opération dans le secteur du commerce de détail non notifiée³¹.
40. Il convient en effet de rappeler que le manquement à l’obligation prévue à l’article Lp. 432-5 du code de commerce fait échec à l’effet suspensif du contrôle des opérations de commerce de détail en Nouvelle-Calédonie. Or, la suspension de la réalisation d’une opération de commerce de détail à une décision d’autorisation est une garantie essentielle de l’effectivité de son contrôle qui incite notamment la partie notificante à fournir à l’Autorité, dans des délais contraints, toutes les informations requises par le service d’instruction afin d’obtenir une décision d’autorisation et de pouvoir réaliser l’opération³².
41. Si cette infraction est, dès lors, grave par nature, l’appréciation de l’Autorité n’en tient pas moins compte des circonstances concrètes du cas d’espèce, qu’elles soient aggravantes ou atténuantes, et notamment du caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l’opération, de la taille de l’entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont celle-ci pouvait disposer, ou de l’éventuelle volonté de ses responsables de contourner l’obligation légale de notification, en particulier lorsque l’opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence. Il peut également être tenu compte de sa coopération tant à l’occasion de la procédure de notification *a posteriori* de l’opération qu’à l’occasion de la procédure pour défaut de notification.
42. Au titre des circonstances atténuantes, l’Autorité constate en premier lieu que la durée de l’infraction est relativement courte, puisqu’elle a duré 6 mois et 4 jours³³. La durée limitée de l’infraction résulte toutefois de l’intervention du service d’instruction auprès de la société SPP pour la mettre en demeure de régulariser la situation et non de la dénonciation spontanée du manquement par l’entreprise concernée.
43. Néanmoins, la diligence de la société SPP pour répondre aux demandes d’information du service d’instruction, tant à l’occasion de la procédure de notification de l’opération de commerce de détail *a posteriori*, qu’à l’occasion de la procédure liée au défaut de notification, mérite d’être prise en considération³⁴.
44. En l’espèce, dès la première prise de contact du service d’instruction datée du 1^{er} octobre 2020, la société SPP a fait preuve de réactivité, puisqu’elle a répondu le lendemain de la sollicitation³⁵. Il a également été répondu en moins de deux jours au courrier de la rapporteure générale daté du 4 novembre 2020³⁶. De plus, le dossier de notification visant à régulariser la situation de la société SPP, au regard des dispositions de l’article Lp. 432-5 du code de commerce, a été adressé au service d’instruction, le 17 novembre 2020, soit une semaine avant la fin du délai accordé par le service d’instruction. Enfin, en réponse à un courrier d’incomplétude daté du 24 novembre 2020³⁷, les

³¹ Voir les décisions de l’autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-12 du 11 mai 2012 et n° 13-D-22 du 20 décembre 2013.

³² Voir en ce sens la décision n° 2021-DN-01 précitée.

³³ Voir la décision de l’Autorité n° 2021-DN-01 précitée.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Voir les échanges de courriels entre le service d’instruction et le DG des sociétés SPP et SCIE Distribution, annexe 29, cotes 273 à 275.

³⁶ *Ibid.*, cotes 271 à 273.

³⁷ Voir le courrier d’incomplétude de la rapporteure générale, annexe 20, cotes 153 à 154.

compléments d'information demandés ont été fournis, le 1^{er} décembre 2020, date à laquelle le dossier de notification a été déclaré complet³⁸.

45. Compte tenu de ces éléments de chronologie, l'Autorité considère que la société SPP a pleinement coopéré avec le service d'instruction pendant la période intermédiaire de régularisation de l'opération litigieuse pour mettre fin rapidement à son manquement.
46. En deuxième lieu, l'Autorité rappelle qu'à l'instar de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence calédonienne et métropolitaine relative au défaut de notification d'une opération de concentration, le défaut de notification d'une opération de commerce de détail ne se limite pas aux infractions intentionnelles mais concerne également les omissions de notification résultant d'une négligence³⁹.
47. En l'espèce, elle constate que si la société SPP a fait preuve de négligence en ne s'assurant pas auprès de sa maison-mère ou auprès de l'Autorité du caractère notifiable de l'opération envisagée dès lors qu'elle avait un doute, aucun élément du dossier ne permet de considérer qu'elle ait eu l'intention de contourner délibérément les dispositions de la loi pour échapper au contrôle de l'opération par l'Autorité et à une éventuelle interdiction de l'opération, et ce d'autant plus que la société SPP estimait dès le départ que l'opération ne portait pas atteinte à la structure du marché.
48. Au titre des circonstances aggravantes, l'Autorité considère que le caractère contrôlable de l'opération ne soulevait aucune difficulté d'analyse juridique pour les raisons exposées précédemment. De plus, le défaut de notification de la part de la société SPP est d'autant moins excusable qu'elle appartient au groupe GBH, lequel est l'opérateur le plus important sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire en Nouvelle-Calédonie. Dès lors que le groupe GBH dispose d'une grande expérience en matière de notification d'opération de commerce de détail auprès des autorités calédoniennes et de moyens, notamment juridiques, il ne pouvait ignorer l'obligation de la société SPP de procéder à la notification de l'extension du supermarché « Casino Port Plaisance » préalablement à son ouverture, et aurait pu, en tout état de cause, l'inciter à prendre l'initiative de régulariser elle-même la situation *a posteriori*.

B. Sur la situation individuelle de l'entreprise

49. Pour mémoire, en vertu du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce, le montant maximal de la sanction susceptible d'être infligée à la société SPP est de 15 934 000 F.CFP.
50. Les comptes 2019 de la société SPP font apparaître un chiffre d'affaires de 1,2 milliards de F.CFP et un résultat net de 12 millions de F.CFP en 2019, le montant des dividendes versés s'élevant à 50 millions de F.CFP⁴⁰. En 2018, le chiffre d'affaires de la société SPP était de 1,4 milliards de F.CFP⁴¹, il était de 1,5 milliards de F.CFP en 2017⁴².
51. Par ailleurs, l'ensemble des activités du groupe GBH en Nouvelle-Calédonie a représenté un chiffre d'affaires de [confidentiel] milliards de F. CFP, dont [confidentiel] milliards de F. CFP pour le secteur de la distribution à dominante alimentaire en 2019⁴³.

³⁸ Voir le courrier de complétude de la rapporteure générale, annexe 22, cote 234.

³⁹ *Ibid.* Voir également la lettre de sanction du ministre de l'Économie n° C2006-103 du 8 décembre 2007 relative à une concentration dans le secteur du saumon : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2007/07_01bis/c2006_103_decisionsanction_panfish_fjordseafood.pdf.

⁴⁰ 1 242 134 112 (voir les comptes 2019 de la société SPP, annexe 21, cotes 215 et 174).

⁴¹ 1 401 033 870 (voir les comptes 2018 de la société SPP, annexe 21, cote 193).

⁴² 1 472 927 253 (voir les comptes 2017 de la société SPP, annexe 21, cote 171).

⁴³ Voir la décision n° 2020-DEC-06, en version confidentielle, précitée.

52. Au regard de ces éléments chiffrés et de l'appartenance de la société SPP au groupe GBH, l'Autorité constate que la situation financière de l'entreprise lui permet de supporter, le cas échéant, la sanction pécuniaire maximale encourue.

C. Sur le montant de la sanction

53. Il ressort de ce qui précède que la gravité, par nature, du défaut de notification, en tant qu'elle fait obstacle au contrôle des opérations de commerce de détail, est accentuée en l'espèce par l'absence de difficulté pour l'analyse du caractère contrôlable de l'opération et le fait que la société SPP appartient au groupe GBH, leader sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire en Nouvelle-Calédonie, lequel a, d'une part, une parfaite connaissance des règles relatives au contrôle des opérations dans le secteur du commerce de détail, et, d'autre part, est doté de moyens juridiques permettant de lever les doutes, le cas échéant, de la société SPP.
54. Par ailleurs, l'Autorité tient compte, pour déterminer le montant de l'amende, de la nécessité de conférer à la sanction un caractère dissuasif. Le caractère dissuasif de l'amende doit néanmoins être adapté à la situation particulière de l'entreprise en cause et des comportements constatés.
55. En l'espèce, le fait que la société SPP ait davantage manqué à ses obligations par négligence qu'en raison d'une volonté délibérée de contourner les règles relatives au contrôle des opérations dans le secteur du commerce de détail et le fait qu'elle ait coopéré avec le service d'instruction pour mettre fin au manquement constaté, après avoir été mise en demeure de le faire, conduit à minorer le montant de la sanction.
56. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité décide d'infliger à la société SPP une amende à hauteur de 14 millions de francs CFP.

Décide

Article 1^{er} : Il est établi que la société SPP a manqué aux obligations prévues à l'article Lp. 432-1 du code de commerce en procédant, le 24 juillet 2020, à la mise en exploitation d'une nouvelle surface de vente de 79,67 m² du supermarché qu'elle exploite sous l'enseigne « Casino Port Plaisance » au sein de la galerie commerciale « Port Plaisance » à Nouméa, sans procéder à la notification préalable de cette opération auprès de l'Autorité.

Article 2 : Une amende d'un montant de 14 millions de F.CFP est infligée à la société SPP, en tant qu'auteur de la pratique sur le fondement du deuxième alinéa du I de l'article Lp. 432-5 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Monsieur Corentin Petillon, rapporteur et l'intervention de Mme Virginie Cramensnil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, Présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et M. Robin Simpson, M. Walid Chaiehloudj et Mme Nadège Meyer, membres.

La secrétaire de séance



Flavienne Haluatr

La présidente



Aurélie Zoude-Le Berre

