



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2022-PAC-04 du 30 juin 2022 (rect)

relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie

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

Vu le courrier du 4 février 2019, enregistré sous le numéro 19/0004PAC, par lequel le Syndicat des opticiens lunetiers de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « le syndicat des opticiens ») a saisi l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, l'« Autorité ») d'une plainte dirigée à l'encontre de la Mutuelle du commerce et de la Mutuelle de la métallurgie, de la mine, de l'énergie et des activités annexes (ci-après, la « Mutuelle du nickel »).

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce »), relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment ses articles Lp. 421-1 et Lp. 421-2 ;

Vu la notification de griefs du service d'instruction en date du 4 juin 2021 adressé à la Mutuelle du commerce et à la Mutuelle du nickel ;

Vu les observations écrites de la Mutuelle du commerce et de la Mutuelle du nickel à la notification de griefs du 4 juin 2021 ;

Vu les décisions relatives au secret des affaires n° 21-DSA-01, n° 21-DSA-02, n° 21-DSA-03, n° 21-DSA-04 et n° 21-DSA-05 du 5 mai 2021 ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 19 octobre 2021 ;

Vu les observations écrites de la Mutuelle du commerce, de la Mutuelle du nickel et du commissaire du gouvernement au rapport du service d'instruction du 19 octobre 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure et les représentants de la Mutuelle du commerce et de la Mutuelle du nickel entendus lors de la séance du 22 mars 2022, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué et excusé ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Le syndicat des opticiens a saisi l'Autorité le 4 février 2019 d'une plainte dénonçant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel d'optique-lunetterie médicale par la Mutuelle du commerce et la Mutuelle de la métallurgie, de la mine, de l'énergie et des activités annexes (ci-après, la « Mutuelle du nickel »). A la suite de l'enquête conduite par le service d'instruction, trois griefs ont été notifiés aux parties mises en cause qui les ont contestés par écrit et oralement.

Au regard de l'ensemble des éléments du dossier, l'Autorité considère que :

– la pratique d'entente notifiée au titre du grief n° 1 en raison d'échanges d'informations stratégiques entre les deux mutuelles, dans le cadre de la mise en œuvre d'une convention de prestations de services par laquelle la Mutuelle du nickel a mis à disposition de la Mutuelle du commerce son opticien-conseil pour assurer le contrôle des devis des opticiens libéraux adressés à ses bénéficiaires, n'est pas établie. L'Autorité estime en effet que les informations transmises sont pour partie publiques et qu'en tout état de cause rien ne permet de constater que les autres informations collectées par l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel, qui est également responsable des trois centres des « opticiens mutualistes », aient été utilisées en violation de ses obligations contractuelles déontologiques, d'indépendance et de confidentialité, ni qu'elles l'aient conduit à adapter la stratégie commerciale des centres « Les opticiens mutualistes » pour infléchir leur comportement sur le seul segment de marché réellement concerné par la dite pratique, à savoir les produits complexes ou de luxe dont le prix excède 100.000 FCFP (soit 5 à 7 % des ventes réalisées auprès des bénéficiaires de la Mutuelle du commerce) ;

– la pratique d'entente notifiée au titre du grief n° 2 en raison de la création d'un partenariat entre les deux mutuelles pour instaurer, à compter du 1^{er} juillet 2018, une nouvelle gamme de lunettes sans reste à charge au bénéfice de leurs adhérents, en réservant aux seuls « opticiens mutualistes » la distribution de cette gamme, couplée à une campagne d'information destinée aux adhérents de la Mutuelle du commerce, qualifiée de « trompeuse » pour détourner la clientèle habituelle des opticiens libéraux vers les « opticiens mutualistes », n'est pas établie. L'Autorité estime en effet que le développement de réseaux de soins agréés entre les mutuelles et les opticiens libéraux ou mutualistes doit être *a priori* considéré comme pro concurrentiel. De même, une offre de lunette sans reste à charge développée par une mutuelle au profit de ses adhérents doit également être *a priori* accueillie favorablement au regard de la politique de la concurrence et des intérêts des consommateurs. En l'espèce, outre le fait que les opticiens libéraux auraient pu solliciter un partenariat équivalent auprès de la Mutuelle du commerce, l'instruction n'a pas pu démontrer que la pratique notifiée a eu pour effet de porter atteinte à la concurrence, la part de marché des opticiens libéraux pour la vente d'équipements optique pris en charge par la Mutuelle du commerce ayant constamment progressé entre 2018 et 2020 ;

– l'abus de position dominante de la Mutuelle du nickel sur le marché de la distribution de matériel d'optique-lunetterie médicale en Province Nord notifié au titre du grief n° 3 en raison d'une pratique de dénigrement à l'égard des opticiens libéraux dans le cadre de publicités diffusées dans un magazine, sur son site internet ou sa page Facebook entre 2015 et 2022 est, en revanche, établi. Cette pratique, caractérisée par la publication de slogans faux ou de nature à jeter le discrédit sur les opticiens libéraux a été initiée en 2015 et répétée plusieurs fois par an jusqu'en 2022. Elle revêt un objet anticoncurrentiel et a pu freiner l'installation de nouveaux entrants en Province Nord voire contribuer à la fermeture en 2020 du seul opticien libéral concurrent installé à Koné.

A ce titre, et compte tenu du fait que le nombre de messages dénigrants et le dommage à l'économie sont restés limités, l'Autorité a prononcé une sanction pécuniaire symbolique à vocation pédagogique d'un montant de 2,5 millions F.CFP ainsi qu'une sanction de publication dans *Les Nouvelles Calédoniennes* et sur la page Facebook de la Mutuelle du nickel.

Enfin, l'Autorité décide de renvoyer une partie du dossier à l'instruction considérant qu'il n'est pas exclu que la Mutuelle du nickel soit en position dominante sur d'autres marchés et qu'elle ait commis d'autres pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abusives au sens de l'article Lp. 421-2 du code de commerce, dénoncées par le syndicat des pharmaciens dans sa saisine.

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

SOMMAIRE

I. Constatations	5
A. Rappel de la procédure	5
B. Le secteur concerné	6
1. Le secteur de l'optique-lunetterie médicale	6
a. Les produits d'optique-lunetterie médicale	6
b. La réglementation calédonienne en vigueur	6
c. Le fonctionnement du secteur de l'optique-lunetterie médicale.....	8
2. Le secteur de l'assurance complémentaire de santé en matière de produits d'optique-lunetterie médicale	11
a. Le rôle des organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM).....	11
b. L'organisation de réseaux de soins entre OCAM et professionnels de santé ...	12
i. Le champ des réseaux de soins agréés en métropole	12
ii. Le tiers-payant entre les OCAM et les opticiens calédoniens.....	13
C. Les parties mises en cause	16
1. La Mutuelle du nickel	16
2. La Mutuelle du commerce	17
D. Les pratiques constatées	18
1. Le partage d'informations commerciales sensibles entre la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel	18
2. Les pratiques visant à favoriser les centres d'optiques mutualistes installés à proximité des centres d'ophtalmologie de la Mutuelle du nickel	20
3. Les pratiques de détournement de la clientèle au profit des « opticiens mutualistes » à travers une « communication tout public »	21
4. Le partenariat commercial entre la Mutuelle du nickel et la Mutuelle du commerce pour le développement d'une nouvelle gamme de lunettes sans reste à charge accompagné de publicité « trompeuse et dénigrante »	22
a. Le partenariat pour le développement d'une nouvelle gamme de lunettes sans reste à charge	22
b. La publicité autour de la gamme « M Optique » qualifiée de trompeuse et dénigrante par le plaignant	24
5. Les pratiques de « publicité dénigrante » de la part de la Mutuelle du nickel dans sa communication tout public	27
E. Les griefs notifiés	27

II. Discussion	28
A. Sur le bien-fondé des griefs	28
1. Sur le grief n°1 relatif aux échanges d’informations entre la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel	28
a. Principes applicables en matière d’échange d’informations	28
b. Appréciation au cas d’espèce	30
2. Sur le grief n° 2 relatif à l’entente entre la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel pour le développement de la gamme <i>M Optique</i> et sa promotion par l’intermédiaire de la circulaire du 30 mai 2018	35
a. Les principes applicables en matière de réseaux de soins agréés	35
b. Les arguments des parties	38
c. La réponse de l’Autorité	41
3. Sur le grief n° 3 relatif à l’abus de position dominante de la Mutuelle du nickel en Province Nord en raison de la diffusion de publicité dénigrantes et les autres pratiques alléguées par le plaignant	43
a. Sur les marchés pertinents et la position de la Mutuelle du nickel	43
i. Les arguments soulevés	43
ii. La réponse de l’Autorité	45
b. Sur les pratiques d’abus de position dominante alléguées par le plaignant non retenues par la notification de griefs	47
c. Sur la pratique de publicités dénigrantes visée par le grief n° 3	47
i. Les principes applicables en matière de dénigrement constitutif d’un abus de position dominante	47
ii. Les arguments de la Mutuelle du Nickel	49
iii. La réponse de l’Autorité	50
III. Appréciation des sanctions	52
A. Les sanctions pécuniaires	52
1. Sur la gravité du grief n° 3	53
2. Sur le dommage à l’économie résultant du grief n° 3	53
3. Sur la situation individuelle de la Mutuelle du nickel	54
B. Les sanctions non pécuniaires	55
Décision	56

I. Constatations

1. Après avoir rappelé brièvement le déroulement de la procédure (A), l'Autorité présentera le secteur d'activité (B) et les parties concernées par la plainte (C) avant d'exposer les pratiques relevées au cours de l'instruction (D) et les griefs notifiés par le service d'instruction (E).

A. Rappel de la procédure

2. Le 4 février 2019, le Syndicat des opticiens a saisi l'Autorité d'une plainte à l'encontre de la Mutuelle du commerce et de la Mutuelle du nickel, dénonçant des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de l'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie¹.
3. Le syndicat des opticiens dénonce ainsi « *Une entente à la base de l'ouverture des centres d'optique de la Mutuelle du nickel aux adhérents de la Mutuelle du commerce* »² étant précisé que, selon le plaignant, le secteur concerné est celui des montures de lunettes et verres ophtalmologiques³.
4. Le plaignant soutient que la Mutuelle du nickel et la Mutuelle du commerce « *dans le cadre de cette entente, se livrent à des pratiques ayant pour but de détourner la clientèle des opticiens libéraux au profit des magasins d'optique mutualistes* »⁴. Ces pratiques seraient les suivantes : la communication tout public sous la forme de « diverses publicités » pour les centres d'optique de la Mutuelle du nickel réalisées dans la presse ou sur internet ; la publicité trompeuse dans la presse ; la publicité dénigrante ; le partage d'informations commerciales et la proximité de centres d'ophtalmologie⁵.
5. Dans le cadre de cette saisine, enregistrée sous le numéro n° 19-0004PAC, le service d'instruction de l'Autorité a mené l'enquête et procédé à des auditions. Une demande d'informations a également été adressée aux opticiens libéraux afin de recueillir des éléments sur le fonctionnement du secteur. Enfin, la situation des magasins d'optique mutualistes a fait l'objet de procès-verbaux de constat de la part du service d'instruction⁶.
6. Le 4 juin 2021, une notification de griefs a été adressée à la Mutuelle du nickel et à la Mutuelle du commerce ainsi qu'au commissaire du gouvernement.
7. Dans leurs observations en réponse à la notification de griefs du 4 juin 2021, les parties mises en cause ont contesté la réalité de ces pratiques anticoncurrentielles.
8. Le 19 octobre 2021, le service d'instruction a répondu à ces observations dans un rapport adressé aux parties ainsi qu'au commissaire du gouvernement.
9. Dans leurs observations en réponse au rapport du service d'instruction, les parties ont de nouveau contesté les arguments au soutien du maintien des griefs notifiés. Le commissaire du gouvernement n'a produit aucune observation écrite ou orale.

¹ Voir la plainte n°19-0004PAC enregistrée le 04 février 2019, annexe 1, cotes 1-15.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ce sont ces pratiques qui sont ensuite successivement abordées dans la plainte.

⁶ Voir les annexes 169 et 170, cotes 1238-1300.

B. Le secteur concerné

1. Le secteur de l'optique-lunetterie médicale

10. A titre indicatif, les dépenses en optique médicale en métropole ont représenté, en 2017, un montant total de 6,1 milliards d'euros (soit environ 720 milliards de F CFP), les deux tiers de la dépense d'optique médicale ont concerné les verres correcteurs et un peu moins d'un tiers les lunettes. Les lentilles ne représentent qu'une part de 5,5%⁷.
11. Auditionné sur la taille du secteur calédonien, le représentant du syndicat des opticiens a estimé que le montant global des dépenses en optique médicale en Nouvelle-Calédonie « représente entre 3 et 4 milliards de F CFP par an » (soulignement ajouté)⁸.
12. Pour comprendre le fonctionnement du secteur, il convient de rappeler ce que recouvrent les produits d'optique médicale (a), la réglementation qui leur est applicable (b) et les acteurs qui les distribuent (c).

a. Les produits d'optique-lunetterie médicale visés par les pratiques

13. Selon le plaignant, le secteur concerné est celui « de l'optique lunetterie et, plus particulièrement, les montures de lunettes et verres ophtalmiques »⁹.
14. Les produits d'optique oculaire, c'est-à-dire verres correcteurs (de vue et/ou de soleil), montures, et lentilles de contact sont des dispositifs médicaux délivrés sur prescription médicale et couverts par un monopole de vente (voir *infra*).
15. Au niveau national, les produits d'optique prescrits sur ordonnance représentent en moyenne 77 à 80 % du chiffre d'affaires total d'un opticien. Un équipement s'entend comme une monture équipée de ses verres correcteurs.
16. Pour les opticiens de la Nouvelle-Calédonie, ces produits « représentent environ 80 % des ventes, que ce soit en volume ou en valeur. Ce sont à peu près les mêmes ratios qu'en métropole »¹⁰.

b. La réglementation calédonienne en vigueur

17. Pour mémoire, la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 donne à la Nouvelle-Calédonie compétence en matière de « protection sociale, hygiène publique et santé »¹¹.
18. L'ancien code de la santé publique applicable en Nouvelle-Calédonie précise les conditions d'exercice de la profession d'opticien-lunettier aux articles Lp. 4481-1 et suivants : « Est considérée comme exerçant la profession d'opticien-lunettier, toute personne qui réalise, adapte et vend des articles destinés à corriger les défauts ou déficiences de la vue sur prescription médicale. L'opticien-lunettier peut également vendre au public les produits destinés à l'entretien des lentilles oculaires de contact. »¹². L'article Lp. 4481-6 précise que : « Le colportage des verres correcteurs d'amétropie est interdit. » réservant ainsi le monopole de vente aux seuls opticiens-lunettiers.

⁷ Voir les statistiques de La Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (Drees), *Les dépenses de santé en 2017*, Ed. 2018, p. 66, annexe 135, cotes 1007-1105.

⁸ Voir la plainte, annexe 1, côtes 1-15.

⁹ Ibid.

¹⁰ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de Krys optique, annexe 96, cotes 681-689.

¹¹ En particulier les articles 22-2° et 22-4°.

¹² Voir [l'annexe](#) à la loi du pays n° 2019-1 du 19 janvier 2019 modifiant le livre IV de la partie législative de l'ancien code de la santé publique applicable en Nouvelle-Calédonie (professions de santé).

19. La Cour de cassation a rappelé par un arrêt du 25 février 2003 relatif au monopole de la profession d'opticien-lunetier en vigueur en métropole à l'époque que celui-ci ne portait que sur les « *articles destinés à corriger les défauts et déficience de la vue* » (amétropie)¹³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait considéré que, dès lors qu'un texte instituant un monopole est contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte¹⁴.
20. Ainsi, seule la vente des produits d'optique délivrés sur prescription médicale, autrement appelés « *produits remboursables* », est strictement réservée aux opticiens-lunettiers en Nouvelle-Calédonie. Ces derniers peuvent par ailleurs vendre d'autres produits d'optique comme : « *les lunettes de soleil non correctrices, tous les accessoires et les produits de nettoyage et d'entretien* »¹⁵ à l'instar de tout commerçant.
21. De plus, en Nouvelle-Calédonie, l'article 29 de la délibération n° 280 du 19 décembre 2001 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie, prévoit le remboursement par la Caisse de Compensation des Prestations Familiales, des Accidents du Travail et de Prévoyance des travailleurs de Nouvelle-Calédonie (CAFAT) des frais d'acquisition et de renouvellement des lunettes sous réserve de la délivrance préalable d'une prescription médicale.
22. Par délibération du 13 novembre 2015, l'article 29 de la délibération n° 280 du 19 décembre 2001 susvisée a été modifié et les conditions et modalités de prise en charge des frais d'optique par la CAFAT ont été élargies, autorisant un opticien-lunetier à renouveler des lunettes sur présentation d'une prescription initiale de moins de trois ans. Cette modification avait pour objet de répondre aux difficultés rencontrées par certains assurés pour obtenir un rendez-vous médical auprès d'un ophtalmologue compte tenu des délais d'attente parfois importants.
23. L'obligation de prise en charge des frais d'acquisition de l'équipement optique prévue par les délibérations du 19 décembre 2001 et du 13 novembre 2015 susvisée concerne uniquement la part CAFAT et non celle de la complémentaire santé, dans le cas où l'assuré a souscrit un contrat complémentaire santé¹⁶.
24. Les mutuelles peuvent ainsi choisir d'aligner le remboursement de la part complémentaire sur cette nouvelle réglementation ou prévoir des conditions de remboursement de la part complémentaire à des conditions plus restrictives¹⁷.
25. Selon la Mutuelle du commerce, cette nouvelle réglementation a entraîné une forte hausse des dépenses d'optique, car une partie de la population a vu dans la nouvelle réglementation l'opportunité de renouveler plus facilement chaque année leurs lunettes, sans que cela ne réponde à un besoin médical identifié.

¹³ Voir l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 25 février 2003, [pourvoi n°01-11.545](#)

¹⁴ Ibid, la cour de cassation a considéré que : « *Pour décider que les lunettes pré-montées ou lunettes loupes entrent dans le champ du monopole de vente réservé à la profession d'opticien-lunetier, l'arrêt (de la cour d'appel) retient que sont visés par l'article L.508 du Code de la santé publique, devenu l'article L. 43-62-9 du Code la santé publique l'ensemble des articles destinés à corriger les défauts et déficiences de la vue et que les lunettes pré-montées fussent-elles des produits standard, sont destinées à corriger la presbytie, qui ne consiste pas en un défaut de la réfraction comme l'amétropie mais un défaut d'accommodation dû au vieillissement ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 508 prohibe le colportage des verres correcteurs d'amétropie, et que tout texte instituant un monopole contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie doit être interprété strictement, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ».*

¹⁵ Voir le procès-verbal d'audition du SOLNC en date du 19 mars 2019, annexe 15, cotes 55-64.

¹⁶ Voir l'article 1^{er} de la délibération n°24/CP du 13 novembre 2015 portant diverses mesures d'ordre sanitaire et social et article 29 de la délibération n°280 du 19 décembre 2001 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie.

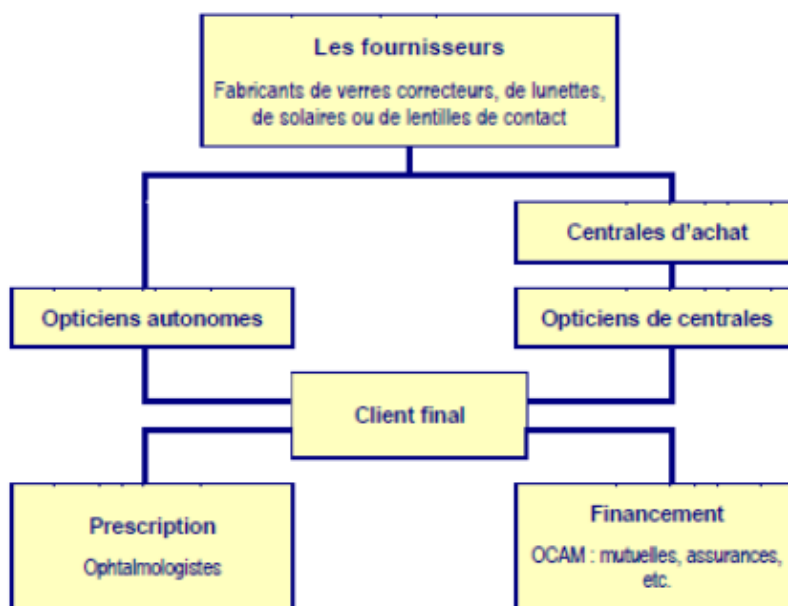
¹⁷ Voir notamment le rapport et avis n°23/2013 du 9 août 2013 concernant la saisine portant sur la délibération relative à l'exercice de la profession d'opticien-lunetier en Nouvelle-Calédonie.

26. C'est pourquoi la Mutuelle du commerce a choisi d'imposer à ses adhérents, depuis le 1^{er} juillet 2018, d'être en possession d'une nouvelle ordonnance pour chaque renouvellement de lunettes pour obtenir le remboursement de la part complémentaire¹⁸.
27. Au 1^{er} janvier 2021, la réglementation a de nouveau évolué en Nouvelle-Calédonie et prévoit désormais la prise en charge tous les deux ans du renouvellement d'équipements optique pour les personnes âgées de 16 ans et plus, dans la lignée des contrats responsables mis en place en métropole¹⁹.
28. La Mutuelle du commerce a décidé de s'aligner sur cette nouvelle réglementation pour ce qui concerne le remboursement de la part complémentaire et a ainsi informé ses adhérents qu'ils pourraient, à compter du 1^{er} janvier 2021, bénéficier du remboursement de leurs équipements d'optique tous les deux ans (part mutuelle et part CAFAT).

c. Le fonctionnement du secteur de l'optique-lunetterie médicale

29. En métropole, la pratique décisionnelle de l'Autorité métropolitaine décrit le secteur de l'optique-lunetterie comme celui qui « regroupe en amont les fournisseurs de produits d'optique, et en aval les distributeurs desdits produits (opticiens). Des centrales d'achat et/ou de référencement interviennent également dans ce secteur. »²⁰.

Schéma de la chaîne d'approvisionnement et de distribution dans le secteur de l'optique lunetterie médicale



Source : Etude Xerfi 700, Lunettes (fabricant) - Octobre 2010²¹

¹⁸ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du commerce, annexe 28, cotes 92-108.

¹⁹ Arrêté du 3 décembre 2018 portant modification des modalités de prise en charge de dispositifs médicaux et prestations associées pour la prise en charge d'optique médicale au chapitre 2 du titre II de la liste prévue à l'article L. 165-1 (LPP) du code de la sécurité sociale, paru au JORF le 13 décembre 2018, appliqué à compter du 1^{er} janvier 2021.

²⁰ Voir les Décisions n°13-D-05 (point 3 : « Le secteur de l'optique-lunetterie regroupe en amont les fournisseurs de produits d'optique, et en aval les distributeurs desdits produits. Plusieurs centrales d'achat interviennent également dans ce secteur, dont certaines réalisent des prestations relevant de l'activité de fabrication (telles que le surfaçage et le traitement des verres) ».) et n° 16-D-12 du 9 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par Carte Blanche Partenaires dans le secteur de l'optique, p. 2.

²¹ Voir la Décision n°13-D-05 du 26 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kalivia dans le secteur de l'optique-lunetterie.

30. Cette structure du marché se retrouve également en Nouvelle-Calédonie. En effet, il ressort de l'instruction qu'à l'époque des faits constatés par la notification de griefs, les produits d'optique-lunetterie commercialisés étaient fabriqués hors du territoire et importés directement par les distributeurs que sont les opticiens libéraux ou les centres d'optique mutualistes désignés sous l'appellation : « Les opticiens mutualistes »²².
31. L'Autorité note néanmoins qu'un nouvel opticien a ouvert en novembre 2020 présentant la particularité de fabriquer ses verres sur place²³.
32. En métropole et dans les départements et régions d'outre-mer, le marché de l'optique lunetterie compte environ 29 magasins pour 100.000 personnes nécessitant une correction optique²⁴. En Nouvelle-Calédonie, la situation est assez similaire dans la mesure où l'on trouve environ 33 magasins²⁵ pour 135.700 personnes (soit environ 23 magasins pour 100 000 personnes) nécessitant une correction visuelle.
33. Comme l'a déjà souligné l'Autorité de la concurrence métropolitaine, la distribution des produits d'optique lunetterie peut être assurée par différents types de réseaux :
- « – les opticiens indépendants, dont certains sont adhérents à une centrale de référencement locale ou nationale, ce qui leur permet de bénéficier de prix négociés par cette dernière. La centrale DDO est la plus importante, avec un millier d'adhérents environ ;
- les réseaux coopératifs avec ou sans enseigne commune (*Guilde des lunetiers de France, Guilde des lunetiers de France, Atol, Optique 2000, etc.*) ;
- les opticiens franchisés s'engageant par contrat à respecter une charte en contrepartie d'une certaine notoriété (*Alain Afflelou, les frères Lissac, etc.*) ;
- les réseaux succursalistes (*les opticiens associés exploitant l'enseigne Grand Optical par exemple*) ;
- les opticiens mutualistes (*Mutoptic, Cooptimut, etc.*) »²⁶.
34. Il y a lieu de relever qu'en métropole comme en Nouvelle-Calédonie, les centres d'optique mutualistes doivent être distingués de l'ensemble des autres opticiens. En effet, « créés par des mutuelles d'assurance maladie, ces centres bénéficient des avantages fiscaux et juridiques propres au monde mutualiste. »²⁷. Ils ont la particularité de pouvoir être créés par une ou plusieurs mutuelles et n'ont pas de personnalité juridique propre²⁸ (voir *infra*).
35. En métropole, selon « Les chiffres du marché 2018 », sur la période 2007-2017, les magasins d'optique indépendants représentent environ 26 % du marché de la distribution et ont un

²² Voir les réponses au questionnaire du service d'instruction, annexes 136 à 151, cotes 1108 à 1205.

²³ Voir le procès-verbal d'Optic Discount, annexe 167, cotes 1266-1270.

²⁴ Données extraites du hors-série « Bien Vu : Les chiffres du marché 2018 ».

²⁵ L'opticien libéral installé à Koné ayant fermé en 2020.

²⁶ Voir la Décision no 2001-D-45 du Conseil de la concurrence métropolitain.

²⁷ Voir l'avis n° 99-A-17 du Conseil de la concurrence en date du 17 novembre 1999 relatif à la mise en œuvre de remboursements différenciés en matière d'optique et à la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens.

²⁸ En Nouvelle-Calédonie, l'article 72 de la Loi du pays n°2013-4 du 7 juin 2013 portant statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie, prévoit que les mutuelles calédoniennes peuvent : « créer ou exploiter des établissements ou services, conduire des actions à caractère social, sanitaire, médico-social ou culturel et réaliser des opérations de prévention. La présente loi du pays ne déroge pas aux lois et règlements concernant la création et la gestion de ces catégories d'établissements et de services ». Toutefois, cette loi du pays dispose à l'article 73 que : « Les établissements et services mentionnés à l'article 72 n'ont pas une personnalité juridique distincte de celle de la mutuelle fondatrice. Les opérations de chacun d'eux doivent faire l'objet d'un budget et de comptes séparés ».

rythme de progression en baisse. A l'inverse, les franchisés et les coopératives, qui détiennent chacun environ 30 % du marché, ont un chiffre d'affaires relativement dynamique. Les centres d'optique mutualistes représentent environ 9 % de ce marché mais leur chiffre d'affaires est en progression (+ 17 % en 10 ans).

36. En Nouvelle-Calédonie, le marché de l'optique-lunetterie s'organise selon les mêmes types de réseaux de distribution mais la répartition des parts de marché est différente avec une part prépondérante de la Mutuelle du nickel à travers ses trois magasins.
37. En premier lieu, selon le syndicat des opticiens, il y a « environ 15 à 20 opticiens libéraux sur le territoire »²⁹. Le nombre total de points de vente dépasse toutefois la trentaine dans la mesure où certains opticiens détiennent plusieurs magasins, parfois plusieurs enseignes. L'on décompte ainsi 21 magasins à Nouméa, 5 magasins à Dumbéa, 2 magasins au Mont-Dore, 1 magasin à Koné³⁰, 1 magasin à La Foa et 1 magasin à Bourail.
38. En second lieu, la Mutuelle du nickel a ouvert trois centres d'optique mutualistes qu'elle gère directement sous l'enseigne « *Les opticiens mutualistes* » : un magasin à Nouméa, un à Dumbéa et un à Koné. Lors de son audition, le représentant de la Mutuelle du nickel a indiqué que : « *Le premier date de 1978. C'est celui de Nouméa-Doniambo. En 1994, celui du Quartier Latin a été créé. En 2012, celui de Koné a ouvert. En 2016, le magasin de Doniambo a été transféré à Dumbéa* »³¹.
39. Concernant le fonctionnement de ces centres d'optique mutualistes, le représentant de la Mutuelle du nickel a précisé : « *Il y a un opticien manager par magasin. (...) Les trois centres emploient 21 personnes, dont 12 opticiens diplômés, une opticienne responsable qui chapeaute la filière, 3 monteurs-vendeurs et 5 hôtesse d'accueil* »³².
40. Il y a lieu de préciser qu'aucune autre mutuelle calédonienne n'a créé d'établissements de ce type. Dès lors, la Mutuelle du nickel est la seule mutuelle concurrente des opticiens-lunetiers libéraux en Nouvelle-Calédonie.
41. Le représentant de la Mutuelle du nickel, propriétaire des trois centres « les opticiens mutualistes » en Nouvelle-Calédonie³³, a indiqué : « *J'estime ma part de marché en 2017, sur les seuls verres correcteurs (sur la base des données des douanes), à près de 50 %. Aujourd'hui, on doit être plus près de 40 %, compte tenu de l'ouverture d'une dizaine de nouveaux magasins d'optique et du fait que mon chiffre d'affaires est stable, étant limité aux seuls mutualistes. Les 4 magasins Optic 2000 sont sans doute en deuxième place et les 4 magasins de M. [X] (qui possède Afflelou, la Générale d'optique et deux autres marques) sont en troisième rang* »³⁴.
42. Cette répartition des parts de marché des distributeurs au niveau de l'ensemble du territoire calédonien a été confirmée par la réponse au questionnaire remis par le représentant du magasin Afflelou : « *je pense que les Opticiens Mutualistes représentent 30 à 40 % du marché, puis mon groupe avec [confidentiel] puis le groupe Optic 2000 avec 8 %* »³⁵.

²⁹ Voir le procès-verbal d'audition du SOLNC du 11-02-2020, annexe 176, cotes 1337-1341.

³⁰ Fermé en 2020.

³¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la MDN, annexe 52, cotes 243-263.

³² Ibid.

³³ En Nouvelle-Calédonie, seule la Mutuelle du nickel détient des centres d'optique mutualiste.

³⁴ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel, p. 8, annexe 56, cote 243-263.

³⁵ Voir les réponses au questionnaire du représentant du magasin Afflelou VNC, annexe 172, cotes 1301-1309 et au questionnaire du représentant du magasin Afflelou VC, annexe 139, cotes 1226-1132.

2. Le secteur de l'assurance complémentaire de santé en matière de produits d'optique-lunetterie médicale

a. Le rôle des organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM)

43. Le financement de produits d'optique-lunetterie médicale est assuré par trois catégories d'intervenants que sont : l'assurance-maladie, les organismes complémentaires d'assurance-maladie et les ménages : « *En France, trois familles d'organismes exercent une activité d'assurance : les mutuelles, les sociétés d'assurance et les institutions de prévoyance. Ces organismes sont en particulier présents sur le marché de l'assurance santé, dénommée assurance « frais de soins » dans la profession (remboursements de dépenses de santé en nature qui viennent compléter la prise en charge des dépenses de santé après intervention de l'Assurance maladie)* »³⁶.
44. En Nouvelle-Calédonie, la CAFAT administre le régime général de la sécurité sociale³⁷.
45. Il existe également plusieurs catégories d'organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM) en fonction de leur régime juridique³⁸, au nombre desquelles les mutuelles qui représentent l'essentiel de ces organismes et qui prennent en charge tout ou partie des dépenses de santé non remboursables par l'assurance maladie.
46. Il existe ainsi quatre principales mutuelles sur le territoire :
- la Mutuelle du nickel (anciennement « Mutuelle SLN ») ;
 - la Société mutualiste des fonctionnaires et agents des services publics connue sous le nom de « Mutuelle des fonctionnaires » (ci-après « Mutuelle des fonctionnaires ») ;
 - la Mutuelle du commerce ;
 - et la Mutuelle des patentés et libéraux (anciennement le « Groupement intersyndical des patentés et libéraux de Nouvelle-Calédonie »).
47. Des mutuelles métropolitaines exercent une activité en Nouvelle-Calédonie mais de façon marginale : « *Il y a trois ou quatre autres mutuelles nationales, dont principalement l'Unéo (militaires) et la MGEN (éducation nationale)* »³⁹.
48. Lors de son audition, le représentant de la Mutuelle du nickel a estimé qu'« *avec les mutuelles « amies » affiliées à la Fédération nationale de la mutualité française, on couvre 200.000 calédoniens (180.000 adhérents à des mutuelles locales et 20.000 adhérents à des mutuelles hors Nouvelle-Calédonie).* »⁴⁰.
49. Le représentant de la Mutuelle des patentés et libéraux a précisé que : « *Les plus grosses mutuelles sont celles du commerce et des fonctionnaires. Viennent ensuite la Mutuelle du nickel et la MPL. La Mutuelle du nickel ne peut pas progresser en termes d'adhérents, ils sont*

³⁶ Voir le Rapport 2017 de La Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (Drees), Sur la situation financière des organismes complémentaires assurant une couverture santé.

³⁷ Le régime calédonien est financé par les cotisations sociales (à hauteur de 90 %) ainsi que par les produits de la taxe solidarité sur les services et ceux des taxes sur les alcools et le tabac.

³⁸ On trouve également les sociétés d'assurance, qui sont des personnes morales de droit privé qui interviennent principalement dans le domaine de l'assurance de dommages et sont régies par le code des assurances et les institutions de prévoyance, qui sont des sociétés de personnes de droit privé à but non lucratif qui interviennent essentiellement dans le domaine de la prévoyance collective et qui ne peuvent exercer leur activité que dans le domaine de l'assurance de personnes.

³⁹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

⁴⁰ Ibid.

bloqués car ils ne peuvent pas avoir d'adhérents hors secteur minier. »⁴¹. A l'inverse, les mutuelles du commerce, des fonctionnaires et la Mutuelle des patentés et libéraux proposent des contrats ouverts à tout public : « nous avons différents contrats avec des niveaux de garanties différents »⁴².

50. Il y a lieu de relever que les mutuelles calédoniennes ne sont pas imposables, en application de l'article 5 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie⁴³.

Tableau synthétique des caractéristiques de quatre mutuelles calédoniennes

Mutuelles	Création	Bénéficiaires	Fonctionnement interne	Chiffre d'affaires 2019 (F.CFP)	Montant des remboursements en optique-lunetterie en 2019 (F.CFP)
Mutuelle du nickel	1969	20.000 adhérents au total	CA composé de 20 membres Bureau comprenant notamment le Président, le vice-président, le directeur	1.809.000.000	65.803.374
Mutuelle des fonctionnaires	1971	78.874 au total ⁷⁸	• AG composée de 38 délégués CA composé de 9 membres	5.334.420.000	611.173.305
Mutuelle du commerce	1975	68.922 au total ⁷⁹	• CA composé de 12 membres AG, un représentant/1000 adhérents	3.781.997.784	889.546.018
Mutuelle des patentés et libéraux	1978	8075 au total ⁸⁰	CA composé de 9 membres • AG composée de 15 membres	876.754.389	44.282.381

Source : ACNC, données issues de l'instruction.

51. Enfin, des sociétés d'assurance peuvent proposer des contrats d'assurance-santé mais cette catégorie reste marginale en Nouvelle-Calédonie. Le représentant de la Mutuelle du nickel a précisé, à propos de ces contrats, que : « C'est marginal, c'est moins de 10000 cas, notamment auprès de Groupama. »⁴⁴.

b. L'organisation de réseaux de soins entre OCAM et professionnels de santé

i. Le champ des réseaux de soins agréés en métropole

52. Comme l'a souligné l'Autorité métropolitaine dans son avis n° 09-A-46 du 9 septembre 2009 relatifs aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés, chronologiquement, les premières formes de partenariat entre professionnels de santé et OCAM ont visé à mettre en place, puis à généraliser, au moyen de conventions, le tiers-payant au sein des pharmacies. D'abord limitée au seul régime obligatoire, la pratique du tiers-payant a en effet été, par la suite, étendue à la part complémentaire.
53. La collaboration entre OCAM et professionnels de santé, amorcée il y a une trentaine d'années, s'est diversifiée vers d'autres formes de partenariats, concernant d'autres professions de santé et d'autres prestations que le seul tiers-payant. Cette extension résulte

⁴¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la MPL, annexe 96, cotes 697-703.

⁴² Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la MPL, annexe 96, cotes 697-703.

⁴³ Voir l'article 5 du Livre I : « Assiette et liquidation de l'impôt », Partie I : « Impôts directs et taxes assimilées », Titre I : « Impôts sur les sociétés et activités métallurgiques ou minières », Chapitre I : « Champ d'application de l'impôt », Section 2 : « Exonérations permanentes du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie » : « Sont exonérés de l'impôt : (...) 13. Les sociétés mutualistes, à condition qu'elles fonctionnent conformément aux dispositions qui les régissent ».

⁴⁴ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel du 13 mai 2020, annexe 56, cotes 243-263.

tout d'abord de la volonté des OCAM, principaux contributeurs au financement des équipements optiques et des prothèses dentaires, de maîtriser des coûts en progression constante, notamment en raison de la tendance, unanimement décrite par les OCAM – mais tout aussi unanimement contestée par les représentants des professionnels de santé –, à aligner les tarifs sur le montant des garanties. Elle répond également au souhait des OCAM de développer le conseil aux assurés, tant en matière tarifaire – les assurés n'étant pas forcément à même, individuellement, de vérifier l'adéquation entre les prestations et les coûts – que dans le domaine de la prévention et de l'assistance médicale. C'est ainsi que, progressivement, les dentistes, les opticiens et, plus récemment, les audioprothésistes ont été compris dans le champ des professionnels concernés par ces dispositifs visant à maîtriser les coûts.

54. La constitution d'un réseau se traduit en pratique par l'existence de conventions de partenariat entre, d'une part, les professionnels de santé et, d'autre part, le gestionnaire du réseau (OCAM ou plateforme).
55. En métropole, ces conventions sont généralement conclues *intuitu personae* et ne comportent, par ailleurs, aucune clause d'exclusivité.
56. Elles reposent sur la combinaison d'engagements réciproques des professionnels de santé et des OCAM, portant essentiellement sur quatre points : contrôle de la qualité des services rendus aux assurés (gamme de produits et de services offerts, respect de certaines normes et pratiques professionnelles, caractéristiques du magasin) ; mise en place du tiers-payant ; respect d'une certaine modération tarifaire – sur la base soit de tarifs définis par le professionnel et acceptés par l'OCAM, soit de tarifs maximaux fixés par ce dernier au sein du réseau – ; enfin, orientation des assurés de l'OCAM concerné vers les professionnels de santé membres du réseau.
57. La principale ligne de clivage entre les différents réseaux paraît être celle distinguant les réseaux dits « ouverts » des réseaux « fermés ». Alors que les premiers accueillent indifféremment tout professionnel de santé demandeur auprès des OCAM et remplissant les conditions définies conventionnellement (tarifs, qualité et gamme des produits, etc.), les seconds limitent l'accès au réseau à un nombre limité de professionnels par zone géographique, choisis selon des critères qualitatifs et tarifaires et sélectionnés, à critères égaux, pratiquement toujours selon l'ordre d'arrivée de leur candidature.
58. En 2009, date de rédaction de l'avis précité, les seuls réseaux fermés étaient des réseaux d'opticiens.

ii. Le tiers-payant entre les OCAM et les opticiens calédoniens

59. Un partenariat entre un OCAM et des opticiens pour garantir aux adhérents des OCAM le bénéfice du tiers payant tant sur la part obligatoire que sur la part complémentaire constitue un réseau de soin. Si tous les opticiens peuvent conclure une convention avec un OCAM, il s'agit d'un réseau de soins ouvert. Si seuls certains opticiens peuvent conclure une telle convention, il s'agit d'un réseau de soins fermé.
60. Pour mémoire, le système de « tiers payant » dispense l'assuré, sous certaines conditions, de faire l'avance des sommes remboursables, qui sont ainsi payées directement au professionnel de santé par l'assurance maladie et/ou l'organisme complémentaire de santé concerné. Ce système s'applique notamment pour les dépenses d'optique médicale en Nouvelle-Calédonie.
61. Le représentant du syndicat des opticiens a précisé qu'« il y a un tarif de référence CAFAT conventionné. Chaque correction a un code qui a un tarif de référence. La CAFAT va rembourser 40% de ce tarif. Ensuite, il y a la partie mutuelle qui varie entre 60 % et 260 %. Ce qui permet au bénéficiaire d'être remboursé au maximum trois fois le tarif CAFAT ». Pour

l'aide médicale, on est obligé d'appliquer les tarifs conventionnés. On ne peut pas facturer plus de 6300 FCFP pour la monture. Pour les verres, c'est entre 3 000 et 20 000 F CFP pour chaque verre »⁴⁵.

62. Le représentant de la Mutuelle du commerce a indiqué lors de son audition que : « *Les mutuelles calédoniennes ont des conventions de section locale avec la CAFAT. Lorsqu'un adhérent consulte un professionnel de santé, une part des remboursements est pris en charge par la CAFAT ; l'autre par la mutuelle. En ce qui concerne les mutuelles locales, nous « liquidons » la part CAFAT, c'est-à-dire que nous réglons à notre adhérent la part CAFAT et nous nous faisons ensuite rembourser par celle-ci. Ces contrats de section locale ne sont pas accessibles aux assureurs privés. (...) Tous les jours nous envoyons un fichier des droits aux magasins d'optique. Ce fichier leur permet de pratiquer le tiers-payant. Il est intégral car c'est l'intégralité de la part CAFAT et mutuelle qui est prise en charge par le tiers-payant.* »⁴⁶.
63. Les opticiens libéraux de Nouvelle-Calédonie ont en effet passé des conventions avec certaines mutuelles pour que leurs adhérents puissent bénéficier du tiers payant.
64. S'agissant de la Mutuelle du commerce, des conventions bilatérales de tiers-payant sont signées chaque année avec les opticiens-libéraux⁴⁷. Ces conventions permettent aux opticiens-lunettiers libéraux de pratiquer le tiers-payant pour leurs clients.
65. Les conventions conclues avec les opticiens libéraux et les opticiens des centres mutualistes obéissent à un modèle unique. Elles ont pour objet de faire bénéficier les adhérents de la Mutuelle du commerce du « *tiers-payant intégral (part CAFAT et part Mutuelle du commerce) sur les produits et prestations délivrés par les centres optiques prescrits par un praticien conventionné dans le cadre du petit risque, selon les règles et conditions de remboursement établies par la Mutuelle du commerce et la CAFAT* »⁴⁸.
66. Il découle des obligations de ces conventions que « *l'Opticien propose à ses Clients exclusivement des verres et des lentilles de contact et produits d'entretien issus de fournisseurs notoirement connus, ayant fait l'objet de tests au porter significatifs avant leur mise sur le marché. Les produits à marque de distributeur doivent répondre aux mêmes exigences de qualités que les produits de fabricant proposés. Leur origine doit être indiquée au client* »⁴⁹.
67. En matière de tarification, les conventions stipulent que celle-ci est effectuée « *en application des tarifs* » et que ceux-ci « *doivent être établis par l'Opticien avec tact et mesure, indépendamment de la couverture sociale principale et de la couverture complémentaire santé souscrite par les clients auprès de la Mutuelle du commerce* »⁵⁰.
68. Ces éléments de tarification peuvent faire l'objet d'un « *contrôle par un tiers opticien, diplômé, non subordonné à la Mutuelle du commerce* »⁵¹. La Mutuelle du commerce s'engage, quant à elle, « *à régler le montant des prestations dues à l'opticien dans un délai de 30 jours à réception des factures* »⁵².
69. Les conventions prévoient que le devis préalable à la commande devra *a minima* comporter : « *les codes de remboursement ; le prix TTC de chaque composant ; le tiers payant CAFAT ;*

⁴⁵ Voir le procès-verbal d'audition du représentant du SOLNC en date du 19 mars 2020, annexe 15, cote 60.

⁴⁶ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du commerce, annexe 28, cotes 92-108.

⁴⁷ Voir l'annexe 29, cotes 109 à 113.

⁴⁸ Voir l'article 1 de la convention de tiers-payant, annexe 29, cotes 109-113.

⁴⁹ Voir l'article 2 de la convention de tiers-payant, annexe 29, cotes 109-113.

⁵⁰ Voir l'article 2-3 de la convention de tiers-payant, annexe 29, cotes 109-113.

⁵¹ Voir l'article 2-6 de la convention de tiers-payant, annexe 29, cotes 109-113.

⁵² Voir l'article 7 de la convention de tiers-payant, annexe 29, cotes 109-113.

le tiers-payant de la mutuelle principale ; le tiers payant de la surcomplémentaire éventuelle. Ces éléments devront être complétés de : - pour les montures : la marque commerciale, la référence du modèle. – pour les verres : le fabricant, la marque commerciale, la référence fabricant du verre, le matériau, l'indice de réfraction, les traitements éventuels »⁵³.

70. S'agissant de la Mutuelle des fonctionnaires, celle-ci a signé une convention de tiers-payant avec le syndicat des opticiens et une convention avec les « opticiens mutualistes ».
71. La convention liant la Mutuelle des fonctionnaires et le syndicat des opticiens a pour objet de « *faire bénéficier d'offres préférentielles et de la pratique du tiers-payant les adhérents et ayants droit de la Mutuelle des fonctionnaires qui recourront aux services de l'opticien, pour des équipements d'optique prescrits par des médecins ophtalmologistes conventionnés* »⁵⁴. La convention précise qu'elle « *s'applique à l'opticien membre du syndicat des opticiens lunetiers de Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à tout opticien non-membre du SOLNC qui déclare adhérer individuellement à ladite convention par ratification effectuée par la signataire du formulaire d'adhésion* »⁵⁵. Les offres préférentielles peuvent consister, au choix de l'opticien, en « *une remise de 30% sur les tarifs de vente des verres et d'une remise de 20% sur les montures optiques* » ou « *de la délivrance, à titre gracieux, d'une deuxième paire de lunettes sur même prescription* »⁵⁶. En outre, la convention impose aux opticiens un certain nombre d'obligations relatives à la transmission des feuilles de soins, de l'ordonnance et des factures.
72. La convention liant la Mutuelle des fonctionnaires et les centres « Les opticiens mutualistes » stipule que : « *la présente convention a pour objet de faire bénéficier d'offres préférentielles et de la pratique du tiers-payant les adhérents et ayants droit de la MDF qui recourront aux services d'un opticien mutualiste pour des équipements d'optique prescrits par des médecins ophtalmologistes conventionnés* »⁵⁷. Elle établit que : « *l'opticien mutualiste s'engage également à faire bénéficier les adhérents et ayants droit de la MDF, d'une remise de 30% sur les tarifs de vente des verres et d'une remise de 25% sur les montures optiques. En outre, l'opticien proposera systématiquement sa gamme « harmonie », sans reste à charge pour le mutualiste, dont les dispositions figurent dans la « convention pour la promotion de la gamme Harmonie » dument signée le 24 juillet 2019.* »⁵⁸. De plus, la convention impose à l'opticien mutualiste un certain nombre d'obligations relatives à la transmission des feuilles de soins, de l'ordonnance et des factures⁵⁹.
73. S'agissant de la Mutuelle des patentés et libéraux, la convention signée en 2005 entre cette mutuelle et les centres « Les opticiens mutualistes » stipule notamment que : « *les adhérents de la Mutuelle des patentés et des Libéraux et leurs ayants-droits pourront bénéficier des soins et services dispensés aux Cabinets d'Ophtalmologie et aux centres d'optique de la Mutuelle SLN, à compter du 1^{er} aout 2005* » (article 1er) et que : « *la présentation de la carte d'adhérent de la Mutuelle des Patentés et des Libéraux faisant foi de l'appartenance de l'intéressé à celle-ci est obligatoire pour pouvoir bénéficier des soins et services dispensés aux cabinets d'ophtalmologie et aux centres d'optique de la Mutuelle SLN* » (article 2)⁶⁰.
74. La Mutuelle des patentés et libéraux a également passé une convention avec le Syndicat des opticiens lunetiers de Nouvelle-Calédonie visant à ce que ses adhérents puissent « *bénéficier*

⁵³ Voir l'article 3-2 de la convention de tiers-payant, annexe 29, cotes 109-113.

⁵⁴ Voir convention, article 1, annexe 155, cotes 1227-1232.

⁵⁵ Voir convention, préambule, annexe 155, cotes 1227-1232.

⁵⁶ Voir convention, article 3, annexe 155, cotes 1227-1232.

⁵⁷ Voir convention, article 1, annexe 155, cotes 1218-1222.

⁵⁸ Voir convention, article 3, annexe 153, cotes 1218-1222.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Voir convention, annexe 99, cotes 708-710.

des avantages offerts par les centres d'optique regroupés au sein du syndicat à compter du 1^{er} janvier 2004 » (article 1^{er}), la présentation de la carte MPL « *faisant foi de l'appartenance de l'intéressé à celle-ci est impérative* » (article 2). Par ailleurs, le syndicat des opticiens lunetiers de Nouvelle-Calédonie s'engage à « *pratiquer le tiers-payant et à accorder une remise de 15% sur le total de la facture* » (article 4)⁶¹.

75. La Mutuelle du nickel est le seul OCAM à avoir constitué un réseau de tiers-payant fermé, réservé à ses propres centres « opticiens mutualistes ».
76. Selon le syndicat des opticiens, « *un adhérent de la Mutuelle du nickel ne peut avoir le tiers payant que s'il passe par un des trois centres d'optique mutualiste* »⁶². Cela a été confirmé par les opticiens libéraux dans leurs réponses au questionnaire du service d'instruction dont il ressort qu'en dépit des demandes répétées formulées par les opticiens mutualistes, la Mutuelle du nickel a toujours refusé de signer avec eux des conventions de tiers-payant.
77. Lors de son audition, le représentant de la Mutuelle du nickel a en effet expliqué que : « *La Mutuelle du nickel n'a pas de convention de tiers-payant avec les opticiens libéraux. Le tiers-payant est de la responsabilité de chaque mutuelle et est décidé par le conseil d'administration. La Mutuelle du nickel ayant des centres d'optique, ne fait pas de tiers-payant avec les magasins d'optique libéraux. Les autres mutuelles font le tiers-payant avec les centres d'optique de la Mutuelle du nickel et avec les opticiens libéraux. Le tiers-payant est intégral, puisque toutes les mutuelles sont sections locales de la CAFAT* » (Soulignement ajouté)⁶³.
78. Lors de son audition, le représentant de la Mutuelle du commerce a toutefois précisé que « *Nous pourrions refuser de pratiquer le tiers-payant pour la part mutuelle mais pas pour le tiers-payant CAFAT car nous sommes « section locale », dans ce cadre nous nous substituons à eux sous condition bien sûr qu'il y ait une part mutuelle dans le remboursement.* »⁶⁴ (soulignement ajouté).

C. Les parties mises en cause

79. Pour mémoire, les parties mises en cause par le syndicat des opticiens sont la Mutuelle du nickel et la Mutuelle du commerce.

1. La Mutuelle du nickel

80. La Mutuelle du nickel est définie par l'article 1^{er} de ses statuts comme une « *personne morale de droit privée à but non-lucratif, soumise aux dispositions réglementaires applicables à la Mutualité en Nouvelle-Calédonie* »⁶⁵. Cette mutuelle est immatriculée au R.C.S. de Nouméa sous le numéro 354 035⁶⁶.
81. Créée en 1969, il s'agit de la mutuelle la plus ancienne du territoire. Son représentant a indiqué, lors de son audition, que : « *C'était la mutuelle du personnel de la SLN initialement.*

⁶¹ Voir convention, annexe 100, cotes 711-713.

⁶² Voir le procès-verbal d'audition du représentant du SOLNC du 19 mars 2020, annexe 15, cotes 55-64.

⁶³ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel du 13 mai 2020, annexe 56, cotes 243-263.

⁶⁴ Voir le procès-verbal du représentant de la Mutuelle du commerce, annexe 28, cotes 92-108.

⁶⁵ Voir l'annexe 92, cotes 661-670.

⁶⁶ Voir l'extrait KBIS, annexe, cotes 1271-1272.

Elle assure la protection de tout le secteur de la mine et de la métallurgie (mines, rouleurs, énergie). Elle a 60 salariés et 2 milliards CFP de chiffre d'affaires. »⁶⁷.

82. En 2019, son chiffre d'affaires s'est élevé à la somme de 1,8 milliard F.CFP. Ce chiffre d'affaires se décompose en quatre activités : Prévoyance, Dentaire, Ophtalmo et Optique.
83. Comme vu *supra*, la Mutuelle du nickel dispose de trois centres d'optique, dont deux en province Sud à Nouméa (quartier Latin) et à Dumbéa et un en Province Nord à Koné.
84. Il y a lieu de relever que le chiffre d'affaires généré dans le secteur de l'optique par ses trois centres d'optique représente environ 48 % du chiffre d'affaires total de la Mutuelle du nickel (876 millions F.CFP en 2019).
85. En matière financière, « *Les opérations des centres d'optique font l'objet d'un budget et de comptes séparés de ceux de la Mutuelle du Nickel ainsi que des autres œuvres sociales gérées par celle-ci. Toutefois, les résultats de ces comptes séparés sont intégrés au 31 décembre de chaque année dans les comptes généraux de la Mutuelle du Nickel. La comptabilité et la caisse font l'objet de vérification du Commissaire aux Comptes qui consigne les résultats de ses travaux dans son rapport annuel qu'il présente au Conseil d'administration et à l'Assemblée générale.* »⁶⁸.

2. La Mutuelle du commerce

86. La Mutuelle du commerce est régie par la loi du pays n° 2013-4 du 7 juin 2013 portant statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie et la délibération n° 279 du 13 juin 2013. Ses statuts ont été approuvés par l'arrêté du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n°2016-1799/GNC du 23 août 2016⁶⁹. L'article 2 de ces statuts précise que la Mutuelle du Commerce est « *une personne morale de droit privé à but non lucratif* »⁷⁰.
87. La Mutuelle du commerce a son siège social au 195, rue Gervolino, Aéroport- BP P2 98 851 NOUMEA CEDEX, elle est inscrite au RIDET sous le numéro 0 211 391 00.
88. Selon son représentant, cette mutuelle « *représente un peu plus de 70.000 adhérents et a deux activités principales : l'activité santé et l'activité prévoyance* »⁷¹. La Mutuelle du commerce est « *cogérée par un conseil d'administration et une assemblée générale. Dans le conseil d'administration, il y a les partenaires sociaux et le MEDEF* »⁷². Elle compte environ 35 salariés.
89. Dans ses observations écrites, la Mutuelle du commerce précise que le nombre total de ses bénéficiaires (adhérents + ayants-droits) était de 70.366 en 2018 et de 70.376 en 2019. Parmi ces bénéficiaires, 12.222 bénéficiaires ont eu une délivrance de lunettes (monture + verres) en 2018 et 11.215 en 2019.
90. En 2019, son chiffre d'affaires s'est élevé à 3,7 milliards F.CFP.

⁶⁷ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel du 13 mai 2020, p. 4, annexe 56, cotes 243-263.

⁶⁸ Voir le règlement intérieur de la MDN, article 7 du règlement intérieur des centres d'optique mutualiste, annexe 89, cotes 614-621.

⁶⁹ Voir <https://www.mutuelleducommerce.nc/mutuelle-du-commerce/notre-structure/nos-statuts>

⁷⁰ Voir l'extrait Kbis, annexe 168, cotes 1271-1272.

⁷¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la mutuelle du Commerce, annexe 28, cotes 92 à 108.

⁷² Ibid.

D. Les pratiques constatées

1. Le partage d'informations commerciales sensibles entre la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel

91. Dans sa saisine, le syndicat des opticiens constate l'existence d'« un contrat et, par conséquent, une entente à la base de l'ouverture des centres d'optique de la Mutuelle du nickel aux adhérents de la Mutuelle du Commerce » et soutient que « dans le cadre de cette entente, la Mutuelle du Commerce et la Mutuelle du nickel se livrent à des pratiques ayant pour but de détourner la clientèle des opticiens libéraux »⁷³.
92. En particulier, le plaignant considère qu'« Au travers de cette entente, la Mutuelle du Commerce fournit à la Mutuelle du Nickel des informations commerciales qui lui sont communiquées par les opticiens libéraux au titre de son activité d'organisme payeur », en contravention des dispositions de l'article Lp. 421-1 du code de commerce⁷⁴.
93. Comme vu *supra*, les conventions de tiers-payant signées individuellement par chaque opticien libéral avec la Mutuelle du commerce en avril 2018 imposent aux opticiens de demander un accord préalable pour les devis supérieurs à 100.000 F CFP.
94. A ce titre, le plaignant fait valoir que : « Selon la convention annuelle les opticiens libéraux sont tenus d'établir un devis détaillé comportant notamment le prix TTC de chaque composant, la marque commerciale et la référence du modèle et, si le montant est supérieur à 100.000 F.CFP de le transmettre à la Mutuelle du Commerce pour accord préalable ». Il précise que : « La Mutuelle du Commerce ne confie pas la vérification de ce devis à un opticien indépendant mais à l'opticien œuvrant au sein du centre d'optique de la Mutuelle du Nickel dont elle est le partenaire et qui est le concurrent direct des opticiens libéraux ».
95. Lors de son audition, le représentant du syndicat des opticiens a déclaré que : « Ce qui nous paraît étonnant c'est que l'appréciation du dossier dépend des opticiens mutualistes. (...) l'opticien contrôleur est en réalité le centre d'optique de la Mutuelle du nickel »⁷⁵.
96. Pour en justifier, le plaignant a produit des mails aux termes desquels il apparaît que les opticiens libéraux de Magenta Plage et de Boulari ont effectué chacun une demande de prise en charge respectivement les 23 avril 2018, et 27 août 2018, auprès de l'opticienne des centres les opticiens mutualistes de la Mutuelle du nickel⁷⁶.
97. L'instruction a par ailleurs permis de constater que les mutuelles du nickel et du commerce, celles-ci sont liées par une convention dénommée « convention de prestation de services » signée le 30 mars 2018.
98. A l'article 1^{er} de cette convention, il est stipulé que : « La Mutuelle du Nickel s'engage à mettre à la disposition de la Mutuelle du Commerce un Opticien conseil pour effectuer le contrôle de tous les devis d'optiques qu'elle vaudra lui soumettre. »⁷⁷.
99. L'article 2 prévoit les missions de l'opticien conseil lesquelles consistent à : « examiner chaque devis d'optique transmis par la Mutuelle du commerce, vérifier la conformité de l'équipement proposé avec la prescription afférente, contrôler la cohérence des prix de l'équipement proposé avec le marché ; rendre son avis sur la demande d'entente préalable

⁷³ Voir page 11 de la plainte, annexe 1, cotes 1 à 15.

⁷⁴ Voir la plainte, annexe 1, cotes 1 à 15.

⁷⁵ Voir le procès-verbal d'audition du représentant du SOLNC du 19 mars 2020, p.6, annexe 15, cotes 55-64.

⁷⁶ Voir l'annexe 10 des pièces du plaignant, annexe 12, cotes 49-50.

⁷⁷ Voir la convention, annexe 32, cotes 119-122.

(accord ou non, conseiller la mutuelle du Commerce sur ses prises en charge de l'optique, le cas échéant, contrôler la conformité de l'équipement délivré avec celui facturé »⁷⁸.

100. La Mutuelle du commerce demande, depuis le 1^{er} juillet 2018, à ce que tout devis d'optique supérieur à 100.000 F CFP lui soit soumis pour accord préalable. Par la convention conclue avec la Mutuelle du nickel, l'analyse de ces devis par l'opticien conseil mis à sa disposition lui est ainsi confié.
101. En outre, il est stipulé que : « *L'opticien conseil de la Mutuelle du nickel effectuera ces contrôles chaque jour ouvré. La durée des contrôles est fixée forfaitairement à une heure par jour* » (Article 2), que : « *La Mutuelle du commerce rétribue la vacation horaire à hauteur de 7500 XPF* » (Article 3) et que : « *La Mutuelle du Commerce mettra à la disposition les moyens administratifs (boîte mail, fiche de liaisons, secrétariat, dossiers...) et techniques dont elle dispose permettant à l'opticien conseil de remplir sa mission* » (voir article 8)⁷⁹.
102. Le représentant de l'Optique Magenta a souligné, lors de l'instruction, qu'« *Il n'y a que la Mutuelle du commerce qui demande dans certains cas une demande d'accord préalable. En principe l'accord est envoyé par la mutuelle mais (...) c'est une opticienne travaillant aux opticiens mutualistes qui traite et répond aux demandes (...) en réalité qui traite les dossiers : un confrère concurrent.* »⁸⁰.
103. Interrogé sur le sujet, le représentant de la Mutuelle du commerce a confirmé que les demandes d'accord préalable sont « *transmises par le magasin d'optique vendeur à notre service de prestation, il y a une boîte mail dédiée. Nous la transmettons à notre opticien conseil qui donne son avis. Il nous renvoie son analyse de sa boîte mail vers notre boîte dédiée* »⁸¹.
104. S'agissant du circuit suivi par ces demandes, le représentant de la Mutuelle du nickel a précisé lors de son audition que : « *La réponse est renvoyée à la Mutuelle du commerce. Les échanges se font via une boîte mail dédiée, spécifique (fonctionnelle), et non pas par un mail nominatif. A aucun moment, l'adhérent n'a connaissance de l'intervention des opticiens mutualistes. C'est un opticien conseil qui émet un avis, mais pas Les opticiens mutualistes. La seule conséquence d'un éventuel avis négatif de l'opticien conseil est le fait de ne pas bénéficier du tiers payant. Mais l'adhérent peut choisir de donner suite quand même au devis initial s'il le souhaite.* » (Soulignement ajouté)⁸².
105. L'article 8 de la convention stipule en effet que « *la Mutuelle du commerce mettra à disposition les moyens administratifs (boîte mail, fiches de liaison, secrétariat, dossiers...) et techniques permettant à l'Opticien conseil de remplir sa mission.* ».
106. L'instruction a montré que l'opticienne chargée de la mission « d'opticien-conseil » mise à disposition de la Mutuelle du commerce par la Mutuelle du nickel, en vertu de cette convention de prestation de services, est également la responsable de filière Optique au sein de la Mutuelle du nickel. Dans le cadre de sa mission d'opticien conseil, elle doit, en principe, utiliser une boîte mail dédiée. Néanmoins, l'instruction a montré qu'à deux occasions, au moins, elle a utilisé la même adresse de courriel pour exercer ses différentes missions⁸³.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Voir la convention, annexe 32, cotes 119-122.

⁸⁰ Voir les réponses au questionnaire du magasin Magenta annexe 141, cotes 1136-1142 et du représentant du magasin Boulari, annexe 146, cotes 1163-1169.

⁸¹ Voir le procès-verbal d'audition de la Mutuelle du commerce, annexe 28, cotes 92-108.

⁸² Voir le procès-verbal d'audition de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

⁸³ Voir les réponses au questionnaire optique Magenta et Boulari, annexe 146 de la notification de griefs, cotes 1163-1169 et le courriel du 28-03-2018, annexe 51 de la notification de griefs, cotes 911-913.

107. Sur la communication de données commerciales des magasins d'optique libéraux aux centres « Les opticiens mutualistes », le représentant de la Mutuelle du nickel a déclaré que : « *De toute façon, on est entre mutualistes. Peut-être qu'on va bientôt fusionner la Mutuelle du nickel avec la Mutuelle du commerce et dans ce cas on aura le même fichier clients* »⁸⁴.

2. Les pratiques visant à favoriser les centres d'optiques mutualistes installés à proximité des centres d'ophtalmologie de la Mutuelle du nickel

108. Dans sa saisine, le syndicat des opticiens se plaint de ce que « *la Mutuelle du Commerce cherche à favoriser les centres d'optique de la Mutuelle du Nickel* » en « *imposant à ses adhérents une nouvelle prescription médicale pour la délivrance de chaque paire de lunettes* » et fait valoir que les centres « Les opticiens mutualistes » emploient « *un ophtalmologiste qui est installé dans un local jouxtant les magasins mutualistes* »⁸⁵.

109. Pour en justifier, le plaignant a produit un extrait d'article du magazine *Le Mag* dans lequel on peut lire, sous le titre : « *Les opticiens mutualistes : pour le prix et pour l'esprit* », « *Chaque centre bénéficie de la proximité de cabinets d'ophtalmologie ouverts eux aussi à tous les adhérents des mutuelles. Nickel, Commerce, Patentés libéraux, Fonctionnaires ou encore celle des militaires* »⁸⁶.

110. A ce sujet, le représentant de l'optique Afflelou a précisé que : « *Les opticiens mutualistes ont réussi à avoir une convention Ophtalmologie pour chaque magasin. (La SLN fait ce qu'elle veut en Nouvelle Calédonie) Ils emploient donc un ophtalmologiste qui dirige forcément les clients chez eux. Ce qui nous est interdit.* »⁸⁷.

111. Le représentant de l'enseigne Krys en Nouvelle-Calédonie a indiqué : « *A Koné, le cabinet de l'ophtalmologiste est dans le même bâtiment que le centre « Les opticiens mutualistes » local. A Nouméa, les centres « Les opticiens mutualistes » n'ont pas de convention donnant accès aux bénéficiaires des aides médicales mais à Koné une convention a été signée pour donner accès aux bénéficiaires de ces aides aux centres « Les opticiens mutualistes ». Comme le cabinet d'ophtalmologiste de la mutuelle SLN est situé en face et que les bénéficiaires de l'aide médicale viennent de toute la côte est/ouest, il est plus simple pour eux d'aller dans le magasin qui est sur place. Etant donné que la plupart des bénéficiaires de l'aide médicale ne sont pas de la ville et qu'ils ont déjà fait beaucoup de déplacements pour arriver à Koné, ils vont au plus pratique. L'aide médicale est une aide pour les gens « peu fortunés ». Ces bénéficiaires sont obligés de se rendre à Koné pour voir un ophtalmologiste et acheter des équipements d'optique car il n'y a pas d'autres magasin d'optique dans toute la Province Nord : le centre « Les opticiens mutualistes » de Koné a donc pour clientèle tous les bassins de population de la Province Nord (côte est/côte ouest). Cela fait beaucoup de clients pour le centre « Les opticiens mutualistes » qui doit bien marcher* »⁸⁸.

112. Interrogé sur cette proximité, le représentant de la Mutuelle du nickel a déclaré : « *Autant un médecin libéral n'a pas le droit d'être dans un même bâtiment qu'un opticien (c'est contraire au code de déontologie), autant la mutuelle a le droit d'avoir des médecins dans les mêmes bâtiments que les centres optiques, parce que les médecins sont salariés de la mutuelle et non*

⁸⁴ Voir le procès-verbal du représentant de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

⁸⁵ Voir la saisine, p. 13, annexe 1, cotes 1-15.

⁸⁶ Voir l'annexe 11 des pièces du plaignant.

⁸⁷ Voir les réponses au questionnaire du représentant du magasin Afflelou VNC, annexe 172, cotes 1301-1309 et au questionnaire du représentant du magasin Afflelou VC, annexe 139, cotes 1226-1132.

⁸⁸ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'enseigne Krys, annexe 93, cotes 681-689.

pas libéraux. On a cependant veillé à séparer les activités dans la comptabilité et, physiquement, on différencie les entrées des centres médicaux et des centres d'optique »⁸⁹.

113. S'agissant de la propriété de ce bâtiment, le représentant de l'Union des mutuelles a indiqué lors de son audition que : « *C'est la mutuelle du Nickel qui est à l'origine de cette structure et qui a tout financé. Les mutuelles qui y sont présentes sont des locataires. Les murs appartiennent à la mutuelle du Nickel qui a construit le bâtiment.* »⁹⁰.
114. S'agissant du bâtiment de la mutualité de la ville de Koné, il est précisé dans le magazine interne de la Mutuelle des fonctionnaires de 2013 que : « *La Maison de la Mutualité est le fruit d'une réflexion lancée dix ans plus tôt entre les différentes mutuelles calédoniennes (...). La structure, véritable carrefour d'antennes administratives, devient ainsi la première agence commune des mutuelles du pays. Afin de faciliter les démarches des ressortissants, deux cabinets dentaires, un cabinet médical, un centre d'ophtalmologie et un centre d'optique se côtoient. (...) Enfin, le magasin d'optique, à l'enseigne Opticiens mutualistes, offre le plus grand choix de produits de ce type en Province Nord.* »⁹¹.
115. Le représentant de la MPL a indiqué que : « *Pour ce qui est de l'organisation du centre, les quatre mutuelles sont présentes, il y a un ophtalmologue et le centre optique de la Mutuelle du nickel, cela facilite les choses aux assurés qui peuvent consulter et aller se servir au magasin, comme à Dumbéa. C'est la Mutuelle du nickel qui a construit le bâtiment, elle nous loue les bureaux que nous avons sur place. (...) c'est quelque chose qui attire beaucoup la clientèle. Je ne suis pas étonnée que le magasin Krys ferme car la concurrence du centre « les opticiens mutualiste » avec la configuration de la maison de la mutualité fait que c'est une concurrence trop difficile* »⁹².

3. Les pratiques de détournement de la clientèle au profit des « opticiens mutualistes » à travers une « communication tout public »

116. Dans sa saisine, le syndicat des opticiens reproche aux parties mises en cause l'existence de « *diverses publicités pour les centres d'optique de la Mutualité du Nickel, réalisée dans la presse ou sur Internet, (qui) ne précisent pas que ces centres ne sont accessibles qu'aux adhérents* ». Selon le plaignant « *la publication figurant sur la page Facebook de la Mutuelle du Nickel précise : « Les Opticiens Mutualistes facilitent l'accès de tous à des équipements de qualité au meilleur prix et allègent le reste à charge ».*
117. Il est ainsi fait état d'opérations publicitaires de la Mutuelle du nickel pour ses centres « Les opticiens mutualistes » destinées à « tout public » et non uniquement aux adhérents des mutuelles ayant passé une convention avec la Mutuelle du nickel.
118. Le plaignant note que : « *Conformément aux dispositions de la Loi de pays n°2013 du 7 juin 2013 portant statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie, les centres d'optique de la Mutuelle du nickel ne sont ouverts qu'à ses adhérents et aux adhérents des mutuelles avec lesquelles la Mutuelle du nickel a passé une convention. La jurisprudence déduit de cette limitation que les opérations publicitaires des centres d'optique mutualistes doivent préciser que l'accès de ces centres est réservé à certains adhérents. Ainsi par arrêt du 16 octobre 2006, la Cour d'appel de Pau a décidé que « Attendu qu'il convient donc de dire qu'en l'état du droit interne et en l'absence de convention valide, l'Union de Mutuelle OCIANE-OPTIQUE ne peut offrir ses services de centre d'optique de Pau aux assurés sociaux qui ne*

⁸⁹ Voir le procès-verbal d'audition de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

⁹⁰ Voir le procès-verbal du représentant de l'Union des mutuelles, annexe 110, cotes 914-921.

⁹¹ Voir Le Mag 2013, p. 16, annexe 132, cotes 1040-1072.

⁹² Voir le procès-verbal du représentant de la MPL, annexe 96, cotes 697-703.

sont pas membres d'une mutuelle adhérent à l'union et, par voie de conséquence, diffuser des publicités sans précision de ce que l'accès du centre est réservé à ces membres.»⁹³ (Soulignement ajouté).

119. Les pièces produites par le syndicat des opticiens pour attester de cette communication « tout public » sont des publicités diffusées par la Mutuelle du nickel et par la Mutuelle du commerce sur la page Facebook des centres « Les opticiens mutualistes » de Nouvelle-Calédonie ainsi que des publicités diffusées par le biais de magazines⁹⁴.
120. S'agissant de la page Facebook des centres « Les opticiens mutualistes », il est notamment relevé un « post » indiquant que : « *Les opticiens mutualistes facilitent l'accès de tous à des équipements de qualité au meilleur prix et allègent votre reste à charge. Le choix de montures le plus large, la qualité des verres et les prix le plus bas du marché ont contribué au succès de l'enseigne n°1 en Nouvelle-Calédonie* »⁹⁵ (soulignement ajouté).
121. Le syndicat des opticiens soutient ainsi que la publicité ne précise pas que l'accès aux centres n'est réservé qu'aux mutualistes adhérents.
122. L'examen de ces documents permet de constater l'absence de mention indiquant que les centres d'optique mutualistes concernés ne sont réservés qu'aux seuls adhérents ou aux adhérents de la mutuelle ayant signé une convention étant précisé que tous les supports concernés sont des magazines de type « grand public » n'ayant pas de lien avec l'activité mutualiste.

4. Le partenariat commercial entre la Mutuelle du nickel et la Mutuelle du commerce pour le développement d'une nouvelle gamme de lunettes sans reste à charge accompagné de publicité « trompeuse et dénigrante »

a. Le partenariat pour le développement d'une nouvelle gamme de lunettes sans reste à charge

123. Dans sa plainte, le syndicat des opticiens soutient que : « *La Mutuelle du Commerce utilise sa base d'adhérents pour favoriser, par le biais d'une publicité trompeuse, l'activité des centres d'optique de la Mutuelle du nickel* » et qu'elle « *a adressé à l'ensemble de ses adhérents une circulaire indiquant qu'une gamme de lunettes spécifiques permettant d'avoir « un reste à charge égal à zéro franc » est disponible dans les centres d'optique de la Mutuelle du nickel* ». Cette annonce est, selon le plaignant, « *de nature à induire en erreur les consommateurs dans la mesure où elle pense qu'il n'est pas possible de se procurer des lunettes « sans reste à charge » auprès des opticiens libéraux, ce qui est inexact. Tous les opticiens offrent en effet une gamme de lunettes sans reste à charge* ».
124. Il ressort de l'instruction que la Mutuelle du commerce a en effet conclu un partenariat avec la Mutuelle du nickel pour le développement d'une gamme de lunettes « sans reste à charge » distribuée uniquement dans les centres opticiens mutualiste, la gamme « *M Optique* ».
125. Comme vu *supra*, au mois de mai 2018, la Mutuelle du commerce a adressé un courrier circulaire à l'ensemble de ses adhérents qui précise que : « *Le conseil d'administration de la Mutuelle du commerce a décidé de mieux encadrer les prestations d'optique en rendant obligatoire à toute délivrance de lunettes, une nouvelle prescription originale d'un*

⁹³ Voir la plainte, annexe 1, cotes 1 à 15.

⁹⁴ Voir les annexes 7 et 8 de la saisine, annexe 9, cotes 37-43 et annexe 10, cotes 44-45.

⁹⁵ Voir l'annexe 8 de la saisine, annexe 10, cote 44-45.

ophtalmologiste (...) et que parallèlement à cette mesure une gamme de lunettes spécifiques permettant d'avoir un « reste à charge égal à zéro franc quel que soit leur contrat santé » sera disponible à partir du 1^{er} juillet 2018 dans les centres d'optique de la Mutuelle du nickel »⁹⁶.

126. Cette circulaire était accompagnée d'un « document transmis avec la circulaire, avec le logo de l'opticien mutualiste des trois centres de la mutuelle du nickel. Cette publicité figure dans les locaux de la Mutuelle du commerce et sur leur site internet. La conséquence est que plusieurs clients de la mutuelle du commerce pensent qu'ils ne peuvent faire leurs lunettes que dans les centres de la mutuelle de la SLN. »⁹⁷.
127. Ce document publicitaire transmis par courrier aux adhérents de la Mutuelle du commerce en mai 2018 est reproduit ci-dessous⁹⁸.



128. Il résulte de l'instruction que le développement de cette gamme n'a pas fait l'objet d'une convention formelle et s'est mise en place au travers d'échanges d'écrits qui ont permis de structurer les attentes des deux parties.
129. Le représentant de la Mutuelle du commerce a indiqué que cette gamme doit « permettre à des gens à petits revenus de s'équiper sans reste à charge. (...) Cette gamme de montures « sans reste à charge » est une marque propre de la MDC (elle s'appelle M Optique, il y a environ 12 modèles homme et 12 modèles femme) que nous proposons au travers les centres « Les opticiens mutualistes » qui n'est accessible qu'à nos adhérents. »⁹⁹.
130. Il a précisé que le partenariat et la mise en place de la gamme « M Optique » « se sont organisés de manière assez informelle via des emails, échanges téléphoniques et réunions de travail. ».
131. Commercialisée depuis le mois de juillet 2018, la gamme M Optique a pour objectifs : « De pouvoir mettre à disposition de nos adhérents une gamme de lunettes sans reste à charge

⁹⁶ Voir l'annexe 9 de la saisine, annexe 11, cotes 46-48.

⁹⁷ Voir le procès-verbal du représentant du SOLNC du 19 mars 2019, annexe 15, cotes 55-64.

⁹⁸ Voir la circulaire, annexe 8, cotes 34-36.

⁹⁹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la mutuelle du Commerce, annexe 28, cotes 92 à 108.

respectant des critères de qualité définis ; De pouvoir permettre à nos adhérents se rendant chez Les opticiens mutualistes d'identifier plus facilement cette gamme via donc une appellation propre, mais aussi via un espace dédié balisé par des affiches »¹⁰⁰.

132. En matière de communication, il est précisé que : « Celle-ci est à la charge de la MDC (divers supports de communication tels que flyers, publications presse, pancartes, courriers aux adhérents ont été faits). »¹⁰¹.

b. La publicité autour de la gamme « M Optique » qualifiée de trompeuse et dénigrante par le plaignant

133. Dans sa plainte, le syndicat des opticiens a précisé, à propos de la publicité accompagnant la circulaire de la Mutuelle du commerce à ses adhérents pour promouvoir la gamme « M Optique » que : « Cette annonce n'est pas fausse. Toutefois, elle est de nature à induire en erreur les consommateurs dans la mesure où elle laisse penser qu'il n'est pas possible de se procurer des lunettes « sans reste à charge » auprès des opticiens libéraux, ce qui n'est pas le cas ». A l'appui de ses propos, le syndicat des opticiens a produit une publicité diffusée dès 2016 par l'opticien « Claro optique » pour la promotion de lunettes « sans reste à charge »¹⁰².
134. Par ailleurs, cette information ayant été communiquée en même temps que celle informant les adhérents qu'une prescription originale sera désormais exigée pour tout achat de lunettes, le représentant de Krys optique estime qu'« après les communications que la Mutuelle du commerce a fait par rapport aux centres « Les opticiens mutualistes » et sur les accords qu'elle avait passés avec la Mutuelle du nickel (en particulier la lettre du 30 mai 2018), vis à vis de ses adhérents, les gens sont venus me voir pour me dire « regardez à partir de cette date si nous venons chez vous, nous ne serons plus remboursés ». Cette publicité était tournée de telle façon que cela mettait le doute dans l'esprit des clients, en leur laissant croire qu'ils devaient aller dans les centres « Les opticiens mutualistes » pour être remboursés »¹⁰³.
135. Le représentant du syndicat des opticiens a précisé, lors de son audition, la confusion induite par cette communication de la Mutuelle du commerce auprès de ses adhérents dans les termes suivants : « Quand nos clients ont reçu le courrier des mutuelles incitant leurs adhérents à aller acheter leurs équipements dans les centres d'optiques mutualistes, nous avons constaté qu'ils ont été surpris et ont compris qu'ils n'allaient plus pouvoir venir chez nous. »¹⁰⁴.
136. Le représentant de l'opticien Betrancourt a, en outre, indiqué que : « Les clients (surtout ceux affiliés à la Mutuelle du Commerce) sont surpris car suite aux courriers reçus de leur Mutuelle, ils pensent qu'ils n'ont droit à cette offre que chez Les opticiens mutualistes. (...) Je pense que tous les opticiens de Nouvelle Calédonie sont à même de fournir un équipement sans reste à charge mais ne communiquent pas forcément dessus, c'est la Mutuelle du Commerce qui a créé l'ambiguïté en envoyant un courrier à tous ses adhérents qui indique qu'ils ont signé un partenariat avec Les opticiens mutualistes, laissant entendre que c'était exclusif. (...) La communication qui a nuit le plus durement à notre activité reste sans conteste le courrier envoyé par la Mutuelle du Commerce à tous ses adhérents pour faire état de leur partenariat avec les Opticiens Mutualistes pour le reste à charge zéro, courrier où figure le logo des Opticiens Mutualiste et celui de la Mutuelle du commerce, lettre même que l'on

¹⁰⁰ Voir le courriel de la Mutuelle du commerce au service d'instruction du 14 septembre 2020, annexe 48, cotes 900-903.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Voir l'annexe 9 de la saisine, annexe 11, cotes 46-48.

¹⁰³ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de Krys Optique, annexe 93, cotes 681-689.

¹⁰⁴ Voir le procès-verbal d'audition du SOLNC du 11-02-2020 VNC, annexe 176, cotes 1337-1341 et procès-verbal d'audition du SOLNC du 11-02-2020 VNC, annexe 24, cotes 81-85.

retrouve au comptoir de la Mutuelle du Commerce en libre-service... J'estime que dans les 12 mois qui ont suivi ce courrier, j'ai perdu 25-30% de ma clientèle assurée à la Mutuelle du commerce.»¹⁰⁵.

137. Dans sa réponse au questionnaire du service d'instruction, le représentant d'Optique Magenta Plage a précisé que : « *Leurs publicités laisseraient entendre qu'ils seraient les seuls à proposer des lunettes sans reste à charge et par conséquent les clients n'auraient aucun intérêt à venir chez nous. Cela est renforcé par les courriers des mutuelles confirmant cela à leurs adhérents.* »¹⁰⁶.
138. Au cours de l'instruction, l'existence d'autres publicités à caractère potentiellement dénigrant a été dénoncée.
139. Contrairement aux publicités dénoncées dans la saisine comparant l'activité des opticiens mutualistes à celle des opticiens libéraux, celles-ci visent spécifiquement un produit, à savoir les gammes de lunettes « sans reste à charge », au travers de « post » diffusés sur la page Facebook des centres « les opticiens mutualistes NC ».
140. Les « post » mis en cause sont les suivants : « *Ne vous laissez pas abuser par des slogans du type rien à payer, stop aux faux semblants* » ; « *Ne vous laissez pas abuser par des slogans ambigus du type « rien à payer », pour des lunettes de vue « sans reste à charge » c'est-à-dire où tout sera remboursé par la CAFAT et votre mutuelle quelle qu'elle soit, faites plutôt confiance aux Opticiens Mutualistes* »¹⁰⁷.
141. Pour mémoire, les lunettes sans « reste à charge » sont des lunettes avec verres correcteurs pour lesquelles l'assuré social n'a rien à payer à la suite de la prise en charge CAFAT et/ou de la mutuelle.
142. Le représentant de la Mutuelle du nickel a indiqué concernant la gamme « sans reste à charge » que : « *ça date d'il y a 4-5 ans. Avant, ce n'était pas matérialisé par un corner dédié, mais il y avait déjà des lunettes sans reste à charge. C'est la communication qui a changé sur ces gammes. 10% des consommateurs vont s'en tenir à cette gamme. (...) même si elle représente peu en ventes, il y a un renouvellement important. Ça représente 10% des ventes globales actuellement, mais ça pourrait monter à 20%* »¹⁰⁸.
143. Comme vu *supra*, les publicités incriminées, diffusées sur la page Facebook des centres « les opticiens mutualistes » qualifient les gammes de lunettes « sans reste à charge » de leurs concurrents de « *faux semblants* » ou de « *slogans ambigus* » par lesquels il ne faut pas se « *laisser abuser* ».
144. Interrogé sur la possibilité pour les magasins d'optique libéraux de proposer une gamme de lunettes « sans reste à charge », le représentant de l'optique Betrancourt a indiqué : « *Nous avons la possibilité de fournir une monture et deux verres de qualité qui ne dépassent pas le remboursement auquel le client peut prétendre.* ».
145. Par procès-verbal de constatation du 10 février 2021, le service d'instruction a, par ailleurs, constaté que le message suivant a été diffusé sur un « post » de la page Facebook des « opticiens mutualistes » le 11 septembre 2019 : « *Ne vous laissez pas abuser par les faux-semblants. Pour des lunettes de vue « sans reste à charge », c'est-à-dire où tout sera remboursé par la CAFAT et votre mutuelle quelle qu'elle soit, faites plutôt confiance aux Opticiens mutualistes ! Nous sommes les seuls sur le territoire à vous proposer des verres de*

¹⁰⁵ Voir la réponse au questionnaire optique Betrancourt, annexe 175, cotes 1326-1336.

¹⁰⁶ Voir la réponse au questionnaire du magasin Boulari Magenta plage, annexe 146, cotes 1163-1169.

¹⁰⁷ Voir le procès-verbal de constatations et ses annexes, annexe 169 et 170, cotes 1283-1300.

¹⁰⁸ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

qualité « Zeiss anti-reflet » dans cette gamme de prix à R.A.C « 0 » ! Qu'on se le dise !!! Les Opticiens mutualistes, 3 boutiques proches de chez vous ». ¹⁰⁹. En réponse aux commentaires auquel ce message a donné lieu, les « Opticiens mutualistes » ont répondu : « Et pourtant si ! Nous sommes les seuls à proposer le RAC 0 avec des verres de qualité ZEISS » ¹¹⁰.

146. S'agissant de la mention « Zeiss », les publicités des centres « les opticiens mutualistes » mettent ainsi en avant le fait que seules leurs gammes de lunettes « sans reste à charge » sont équipées de cette marque de verres qui pourraient laisser croire que ce sont les seules à être de « vraies » gammes de lunettes « sans reste à charge ».
147. Lors de son audition, le représentant de l'optique Kryz a indiqué : « Pour la publicité qui parle du produit « sans reste à charge », le slogan sur leur page Facebook « ne vous laissez pas abuser par des slogans du type rien à payer, stop aux faux semblants », vise les opticiens libéraux qui proposent ce type de gammes. Je dispose aussi d'une offre reste à charge zéro. Pour certains opticiens cette gamme est importante par rapport à leurs ventes. Les opticiens libéraux font ces gammes sans reste à charge de la même façon que les centres « Les opticiens mutualistes ». La référence au fournisseur ZEISS ne veut rien dire en soi car chez chaque fournisseur il y a plusieurs gammes de verres. Cela peut être du bas ou moyen de gamme de chez ZEISS. Chez ESSILOR, nous avons aussi plusieurs gammes, en général on ne met pas le top de la technologie sur des produits « bon marché » mais pour autant c'est tout de même de la bonne qualité. » ¹¹¹.
148. En pratique, l'instruction a montré que les « opticiens mutualistes » ne sont pas les seuls opticiens de Nouvelle-Calédonie à proposer des gammes de lunettes « sans reste à charge » avec verres équipés de marque « Zeiss ».
149. Enfin, plusieurs opticiens libéraux se sont plaints d'une perte de chiffre d'affaires conséquente du fait de ces pratiques liées à l'introduction de la gamme « M Optique ».
150. L'opticien Betrancourt a précisé que : « Les nouvelles dispositions prises par la Mutuelle du Commerce et son incitation permanente auprès de ses adhérents (courriers à l'appui) à se rendre chez les opticiens mutualistes ont joué le rôle principal dans ma baisse de Chiffre. Les statistiques de mon logiciel de gestion sont sans équivoques : ma plus grosse perte de CA vient d'une baisse énorme de fréquentation de mes clients assurés à la mutuelle du Commerce » ¹¹².
151. L'opticien libéral du magasin May Lunettes a indiqué avoir pu isoler dans son logiciel de gestion les ventes aux adhérents de la Mutuelle du commerce dont il ressort que 132 paires de lunettes ont été vendues à des adhérents de la Mutuelle du commerce en 2018 (soit 31% des lunettes vendues par cet établissement) et seulement 100 au cours de l'année 2019 (soit 27% des lunettes vendues par cet établissement).
152. Dans le même temps, la notification de griefs constate que les centres « les opticiens mutualistes » ont vendu 3999 paires de lunettes à des adhérents de la Mutuelle du commerce en 2019, les lunettes de la gamme M Optique ayant représenté 16 % de ce total alors qu'elles ne représentaient que 12 % du total des ventes 2018 en volume. En valeur, entre 2018 et 2019, le chiffre d'affaires des « opticiens mutualistes » lié à la gamme « M Optique » a progressé de 19 % ¹¹³.

¹⁰⁹ Voir le procès-verbal de constatations et ses annexes, annexe 169 et 170, cotes 1283-1300.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant du magasin d'optique Kryz, annexe 93, cotes 681-689.

¹¹² Voir la réponse au questionnaire optique Betrancourt, annexe 175, cotes 1326-1336.

¹¹³ Voir les documents remis par la Mutuelle du commerce, annexe 31, cotes 117-118.

5. Les pratiques de « publicité dénigrante » de la part de la Mutuelle du nickel dans sa communication tout public

153. Dans sa plainte, le syndicat des opticiens soutient que : « *Dans le cadre de cette entente, la Mutuelle du Nickel se livre à une publicité dénigrante* » et que, selon lui, « *les slogans utilisés par la Mutuelle du Nickel (...) sont à notre sens dénigrants pour l'ensemble des opticiens libéraux dans la mesure où ils laissent à penser que ceux-ci sont motivés par le seul appât du gain, sans considération pour la santé de leurs clients* ».
154. Le syndicat des opticiens dénonce l'organisation par les centres « Les opticiens mutualistes » d'une campagne de publicités dénigrantes à l'encontre des opticiens libéraux visant à porter atteinte à leur image pour les évincer du marché de l'optique-lunetterie.
155. Les pièces produites par le syndicat des opticiens pour attester de cette pratique sont des publicités qui ont été diffusées sur la page Facebook des « Opticiens mutualistes NC » et dans des magazines grand public.
156. Les slogans incriminés sont les suivants : « *Chez nous, pas de course au profit mais des professionnels de la vue qui sont là pour vous guider* » ; « *Soyez fashion, pas victime* » ; « *on ne fait pas les prix à la tête du client* » ; « *votre vue n'est pas une marchandise* »¹¹⁴.
157. Le représentant de l'optique Afflelou, dans sa réponse au questionnaire du service d'instruction, a également estimé que : « *Les publicités dénigrent notre professionnalisme et nos offres.* »¹¹⁵.
158. Le représentant de l'Optique Magenta Plage a précisé que : « *Les publicités des opticiens mutualistes vont en ce sens, dénigrant les opticiens traditionnels indépendants, et les partenariats inter-mutuelles encouragent aussi les adhérents de mutuelle à se servir dans les centres mutualistes. La Mutuelle du commerce et la mutuelle des fonctionnaires incitent clairement leurs adhérents à consommer chez Les opticiens mutualistes : leurs sites internet en font la publicité mettant en avant des lunettes « gratuites »* »¹¹⁶.
159. Le représentant de l'optique Betrancourt considère que : « *Les exemples ne manquent pas dans la presse : « Chez eux les prix ne sont pas à la tête du client / Seule enseigne à but non lucratif, nous n'avons pas d'actionnaires à enrichir, nous nous concentrons uniquement à améliorer votre vue, pas notre portefeuille (donc que font-ils de leurs bénéficiaires ?) Pourquoi faire autant de publicité si leur but n'est pas de gagner de l'argent ????? Les consommateurs dans l'ensemble restent maîtres de leur choix mais les publicités à répétition que font les Opticiens Mutualiste visent toujours à démontrer qu'ils sont les seuls à se soucier de la vue des clients (donc nous on ne s'en préoccupe pas), sans les voler (donc nous oui) avec des produits au juste prix (donc pas chez nous).* »¹¹⁷.
160. Interrogé sur le caractère éventuellement dénigrant des publicités des centres « Les opticiens mutualistes », le représentant de la Mutuelle du nickel a déclaré que : « *C'est de l'affabulation. Je nie complètement. Je ne vois pas de quelles publicités ils parlent* »¹¹⁸.

E. Les griefs notifiés

161. Trois griefs ont été adressés aux parties mises en cause par la notification du 4 juin 2021.

¹¹⁴ Voir saisine, p. 13, annexe 1, cotes 1-15.

¹¹⁵ Voir la réponse au questionnaire du représentant du magasin Afflelou, annexe 172, cotes 1301-1309.

¹¹⁶ Voir la réponse au questionnaire optique Boulari-magenta plage, annexe 146, cotes 1163-1169.

¹¹⁷ Voir la réponse au questionnaire optique Betrancourt, annexe 175, cotes 1326-1336.

¹¹⁸ Voir procès-verbal du représentant de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

162. Le premier grief a été rédigé comme suit :

« Il est fait grief à la Mutuelle du nickel et à la Mutuelle du commerce, en tant qu'auteurs en raison de leur participation directe, d'avoir pris part à une entente dans le secteur de la distribution au détail de produits d'optique-lunetterie médicale en Nouvelle-Calédonie, en ayant mis en œuvre, au travers de la convention dite de « prestation de services » du 30 mars 2018, des pratiques consistant à échanger des informations portant sur des données actuelles, non anonymisées, individuelles et non accessibles aux tiers, du 30 mars 2018 jusqu'à la présente notification de griefs. Cette pratique d'entente qui revêt un objet anticoncurrentiel, est prohibée par l'article Lp. 421-1 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie. ».

163. Le deuxième grief a été rédigé comme suit :

« Il est fait grief à la Mutuelle du nickel et à la Mutuelle du commerce, en tant qu'auteurs en raison de leur participation directe, d'avoir pris part à une entente dans le secteur de la distribution au détail de produits d'optique lunetterie médicale en Nouvelle-Calédonie, au travers d'actions concertées, du 1er juillet 2018 à la date de la présente notification, ayant pour objet de créer une gamme de lunettes « sans reste à charge » dénommée « M Optique », distribuée exclusivement par les centres « les opticiens mutualistes » et dont la Mutuelle du commerce a fait la promotion auprès de ses adhérents dans la circulaire du 30 mai 2018.

Cette entente, qui a duré du 30 mai 2018 jusqu'à la présente notification, a eu pour effet de détourner une partie de la clientèle des opticiens libéraux vers les centres « les opticiens mutualistes ».

Cette pratique constitue une atteinte à l'article Lp. 421-1 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie, prohibant les ententes anticoncurrentielles. ».

164. Le troisième grief a été rédigé comme suit :

« Il est fait grief à la Mutuelle du nickel d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché local de la vente au détail des produits d'optique-lunetterie médicale en province Nord, en se livrant, de septembre 2015 jusqu'à la présente notification de griefs, à des pratiques de dénigrement à l'encontre de ses concurrents que sont les opticiens libéraux, par voie de presse dans des magazines généralistes et dans le magazine de la Mutuelle des fonctionnaires, et par voie de communication sur les réseaux sociaux. Cette pratique d'abus de position dominante, qui est prohibée par l'article Lp. 421-2 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie a eu pour objet ou pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence par les opticiens libéraux sur le marché de la vente au détail de produits d'optique-lunetterie médicale en province Nord. ».

II. Discussion

A. Sur le bien-fondé des griefs

1. Sur le grief n°1 relatif aux échanges d'informations entre la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel

a. Principes applicables en matière d'échange d'informations

165. L'article Lp. 421-1 du code de commerce prohibe les accords et les pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou effet de restreindre la concurrence.

166. La pratique décisionnelle rappelle que les échanges d'informations qualifiés de restriction de concurrence peuvent soit s'inscrire dans le cadre d'une entente plus globale, soit avoir lieu de façon autonome, sans autre comportement infractionnel.
167. Dans cette dernière hypothèse, les lignes directrices de la Commission européenne du 14 juin 2011¹¹⁹ précisent par exemple qu'un « *échange d'information peut (...) constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est-à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique. En conséquence, l'échange de données stratégiques entre concurrents équivaut à une concertation, en ce qu'il diminue l'indépendance de comportement des concurrents sur le marché et leur incitation à se livrer concurrence* » (§ 61).
168. Il résulte également des lignes directrices que « *les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagés* » doivent être regardés « *comme constituant une restriction de la concurrence par objet* » (§ 74). Par ailleurs, un échange d'information « *aura ou non des effets restrictifs sur la concurrence en fonction des conditions économiques prévalant sur les marchés en cause, ainsi que des caractéristiques des informations échangées* » (§ 75). Ainsi, « *l'échange entre concurrents, de données stratégiques, c'est-à-dire de données diminuant l'incertitude sur le plan stratégique sur le marché, est davantage susceptible de relever de l'article 101 que l'échange d'autres types d'informations* » (§ 86).
169. Les juridictions européennes ont précisé les conditions dans lesquelles un échange d'informations est susceptible d'accroître la transparence sur le marché, de lever l'incertitude sur le comportement des concurrents et d'altérer la concurrence qui subsiste entre les opérateurs.
170. À ce titre, le Tribunal de l'Union a indiqué que, sur un marché oligopolistique, « *la mise en commun régulière et rapprochée des informations relatives au fonctionnement du marché a pour effet de révéler périodiquement, à l'ensemble des concurrents, les positions sur le marché et les stratégies des différents concurrents* »¹²⁰.
171. La jurisprudence nationale adopte une approche similaire. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que « *l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que la mise en commun régulière et rapprochée de ces informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux* »¹²¹.
172. La Cour de cassation a confirmé que les échanges d'informations entre entreprises peuvent être sanctionnés, en tant que tels et indépendamment de toute autre forme d'entente, dès lors qu'il apparaît qu'ils ont eu « *pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées [...] et de la périodicité des échanges, de permettre aux opérateurs de s'adapter aux comportements prévisibles de leurs concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* »¹²².

¹¹⁹ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal de l'Union du 27 octobre 1994, John Deere Ltd / Commission européenne, T-35/92.

¹²¹ Arrêt du 26 septembre 2006, Société hôtel le Bristol SA, n° 2005/24285.

¹²² Cour de cassation, Téléphonie mobile, 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354 et 07-10.397.

173. S'agissant du caractère stratégique des informations échangées, le Conseil de la concurrence en métropole a rappelé que *« ce qui importe, selon la jurisprudence John Deere, n'est pas la précision, mesurée en termes abstraits, des informations échangées mais bien le lien entre la nature de ces informations et la possibilité pour les opérateurs de surveiller l'impact de leur politique commerciale, et de celle de leurs concurrents, sur leurs ventes »*¹²³.
174. Par conséquent, le fait que des échanges d'informations entre concurrents portent sur des données individualisées et confidentielles, par exemple sur les prix ou les coûts ne constitue pas *de facto* une entente anticoncurrentielle, à défaut de démontrer concrètement leur caractère stratégique sur le marché en cause.
175. Ainsi, en matière d'optique, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré dans un avis n° 10-A-11 que *« les échanges d'informations entre concurrents même ceux portant sur des coûts ou sur des prix ne sont pas anticoncurrentiels en soi, mais qu'ils devaient ne pas avoir pour conséquence de restreindre la concurrence sur le marché concerné, par une fixation artificielle des prix de vente sur le marché, ou en dissuadant chaque entreprise d'établir ses prix en fonction de ses coûts et de sa stratégie commerciale propres »*¹²⁴.
176. Elle a également ajouté, dans sa décision n° 17-D-03 du 27 février 2017¹²⁵, que l'échange d'informations entre concurrents portant sur des chiffres d'affaires individualisés et le volume de prestations rendues étaient certes des informations confidentielles non disponibles sur le marché mais que *« ce constat ne suffit pas, par lui-même, à démontrer le caractère stratégique des informations échangées »* (point 130). L'Autorité a précisé à cet égard qu'un échange régulier d'informations sera considéré comme restrictif de concurrence *« lorsqu'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion tacite en réduisant l'autonomie de comportement des entreprises et leur incitation à se livrer concurrence. Le terme stratégique vise ici la capacité des entreprises à adapter leur comportement concurrentiel sur le marché en fonction des informations reçues. Il ne se déduit donc pas de la seule nature des informations échangées mais s'apprécie au vu du fonctionnement concret du marché et des circonstances spécifiques à l'espèce »*. Or, l'Autorité constate dans cette décision, qu'en l'espèce, *« aucune pièce du dossier n'établit l'existence d'une situation concrète dans laquelle les informations mensuelles émanant des aéroports auraient fourni à un loueur une connaissance précise de la stratégie à court terme de ses concurrents qui l'aurait conduit à infléchir son comportement sur le marché. (...) En conséquence, l'existence d'un échange régulier d'informations stratégiques susceptibles de constituer une restriction de concurrence contraire aux articles 101 TFUE et L 420-1 du code de commerce n'est pas établie »*.

b. Appréciation au cas d'espèce

Les arguments soulevés

177. Pour mémoire, la Mutuelle du nickel et la Mutuelle du commerce ont conclu deux conventions : une convention ayant permis l'accès des adhérents de la Mutuelle du commerce aux centres d'optique mutualistes appartenant à la Mutuelle du nickel le 1^{er} septembre 1983 et, le 30 mars 2018, une convention de prestation de service de mise à disposition d'un opticien

¹²³ Décision n° 21-D-01 du 14 janvier 2021 citant la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-65 du 30 novembre 2005.

¹²⁴ Avis n° 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique (point 65).

¹²⁵ Décision n° 17-D-03 du 27 février 2017 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location de voitures.

conseil par la Mutuelle du nickel pour le contrôle des devis des opticiens libéraux adressés aux bénéficiaires de la Mutuelle du commerce.

178. La notification de griefs retient qu'en contravention de l'article Lp. 421-1 du code de commerce, cette dernière convention conduit la Mutuelle du commerce à transmettre à l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel, qui est pourtant l'un de ses principaux concurrents, « *des informations portant sur des données actuelles, non anonymisées, individuelles et non accessibles aux tiers* » figurant sur les devis des assurés de la Mutuelle du commerce.
179. Au point 237, elle souligne ainsi que « *La Mutuelle du Nickel s'engage à mettre à disposition de la Mutuelle du Commerce un Opticien conseil pour effectuer le contrôle de tous les devis d'optiques qu'elle voudra bien lui soumettre (...)* »¹²⁶ étant précisé que l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel ayant accès à ces données, s'engage à « *examiner chaque devis d'optique transmis par la Mutuelle du Commerce, vérifier la conformité de l'équipement proposé avec la prescription afférente, contrôler la cohérence des prix de l'équipement proposé avec le marché, rendre son avis sur la demande d'entente préalable, conseiller la Mutuelle du Commerce sur ses prises en charge de l'optique, le cas échéant, contrôler la conformité de l'équipement délivré avec celui facturé* »¹²⁷.
180. Elle précise que « *contrairement aux déclarations des représentants des mutuelles du commerce et du nickel, aucune clause de la convention [du 30 mars 2018] ne prévoit que l'examen des devis puisse être limité à ceux dépassant 100.000 F CFP ; de sorte que l'échange d'informations concerne, potentiellement, tous les devis que la Mutuelle du commerce est susceptible de recevoir dans le cadre de son activité au sein des centres d'optique mutualiste* ».
181. Au stade du rapport, le service d'instruction a précisé que la transmission de devis par la Mutuelle du commerce à l'opticien conseil était régulière (environ 650 devis par an, soit près d'une heure par jour en moyenne consacré à leur examen) et que ce dernier était susceptible de tirer profit des informations ainsi recueillies pour adapter la stratégie commerciale de la Mutuelle du nickel dès lors que c'est la même personne qui était responsable de la filière optique au sein de cette mutuelle.
182. La notification de griefs conclut que « *ces échanges d'informations introduisent des distorsions de concurrence en permettant aux mutuelles mises en cause de bénéficier de données privilégiées auxquelles elles n'auraient pu avoir accès sans cette entente. En outre, il convient de relever que cette convention introduit une discrimination entre les opticiens libéraux et les opticiens mutualistes. En effet, l'opticien de la Mutuelle du nickel chargé de valider les demandes de prise en charge des adhérents de la Mutuelle du commerce est le responsable des centres d'optique mutualistes. Dès lors un devis d'un adhérent de la Mutuelle du commerce client d'un opticien libéral est transmis à un tiers pour examen alors que celui d'un adhérent client d'un centre « les opticiens mutualistes » ne fait l'objet d'aucun examen par un tiers* ».
183. La Mutuelle du commerce rappelle en premier lieu que les différents contrats de santé qu'elle propose à ses adhérents¹²⁸ visent à « *réduire le plus possible « le reste à charge » des adhérents* »¹²⁹.

¹²⁶ Voir la convention, annexe 32, cotes 119-122.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Santé, Santé plus, Santé Top, Santé Max, sagesse et Verizen.

¹²⁹ Voir les observations de la Mutuelle du commerce, annexe 14 du rapport, cotes 1595-1641.

184. Ainsi que cela se pratique de manière habituelle, les contrats les plus onéreux de la Mutuelle du commerce offrent un taux de remboursement plus important, notamment en matière d'optique.

Contrat	Taux de remboursement MDC	Taux de remboursement CAFAT	Taux global
Santé	60%	40%	100%
Santé Plus	60%	40%	100%
Santé Top	160%	40%	200%
Santé Max	260%	40%	300%
Sagesse	60%	40%	100%
Verizen	110%	40%	150%

185. La Mutuelle du commerce estime toutefois que ses contrats ont généré des « dérives » car elle a « constaté que les prix de vente des opticiens privés étaient sensiblement plus élevés que ceux pratiqués par les opticiens mutualistes ». Elle souligne également qu'en « 2017, la Mutuelle du commerce observe ainsi une différence de l'ordre de près de 17.000 Frs (soit +25%) entre le prix de vente moyen d'un assuré en contrat « Santé » et celui d'un contrat « Santé Max ». »¹³⁰.

186. Compte tenu de l'augmentation de ses remboursements en dépense d'optique, la Mutuelle du commerce a donc décidé de dénoncer « la convention de tiers payant collective conclue en 1983 avec le syndicat des Opticiens et lunettiers pour conclure des conventions de tiers-payant individuelles avec chaque opticien »¹³¹.

187. Or, elle estime qu'il résulte clairement des termes de la convention de tiers payant¹³² passé avec chaque opticien libéral que :

- les demandes d'accord préalable ne sont requises que pour les devis pour lesquels la part mutuelle est supérieure ou égale à 100 000 Frs ;
- la procédure d'accord préalable pour ces devis est encadrée par le contrat et tout refus de délégation de paiement doit être justifiable par la Mutuelle du commerce ;
- le refus d'accord préalable ne concerne en toute hypothèse que la délégation du tiers payant et ne remet donc pas en cause la prise en charge et le remboursement de l'équipement optique (parts CAFAT et mutuelle) pour l'assuré.

¹³⁰ Voir les observations de la Mutuelle du commerce, annexe 14 du rapport, cotes 1595-1641, p.10.

¹³¹ Ibid.

¹³² L'article 2 « Qualité, Ethique et transparence » stipule notamment que « 2.1. L'Opticien propose à ses Clients exclusivement des verres et des lentilles de contact et produits d'entretien issus de fournisseurs notoirement connus, ayant fait l'objet de tests au porter significatifs avant leur mise sur le marché (...). 2.3. La tarification des équipements optiques et de chacun de leurs composants est effectuée en application des tarifs, par composant, pratiqués en magasin. Ces tarifs doivent être établis par l'Opticien avec tact et mesure, indépendamment de la couverture sociale principale et de la complémentaire santé souscrite par les clients auprès de la Mutuelle du commerce (...) ». L'article 3 dispose que « 3. Les devis présentant un montant Tiers Payant, pour la part Mutuelle égal ou supérieur à 100 000 Frs, devra être transmis à la MDC pour accord préalable de délégation de paiement. La MDC s'engage à transmettre à l'Opticien sa réponse par courriel sous un délai de 2 jours ouvrables. La MDC se réserve le droit de demander un deuxième devis, qui sera également soumis à l'accord préalable. En cas de refus de délégation de paiement par la MDC, l'Opticien peut en demander le(s) motif(s) ». Enfin, l'article 4 « Délégation de paiement » de la convention de tiers payant précise que : « Sous réserve de l'accord spécifique détaillé à l'article 3.3, La Mutuelle du Commerce s'engage à pratiquer le tiers payant intégral (parts Cafat et Mutuelle) avec l'Opticien. Le tiers payant intégral correspond au montant global auquel peut prétendre l'adhérent au regard de ses couvertures sociales, dans la limite des garanties de prise en charge des organismes payeurs ».

188. Dans le contexte ci-dessus présenté, la mise en place d'une demande d'accord préalable avait donc, selon elle, pour objectif de contrôler les cas spécifiques de devis d'optique très élevés afin de vérifier si les équipements particuliers faisant l'objet du devis étaient effectivement justifiés par les besoins médicaux de l'assuré. Elle souligne que tous les opticiens interrogés dans le cadre de l'instruction ont confirmé que l'accord préalable n'est nécessaire que pour les devis supérieurs à 100.000 FCFP.
189. La Mutuelle du nickel reprend les mêmes arguments et ajoute que la convention de prestation de services du 30 mars 2018 forme un bloc indissociable avec la convention de tiers payant passée entre la Mutuelle du commerce et les opticiens libéraux et que le contrôle des devis est donc limité aux seuls devis supérieurs à 100.000 F.CFP.
190. En deuxième lieu, la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel reprochent à la notification de griefs d'avoir retenu que la convention serait le support d'échanges d'informations confidentiels ayant par nature un objet anticoncurrentiel alors qu'il ressort d'une jurisprudence constante que la notion d'objet anticoncurrentiel est d'interprétation restrictive.
191. La Mutuelle du commerce en déduit que « *le service d'instruction doit être en mesure de démontrer sans ambiguïté l'existence d'un objet anticoncurrentiel et, à cet égard, du degré intrinsèquement élevé de nocivité de l'accord ou de la pratique, pour pouvoir s'affranchir de rechercher des effets restrictifs de concurrence* », ce qu'il n'a pas pu faire.
192. En l'espèce, les parties font valoir que :
- la confidentialité des données transmises à l'opticien conseil est assurée en pratique par une boîte mail dédiée et par la non-conservation des devis dans le système d'informations de la Mutuelle du nickel aux fins d'analyse de marché. En particulier, les deux courriels envoyés à partir de la boîte professionnelle de l'opticien de la Mutuelle du nickel, mis en évidence par le rapport du service d'instruction, ne suffisent pas à remettre en cause les 598 réponses aux demandes d'accord préalables envoyées à partir de la boîte mail dédiée, d'autant plus que, par convention, l'opticien conseil est tenu à des obligations déontologiques, d'indépendance et de confidentialité strictes ;
 - aucun élément du dossier ne permet de penser que l'opticien-conseil aurait violé ces obligations déontologiques ni qu'il aurait traité de manière discriminatoire les demandes des opticiens libéraux par rapport aux opticiens mutualistes ;
 - les réponses particulièrement succinctes de l'opticien-conseil à la Mutuelle du nickel ne sauraient non plus être qualifiées de conseils sur la politique en matière d'optique ;
 - enfin, depuis juin 2021, dans le cadre de la mise en œuvre du règlement relatif à la protection des données personnelles, les dossiers sont anonymisés si bien que l'opticien-conseil ne sait pas si la demande émane d'un opticien libéral ou mutualiste.
193. En tout état de cause, les parties rappelle que l'échange d'informations n'est considéré comme anticoncurrentiel que dans la mesure où les informations échangées sont considérées comme stratégiques au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire si ces informations permettent effectivement « *d'identifier la stratégie des entreprises qui sont en concurrence sur le marché* » et d'adapter sa politique commerciale en conséquence¹³³, ce qui n'est en toute hypothèse pas le cas en l'espèce.

¹³³ Voir l'avis n° 06-A-18 du 5 octobre 2006 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, § 19 et suivants.

194. A cet égard, la Mutuelle du commerce estime que « *les informations communiquées par la Mutuelle du commerce à l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel n'ont en toute hypothèse aucun caractère stratégique puisqu'elle n'ajoute rien de déterminant par rapport aux informations déjà en possession de la Mutuelle du nickel, en sa qualité d'organisme payeur, ce qui exclut de fait tout objet concurrentiel* ». Elle précise : « *or, à supposer que l'opticien ait communiqué les informations sur les devis communiqués par la Mutuelle du commerce, en violation de son obligation de confidentialité, la Mutuelle du nickel dispose en toute hypothèse d'informations plus complètes sur les tarifs et produits généralement proposés par les opticiens libéraux dans le cadre des demandes de remboursement de ses assurés, en sa qualité d'organisme payeur* »¹³⁴.
195. Il convient néanmoins de rappeler qu'en pratique, moins de 10 % des adhérents de cette mutuelle achètent leurs matériels d'optique auprès d'opticiens libéraux car ils ne peuvent bénéficier du tiers-payant et doivent se faire rembourser sur la base de leurs factures *a posteriori*. Il en résulte que le nombre de devis émanant de concurrents susceptibles d'être recueillis par ce biais par la Mutuelle du nickel est assez limité.
196. La Mutuelle du nickel ajoute qu'en tout état de cause, aucun élément du dossier ne démontre qu'elle ait pu utiliser les informations transmises par la Mutuelle du commerce à son opticien conseil pour adapter, ensuite, sa stratégie commerciale. Elle rappelle que la convention ne permet pas de détourner le client de l'opticien libéral qu'il aura choisi et souligne qu'en tout état de cause les informations recueillies ne lui sont d'aucun intérêt sur le plan commercial puisque le client ne pourra renouveler son matériel avant deux ans au mieux. Afin de démontrer sa bonne foi, elle produit, en outre, un constat d'huissier du 23 novembre 2021 démontrant l'absence de ciblage ou d'hameçonnage de chalands à partir des informations recueillies dans son système d'information.
197. En dernier lieu et au surplus, la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel soulignent que l'application de la convention du 30 mars 2018 conduisant au contrôle des seuls devis supérieurs à 100.000 FCFP par l'opticien conseil, n'a eu aucun effet anticoncurrentiel.
198. La Mutuelle du nickel souligne que : « *De fait seule la garantie « Santé TOP » de la gamme MDC est concernée.* »¹³⁵. La Mutuelle du commerce précise pour sa part que moins de 7 % des devis sont transmis à l'opticien conseil (598 demandes / 12.280 paires de lunettes remboursées entre mai 2019 et avril 2020 ; 726 demandes / 11 288 entre mai 2020 et avril 2021) et qu'il n'y a jamais eu aucun refus. Au pire, dans moins de 5 % des cas, des demandes de précision ou de rectification ont été adressées à l'opticien libéral qui y a répondu.

La réponse de l'Autorité

199. En l'espèce, l'Autorité observe, à titre liminaire, que la Mutuelle du commerce n'est pas présente sur le marché de la distribution de matériel d'optique médicale et n'est donc pas concurrente des opticiens libéraux ou mutualistes appartenant à la Mutuelle du nickel. L'objectif de la convention du 30 mars 2018 conclue avec la Mutuelle du nickel poursuit un objectif de maîtrise des remboursements des dépenses d'optique à travers le contrôle de devis d'optique supérieurs à 100.000 F.CFP par un opticien conseil afin de vérifier si les équipements particuliers faisant l'objet des devis concernés sont effectivement justifiés par les besoins médicaux de l'assuré.
200. L'Autorité constate ensuite que les informations transmises par la Mutuelle du commerce à l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel portent concrètement sur les coordonnées des

¹³⁴ Voir les observations de la Mutuelle du commerce, annexe 14 du rapport, cotes 1595-1641.

¹³⁵ Voir les observations écrites en réponse au rapport de la Mutuelle du nickel, annexe 197, cote 1546.

adhérents de la Mutuelle du commerce, clients des opticiens libéraux, les coordonnées des opticiens libéraux choisis par ses adhérents, les prix publics des montures et les caractéristiques techniques des verres (ou lentilles de contact) commandées par les adhérents de la Mutuelle du commerce auprès d'opticiens libéraux sur la base d'une ordonnance ophtalmologique et leur prix public.

201. Ces informations portent sur des données actuelles, individualisées et non anonymisées (jusqu'au 1^{er} juin 2021) émanant d'opticiens concurrents des centres des opticiens mutualistes de la Mutuelle du nickel et concernent principalement les produits d'optique médicale complexe ou de luxe dont les devis excèdent 100.000 FCFP. En pratique, cela représente environ 600 devis en moyenne par an sur près de 12.000 factures remboursées par la Mutuelle du commerce, soit 5 à 7 % des ventes réalisés auprès des adhérents de cette mutuelle pour des matériels d'optique.
202. L'Autorité souligne que les prix publics des montures proposés par les opticiens libéraux, concurrents des opticiens mutualistes, sont en principe affichés dans les magasins des opticiens libéraux, contrairement aux prix des verres ou des lentilles de contact dont la Mutuelle du nickel ne peut avoir connaissance que par l'application de la convention du 30 mars 2018. La transmission de ces informations et des coordonnées des clients de la Mutuelle du commerce n'est donc pas dépourvue d'intérêt pour les opticiens mutualistes de la Mutuelle du nickel.
203. L'Autorité considère néanmoins qu'il n'est pas établi que les informations ainsi collectées par l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel, qui est également responsables des trois centres des « opticiens mutualistes », aient été utilisées en violation de ses obligations contractuelles déontologiques, d'indépendance et de confidentialité. En effet, le seul élément au soutien de cet argument est un échange de courriels du 6 août 2018 entre la Mutuelle du commerce, l'opticien conseil et l'opticien ayant transmis le devis. Or, ces courriels attestent de ce que la Mutuelle du commerce a bien interrogé l'opticien conseil de la Mutuelle du nickel via la boîte mail spécifiquement dédiée (« opticienmutuelleducommerce.nc ») tout en mettant en copie son adresse professionnelle « lfanoy@mutuellenickel.nc », et que ce dernier a simplement répondu à partir de son adresse professionnelle la mention suivante : « *avis favorable* »¹³⁶.
204. Il n'est pas non plus établi que les centres des opticiens mutualistes de la Mutuelle du nickel auraient adapté leur stratégie commerciale en fonction des informations ainsi collectées par l'opticien conseil, en particulier pour infléchir leur comportement sur le segment de marché des produits complexes ou de luxe dont le prix excède 100.000 FCFP, en ayant pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence au détriment des opticiens libéraux.
205. Il résulte de ce qui précède qu'en l'état des éléments présents au dossier, le premier grief n'est pas établi.

2. Sur le grief n° 2 relatif à l'entente entre la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel pour le développement de la gamme *M Optique* et sa promotion par l'intermédiaire de la circulaire du 30 mai 2018

a. Les principes applicables en matière de réseaux de soins agréés

206. La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine concernant la compatibilité des réseaux de soins agréés dans le secteur de l'optique est riche et ancienne.

¹³⁶ Voir les pièces jointes au questionnaire optique Magenta et Boulari, annexe 146, cotes 1163-1169.

207. Saisi en 1989 par un syndicat d'opticiens de pratiques mises en œuvre par certaines mutuelles et, plus particulièrement, de certaines clauses figurant dans les conventions passées avec les opticiens, le Conseil de la concurrence a relevé, dans sa décision n° 91-D-04, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 décembre 1991, plusieurs clauses susceptibles en raison de leur objet ou leur effet de fausser la concurrence tant sur le marché de la garantie complémentaire à l'assurance maladie que sur celui de l'optique-lunetterie.
208. S'agissant du marché de la garantie complémentaire, il a, ainsi, enjoint d'abroger des dispositions par lesquelles certaines unions de mutuelles interdisaient à leurs sociétés affiliées de négocier des conventions à titre individuel ainsi que de celles interdisant aux opticiens-lunetiers signataires de contracter avec d'autres OCAM ou de conclure une convention comportant des dispositions plus favorables sans en faire immédiatement bénéficier les adhérents de la mutuelle contractante.
209. S'agissant du marché de l'optique-lunetterie, il a également fait injonction de supprimer les clauses interdisant aux OCAM de signer d'autres conventions avec des opticiens n'appartenant pas aux groupements signataires, fixant des taux de remise non minimum, interdisant de conclure des conventions prévoyant des taux de remise plus favorables au consommateur, instaurant un barème de prix révisé annuellement par l'organisation syndicale d'opticiens signataires de l'accord et interdisant aux mutuelles de créer des centres d'optique.
210. Dans son avis n° 99-A-17 du 17 novembre 1999 portant sur certaines pratiques mises en œuvre par des mutuelles ou groupements de mutuelles, le Conseil de la concurrence a précisé que, dans la mesure où les conventions entre mutuelles et opticiens constituent par elles-mêmes des accords entre entreprises, elles peuvent, le cas échéant, être constitutives de pratiques anticoncurrentielles, notamment dans l'hypothèse où le choix des opticiens conventionnés ne répondrait pas à des critères objectifs et transparents ou en cas d'application discriminatoire. Par ailleurs, il s'est déclaré favorable, par souci de transparence, à la diffusion des conventions auprès de l'ensemble des professionnels en faisant la demande.
211. Dans son avis n° 09-A-46 du 9 septembre 2009 précité, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a confirmé que les conventions entre les gestionnaires de réseaux – OCAM ou tiers agissant pour leur compte – et les professionnels de santé, sont appréhendables sous l'angle des règles applicables aux restrictions verticales et, notamment, aux accords de distribution sélective ou exclusive.
212. Elle indique « *De fait, l'opération de conventionnement est le moyen qui permet aux gestionnaires de réseaux de constituer des réseaux de professionnels de santé offrant un bon rapport qualité-prix. L'accès aux dits réseaux est ensuite commercialisé auprès du consommateur final qu'est l'assuré au travers de son contrat d'assurance maladie complémentaire. Il serait donc envisageable de définir un ou plusieurs marchés amont d'adhésion aux réseaux de soins, sur lesquels seraient présents d'une part, du côté de l'offre, les différents professionnels de santé et d'autre part, du côté de la demande, les gestionnaires de réseaux* » (point 75). Elle précise néanmoins que les accords en question ne peuvent être assimilés à des accords de distribution sélective dès lors qu'un OCAM, lorsqu'il sélectionne des professionnels de santé, est plus assimilable à un distributeur qui sélectionne des fournisseurs qu'à un fournisseur qui sélectionne des distributeurs (point 76). Elle en conclut que « *Dès lors, au regard des règles de concurrence, il convient d'examiner dans quelle mesure les accords en question sont susceptibles d'engendrer les effets négatifs traditionnellement relevés en matière d'accords verticaux, tels la mise en place de barrières à l'entrée, ou s'ils peuvent, au contraire, comporter des effets bénéfiques* ». Elle ajoute néanmoins que malgré d'éventuelles restrictions de concurrence, les réseaux de professionnels de santé mis en place par les OCAM devraient pouvoir faire l'objet d'une

exemption si les accords ne comportent pas de « clauses noires », si la part de marché de l'OCAM concerné est inférieure à 30 % et s'il n'y a pas d'effet cumulatif de réseaux parallèles comportant des restrictions verticales similaires.

213. Elle souligne à cet égard que le développement du conventionnement est susceptible d'engendrer un fonctionnement plus concurrentiel du marché, y compris vis-à-vis des professionnels non conventionnés par les OCAM, dans la mesure où ces derniers seront incités à offrir soit des services supplémentaires (telles que des conditions de paiement différé), soit une qualité de services supérieure ou encore des tarifs attractifs (gamme avec zéro reste à charge par exemple), afin d'attirer une part des assurés pouvant par ailleurs bénéficier de conditions intéressantes dans le réseau de soins de leur OCAM. Elle en déduit que : « *Ainsi, et à la condition naturellement que les tarifs maximaux imposés par les OCAM soient élaborés de manière adéquate, il apparaît que le développement de réseaux de professionnels de santé agréés par les OCAM doit être perçu comme plutôt proconcurrentiel* » (points 118 et 119).
214. Dans la décision n°12-D-20 du 12 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'optique-lunetterie de détail à La Réunion, l'Autorité métropolitaine a également considéré qu'une offre consistant à proposer des lunettes de vue « avec zéro reste à charge » aux adhérents des mutuelles participant à l'opération n'avait pas d'objet anticoncurrentiel dans les termes suivants : « *Cette offre émanant d'un groupement de mutuelles de complémentaire santé, avec son principe de fonctionnement, est une organisation en tous points comparable, dans une version « intégrée », à celle d'un réseau de soins (...) qui comporte également un OCAM (ou un regroupement d'OCAM) d'un côté, avec le renvoi de l'assuré à des magasins d'optique agréés de l'autre. Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité a indiqué que « la constitution de réseaux de soins (...) doi(ven)t a priori être favorablement accueillies au regard de la politique de concurrence et des intérêts des consommateurs. »*
215. Dans sa décision n 0 13-D-05 du 26 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kalivia dans le secteur de l'optique-lunetterie, l'Autorité métropolitaine a par ailleurs considéré que : « *le référencement des produits susceptibles d'être vendus dans le réseau est objectivement justifié par des considérations légitimes : la mise en place d'un mécanisme de référencement et la sélection de certains fournisseurs sont ainsi motivées par le souhait de proposer aux assurés (les consommateurs finaux) des produits et services de qualité à des prix compétitifs. L'intérêt de ces démarches est d'autant plus évident dans un secteur comme l'optique-lunetterie, qui se caractérise par un nombre conséquent de références (des centaines de milliers) et dans lequel le consommateur final dispose de peu d'informations concernant le choix du produit* ».
216. Au terme de cette décision, l'Autorité métropolitaine a notamment conclu que : « *les pratiques de référencement en cause en l'espèce, et notamment de la part que représentent les OCAM dans le financement de l'achat de matériel d'optique dans le cadre des réseaux, mais également des considérations légitimes justifiant objectivement la mise en place de telles pratiques de référencement, l'objet anticoncurrentiel de la pratique de référencement dénoncé par les saisissants n'est pas caractérisé. Par ailleurs, au vu du poids très limité que représentait le réseau Kalivia dans les achats de verres pendant la période concernée (qui s'explique tout d'abord par une part de marché en nombre d'assurés relativement faible, mais également par un taux de fréquentation du réseau qui demeure à ce jour modéré), aucun effet restrictif ou aucune probabilité de tels effets ne peut être établie* ».
217. De la même manière, dans sa décision n° 16-D-12 du 9 juin 2016, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré que le réseau Carte Blanche, qui est un réseau ouvert depuis l'origine, c'est-à-dire que tous les professionnels de santé qui acceptent les accords proposés

peuvent en faire partie, sans limitation, pouvait légitimement mettre en place une offre appelée « offre Prysme », destinée à permettre aux bénéficiaires l'accès à un équipement d'optique sans reste à charge, tout en bénéficiant d'un contrôle de la qualité des montures et des verres proposés.

218. Cette offre retenait trois fabricants de verre (Essilor, Carl Zeiss et Nikon), qui avaient été sélectionnés de gré à gré sans appel d'offres, sous réserve de proposer huit références de verre (quatre verres simples et quatre verres progressifs). S'agissant des montures, Carte Blanche avait créé sa propre collection, appelée « 1796 », dont la fabrication a été confiée en partie à des artisans installés en France. Les opticiens membres du réseau avaient l'obligation d'acheter la collection de montures à l'avance et de proposer systématiquement au bénéficiaire du réseau Carte Blanche une offre « Prysme » sans reste à charge. Ils n'avaient cependant aucune obligation de vente ou de résultat. Par ailleurs, la collection de montures 1796 n'était pas réservée aux seuls bénéficiaires du réseau Carte Blanche, mais pouvait être proposée à tous les clients de l'opticien. L'Autorité en a conclu que cette offre ne pouvait être considérée comme susceptible de revêtir un objet anticoncurrentiel (points 75 à 80).
219. L'Autorité métropolitaine a ensuite analysé si cette offre de lunettes sans reste à charge, fondée sur une sélection de gré à gré des fournisseurs de verres, était susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel. Elle a considéré que « *ce risque doit cependant être écarté notamment en raison de l'importance très réduite de l'offre Prysme sur le marché, qui représentera, en 2016, au mieux 2 % de parts de marché* ». Elle a finalement prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure.

b. Les arguments des parties

220. La Mutuelle du commerce a développé, en partenariat avec la Mutuelle du nickel, une nouvelle gamme de lunettes sans reste à charge pour le consommateur, dénommée « *M Optique* », disponible à partir du 1^{er} juillet 2018 dans les trois centres « les opticiens mutualistes », comme le soulignait la circulaire de la Mutuelle du commerce du 30 mars 2018 envoyée à l'ensemble de ses adhérents.
221. La notification de griefs souligne au point 253 que « *l'objectif du partenariat entre ces deux mutuelles consiste à développer une gamme de lunettes « sans reste à charge » pour le compte de la Mutuelle du commerce et à la distribuer dans tous les centres « les opticiens mutualistes » de la Nouvelle-Calédonie* ».
222. Se fondant sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine qui considère que « *les offres sans reste à charge développée par une mutuelle au profit de ses adhérents « doivent a priori être favorablement accueillies au regard de la politique de la concurrence et des intérêts des consommateurs* », elle en conclut au point 258 que « *le partenariat développé par les mutuelles du commerce et du nickel, visant à développer une gamme de lunettes « sans reste à charge » n'a donc pas d'objet anticoncurrentiel* ».
223. Pour autant, la notification retient, dans le cadre du grief n° 2, deux pratiques concertées entre les deux mutuelles qui auraient un effet anticoncurrentiel :
- faisant un parallèle avec la constitution des réseaux de soins agréés de délégation de tiers payant, la notification de griefs considère que la gamme « *M Optique* » est assimilable à un réseau de soins fermé et que « *l'examen des critères relatifs à la gamme M Optique permet de retenir qu'ils ne sont ni objectifs ni transparents puisqu'ils sont définis par les centres « les opticiens mutualistes », ceux-là même qui ont la charge de la distribution de cette gamme. De plus, il ne s'agit pas de critères transparents puisque l'OCAM ne les a pas définis. Enfin, il résulte de l'instruction que ce « réseau » n'a pas vocation à être ouvert à d'autres opticiens* »

(points 252 et 265 de la notification de griefs). Elle ajoute également que la gamme *M Optique* ne donne lieu à aucune contrepartie financière de la part des centres d'optique mutualiste malgré l'exclusivité de distribution dont ils bénéficient pour la distribution de cette nouvelle gamme ;

– de plus, elle considère, à l'instar des plaignants, que « *la circulaire du 30 mai 2018 envoyée par la Mutuelle du commerce à ses adhérents* » a eu « *pour objet d'inciter [ses adhérents], par voie de communication interne, à se rendre dans les centres d'optique mutualistes* ». Sur ce point, le service d'instruction a constaté que plusieurs opticiens libéraux invoquaient une perte de clientèle qui serait liée à « *l'incitation permanente [de la Mutuelle du commerce] auprès de ses adhérents (...) à se rendre chez les opticiens mutualistes* ». Elle ajoute que « *il n'est d'ailleurs pas exclu que la distribution de la gamme M Optique ait pu avoir pour effet d'augmenter l'ensemble des volumes de ventes* » des opticiens mutualistes (points 254 et 275 à 281 de la notification de griefs).

224. Le service d'instruction précise que « *la circulaire du 30 mai 2018¹³⁷ de la Mutuelle du commerce revêt un caractère trompeur* » au sens de la Délibération n° 14 du 6 octobre 2001 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, portant réglementation économique, laquelle indique qu'une pratique commerciale est trompeuse notamment « *lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : « a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service (...) ou « (...) si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle (...) »¹³⁸.*
225. La notification souligne que plusieurs opticiens libéraux se sont plaints du fait que « *leurs publicités laisseraient entendre qu'ils seraient les seuls à proposer des lunettes sans reste à charge et par conséquent les clients n'auraient aucun intérêt à venir chez nous. Cela est renforcé par les courriers des mutuelles confirmant cela à leurs adhérents* »¹³⁹. Certains opticiens libéraux se sont également plaints d'une perte conséquente de chiffre d'affaires à la suite de la mise en œuvre de la gamme « *M Optique* »¹⁴⁰.
226. Le rapport du service d'instruction rappelle que selon la jurisprudence de la Cour de cassation : « *une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses ou induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, notamment sur l'existence d'un avantage spécifique quant au prix, et qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* »¹⁴¹.
227. En réponse, les deux mutuelles soulignent que :
- les autorités de concurrence se sont prononcées à plusieurs reprises et toujours en faveur du développement, par les OCAM, d'une offre d'optique sans reste à charge et ont en conséquence exclu tout objet ou effet anticoncurrentiel. En l'occurrence, l'offre sans reste à

¹³⁷ La circulaire précise : « *Le conseil d'administration de la Mutuelle du commerce a décidé de mieux encadrer les prestations d'optique en rendant obligatoire à toute délivrance de lunettes, une nouvelle prescription originale d'un ophtalmologiste (...) et que parallèlement à cette mesure une gamme de lunettes spécifiques permettant d'avoir un « reste à charge égal à zéro franc quel que soit leur contrat santé » sera disponible à partir du 1^{er} juillet 2018 dans les centres d'optique de la Mutuelle du nickel* »(soulignement ajouté).

¹³⁸ Voir la [délibération n°14](#).

¹³⁹ Voir par exemple la réponse au questionnaire du magasin Optique Boulari, annexe 146, cote 1169.

¹⁴⁰ Voir les déclarations des opticiens May Lunettes, Techni-Optique et celle de M. [X], Président du syndicat des opticiens et propriétaire de plusieurs magasins d'optique Alain Afflelou, Claro Opticien, La Générale d'Optique et Marina Optique.

¹⁴¹ Voir Cour de cassation, chambre commerciale, 20 février 2019 pourvoi n° 17-13.215.

charge « *M Optique* » ne constitue pas un réseau de soins en soi, comme le fait valoir la notification de grief, mais s'inscrit dans le réseau de soins de tiers payant de la Mutuelle du commerce ouvert à tous les opticiens libéraux et mutualistes qui le souhaitent dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Au contraire, ce partenariat doit avec les « opticiens mutualistes » de la Mutuelle du nickel doit être considéré comme proconcurrentiel car il répond à un objectif de santé publique en permettant de créer une nouvelle gamme de lunette sans reste à charge pour tous les assurés et notamment pour les plus défavorisés qui n'ont pas forcément accès aux prestations complémentaires les plus étendues en raison de leur coût plus important. Cette nouvelle offre ne remet pas en cause la possibilité pour les opticiens libéraux de continuer à proposer des offres sans reste à charge alternatives au bénéfice des consommateurs, y compris aux adhérents de la Mutuelle du commerce. Elle ne prévoit aucune exclusivité entre les deux mutuelles pour la distribution d'équipements d'optique sans reste à charge, comme le montre le fait que la Mutuelle du nickel a développé un partenariat identique avec la Mutuelle des fonctionnaires (la gamme « *Harmonie* »). Elle n'exclut pas non plus les opticiens libéraux puisqu'un partenariat entre les mutuelles et les opticiens libéraux serait envisageable même s'ils ne l'ont jamais sollicité puisqu'ils développent eux-mêmes une offre sans reste à charge ;

– contrairement à ce que soutient le service d'instruction « *les critères relatifs à la gamme « M Optique » n'ont pas été unilatéralement définis par les opticiens mutualistes* » : il y a eu un cahier des charges défini lors de réunions avec les opticiens mutualistes fixant plusieurs critères objectifs comme le montre l'annexe 28 du dossier. En outre, les courriels du 21 mars 2018 et 27 juillet 2018 mentionnés aux points 249 et 251 du rapport ne remettent pas en cause le fait que la Mutuelle du Commerce a participé à la définition de critères objectifs. Le courriel du 21 mars 2018 montre qu'il s'agit d'une « proposition » des opticiens mutualistes auprès de la Mutuelle du commerce chargée de vérifier si les critères sont bien remplis¹⁴². Le courriel du 27 juillet 2018 traduit un questionnement de la Mutuelle du commerce sur la disponibilité des produits visés par la gamme vendue par les « opticiens mutualistes » par rapport aux corrections médicales de ses adhérents¹⁴³ ;

– la circulaire du 30 mai 2018 est un document purement informatif réservé aux adhérents de la Mutuelle du commerce pour les informer des nouvelles mesures prises en matière de remboursement de la part complémentaire et de la création de la gamme « *M Optique* » accessible chez les opticiens mutualistes à compter du 1^{er} juillet. Cette seule note d'information ne saurait être qualifiée de restriction de concurrence d'autant plus si l'on compare sa diffusion très limitée par rapport aux très nombreuses publicités publiées par les opticiens libéraux tant sur les réseaux sociaux que dans des journaux destinés au grand public sur leurs offres sans reste à charge ;

– le caractère extrêmement limité de la vente de la gamme « *M Optique* » exclut de facto tout effet sensible sur la concurrence : ainsi les lunettes de cette gamme représenteraient moins de 5 % du nombre total de lunettes remboursées par la Mutuelle du commerce entre 2018 et 2020 (environ 500 paires de lunettes sur 12 000 par an).

– enfin, le raisonnement développé par le service d'instruction pour tenter de démontrer l'existence d'un effet restrictif de concurrence reposerait sur une « *perte de clientèle* » des opticiens libéraux inexistante. En effet, le marché est très dynamique et a vu l'entrée d'une dizaine de nouveaux magasins d'optique depuis 2018. En outre, la part du chiffre d'affaires

¹⁴² Ce courriel émanant du responsable des magasins « opticiens mutualistes » est adressée à la Mutuelle du commerce et précise : « *Vous trouverez ci-joint une proposition d'équipement avec un RAC à 0. Je vous ferai parvenir une sélection de montures au plus tard fin de semaine ! En espérant que cela réponde à vos demandes* ».

¹⁴³ Voir l'annexe 50, cote 910.

réalisé par les opticiens libéraux dans le montant total du chiffre d'affaires réalisé par les opticiens (libéraux et mutualistes) pour la vente d'équipements optique pris en charge par la Mutuelle du commerce a constamment progressé entre 2018 et 2020 : passant de 70,93% du montant total du chiffre d'affaires en 2018 à 73,09 % du montant total du chiffre d'affaires en 2020. Inversement, la part du chiffre d'affaires réalisé par les opticiens mutualistes dans le chiffre d'affaires total réalisé par l'ensemble des opticiens pour la vente d'équipements optique remboursés par la Mutuelle du commerce a diminué entre 2018 et 2020. Enfin, la part des ventes de la gamme « *M Optique* » n'ont fait que diminuer depuis 2019.

228. Les deux mutuelles mises en cause en concluent que les effets restrictifs allégués sont inexistants et que le grief n° 2 doit être écarté.

c. La réponse de l'Autorité

229. L'Autorité considère que les principes dégagés par le Conseil de la concurrence puis l'autorité de la concurrence métropolitaine en matière de réseaux de soins dans le secteur de l'optique sont transposables en Nouvelle-Calédonie dès lors que l'organisation du système de prise en charge des dépenses d'optique est très comparable à celui mis en œuvre en métropole et dans les départements d'outre-mer, à travers l'avance du remboursement de la part obligatoire de la CAFAT et le remboursement de la part complémentaire par des OCAM. De la même manière, le fonctionnement du marché de l'approvisionnement et de la distribution de matériel d'optique médical en Nouvelle-Calédonie est très proche de celui décrit en métropole.
230. En conséquence, l'Autorité considère que le développement de réseaux de soins agréés entre les OCAM est les opticiens libéraux ou mutualistes doit être *a priori* considéré comme proconcurrentiel. De la même manière, une offre de lunette (monture + verres) sans reste à charge développée par une mutuelle au profit de ses adhérents doit *a priori* être favorablement accueillie au regard de la politique de la concurrence et des intérêts des consommateurs.
231. En l'espèce, le grief n° 2 retient que l'offre sans reste à charge développée entre la Mutuelle du commerce et les « opticiens mutualistes » appartenant à la Mutuelle du nickel n'a pas d'objet anticoncurrentiel mais aurait un effet anticoncurrentiel dès lors qu'elle réserve aux seuls « opticiens mutualistes » la distribution de cette gamme et qu'elle est couplée à une campagne de promotion destinée aux adhérents de la Mutuelle du commerce qui aurait eu pour effet de détourner la clientèle habituelle des opticiens libéraux, adhérents à cette mutuelle, vers leurs concurrents : les « opticiens mutualistes », entraînant des pertes de chiffres d'affaires importantes.
232. L'Autorité observe cependant qu'il n'est pas établi que des opticiens libéraux aient pu être intéressés par un conventionnement avec la Mutuelle du commerce pour développer une gamme concurrente sans reste à charge au profit des adhérents de la dite mutuelle ni même pour distribuer la gamme « *M Optique* ».
233. En outre, la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel ont démontré, dans le cadre de leurs observations, qu'elles avaient défini ensemble les critères que devaient remplir les produits de la gamme « *M Optique* ». Ceux-ci apparaissent transparents et objectifs :
- la gamme M Optique devait permettre à tous les adhérents de la Mutuelle du commerce, et notamment ceux dont le contrat ne prévoit pas de prise en charge au-delà du tarif de responsabilité de la CAFAT, des lunettes pour homme et femme, sans reste à charge ;
 - les équipements de la gamme M Optique devaient garantir un certain niveau de qualité. L'équipement devait notamment respecter les normes européennes, et provenir de fournisseurs reconnus sur le marché ;

- la gamme M Optique devait également prévoir plusieurs modèles de montures homme et femme ;
 - les verres devaient être des verres organiques et avoir un traitement anti-reflets ;
 - l’offre de la gamme M Optique devait en outre permettre de répondre aux corrections les plus courantes, inclure des verres pouvant être soit unifocaux soit progressifs, en fonction de la prescription, inclure des verres pouvant être teintés ou photochromiques, en fonction de la prescription.
234. Par ailleurs, le fait que la distribution de la gamme « *M Optique* » n’ait pas été assortie d’une rémunération spécifique de la Mutuelle du nickel par la Mutuelle du commerce n’est pas susceptible d’avoir un effet anticoncurrentiel d’autant qu’aucune obligation de vente ou de résultat n’était imposée par la Mutuelle du commerce aux « opticiens mutualistes » pour la distribution de cette gamme.
235. Il en résulte que le référencement de gré à gré des « opticiens mutualistes » par la Mutuelle du nickel dans le cadre de la création de la gamme « *M Optique* » ne peut, en soi, être considéré comme ayant un effet anticoncurrentiel.
236. Enfin, l’Autorité considère qu’il résulte de l’ensemble des pièces versées au dossier que, même à supposer que la communication interne de la Mutuelle du commerce auprès de ses adhérents par l’intermédiaire de la circulaire du 30 mars 2018 ait pu conduire certains clients des opticiens libéraux à se tourner vers les « opticiens mutualistes » pour acquérir des lunettes sans reste à charge de la gamme « *M Optique* », cette nouvelle offre a pu avoir un effet proconcurrentiel en incitant les opticiens libéraux à promouvoir davantage leurs propres gammes de lunettes sans reste à charge pour rester compétitifs, comme le montrent leurs nombreuses communications externes postérieures versées au dossier.
237. En tout état de cause, le détournement de clientèle allégué, à supposer qu’il ait été réel au moment de la sortie de la gamme « *M Optique* », n’a pu qu’avoir un effet marginal sur le chiffre d’affaires des opticiens libéraux, dès lors que la gamme de lunettes « *M Optique* » a représenté en moyenne moins de 5 % du nombre total des paires de lunettes remboursées par la Mutuelle du commerce entre 2018 et 2020 et, moins de 3 % du chiffre d’affaires total réalisé par les opticiens (libéraux et mutualistes) pour la vente d’équipements optique remboursés par la Mutuelle du commerce entre 2018 et 2019, et même moins de 1,5 % en 2020.
238. En outre, le syndicat des opticiens, plaignant, n’a pas contesté les chiffres avancés par la Mutuelle du commerce dans ses observations au rapport, selon lesquels la part du chiffre d’affaires réalisé par les opticiens libéraux dans le montant total du chiffre d’affaires réalisé par les opticiens (libéraux et mutualistes) pour la vente d’équipements optique pris en charge par la Mutuelle du commerce a constamment progressé entre 2018 et 2020, passant de 70,93% du montant total du chiffre d’affaires en 2018 à 73,09 % du montant total du chiffre d’affaires en 2020.
239. Il en résulte que la pratique dénoncée n’a pas eu d’effet restrictif de concurrence. En conséquence, l’Autorité considère que le grief n° 2 n’est pas établi.

3. Sur le grief n° 3 relatif à l'abus de position dominante de la Mutuelle du nickel en Province Nord en raison de la diffusion de publicité dénigrantes et les autres pratiques alléguées par le plaignant

240. Le grief n° 3 reproche à la Mutuelle du nickel d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché local de la vente au détail des produits d'optique-lunetterie médicale en Province Nord, en se livrant, de septembre 2015 jusqu'à la présente notification de griefs, à des pratiques de dénigrement à l'encontre de ses concurrents que sont les opticiens libéraux, par voie de presse dans des magazines généralistes et dans le magazine de la Mutuelle des fonctionnaires, et par voie de communication sur les réseaux sociaux.
241. De plus, le syndicat des opticiens reproche à la Mutuelle du nickel de promouvoir illégalement, par des publicités tout public, les « opticiens mutualistes », sans préciser que l'accès à ces magasins est réservé à ses adhérents.
242. Il lui reproche aussi de favoriser les centres d'optiques mutualistes installés à proximité des centres d'ophtalmologie de la Mutuelle du nickel, en « *imposant à ses adhérents une nouvelle prescription médicale pour la délivrance de chaque paire de lunettes* ». Cette obligation couplée à la proximité physique entre l'ophtalmologue et le centre « opticiens mutualistes » de la Mutuelle du nickel, introduirait une distorsion de concurrence d'autant plus qu'en application du code de déontologie, les opticiens libéraux n'ont pas le droit d'être installés dans les mêmes locaux que les ophtalmologues libéraux. Cette proximité serait particulièrement grave en Province Nord, car le cabinet d'ophtalmologie de la Mutuelle du nickel est installé à la sortie de la commune dans les mêmes locaux que les « opticiens mutualistes » et qu'il est ouvert non seulement à ses adhérents mais également aux bénéficiaires de l'aide médicale. Cette situation aurait conduit à la fermeture du seul magasin d'optique libéral concurrent installé en centre-ville de Koné en 2020.
243. Enfin, le syndicat des opticiens libéraux reproche à la Mutuelle du nickel son refus de conventionner avec les opticiens libéraux pour assurer le tiers-payant afin de favoriser les magasins « opticiens mutualistes ».
244. Ces trois dernières pratiques n'ont toutefois pas donné lieu à la notification de griefs d'abus de position dominante de la part du service d'instruction qui a considéré qu'il n'y aurait pas de lien de causalité entre la pratique alléguée et la position dominante de la Mutuelle du nickel sur le marché pertinent.

a. Sur les marchés pertinents et la position de la Mutuelle du nickel

i. Les arguments soulevés

245. La notification de griefs retient que le marché pertinent pour apprécier les pratiques de la Mutuelle du nickel est le marché de la vente au détail des produits d'optique-lunetterie, lequel doit être défini, sur le plan géographique, par zones de chalandise comme le montre la pratique décisionnelle métropolitaine.
246. Le Conseil de la concurrence a précisé que : « *Plusieurs éléments indiquent que la concurrence entre les détaillants de produits d'optique-lunetterie s'exerce essentiellement au niveau local.* »¹⁴⁴. Il a ainsi considéré que les spécificités du secteur de la distribution des produits d'optique médicale conduisent « *les consommateurs à acheter leurs lunettes correctrices, soit près de leur domicile, soit près du lieu où ils font régulièrement leurs achats*

¹⁴⁴ Voir la décision n°13-D-05 du 26 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kalivia dans le secteur de l'optique-lunetterie.

(galeries marchandes), soit près de leur lieu de travail. »¹⁴⁵. Dans la décision n°00-D-10, le Conseil de la concurrence a précisé que : « S'agissant des produits d'optique médicale, les zones de chalandises sont susceptibles de s'étendre au-delà des limites administratives des communes ; que ces zones doivent être appréciées en fonction de la densité d'opticiens-lunetiers présents sur la zone et de la mobilité de la clientèle, en zone urbaine, et en raison du prix élevé de certains produits d'optique-lunetterie ; qu'ainsi, la définition de zones de chalandise résulte de l'observation du marché »¹⁴⁶.

247. En l'espèce, la notification de griefs souligne que le représentant de la Mutuelle du nickel a indiqué que le centre d'optique mutualiste de la ville de Koné a vendu en 2019 : « 3.362 paires de lunettes de vue en 2019, soit environ 3.000 clients si l'on considère que certains ont pu acheter deux paires. Et il est fort probable qu'ils habitent tous en Province Nord »¹⁴⁷. Il ressort également des données transmises au cours de l'instruction par la Mutuelle des fonctionnaires, pour l'année 2019-2020, que 78% des adhérents de cette mutuelle vivant en province Nord ont bénéficié de remboursements sur les produits d'optique provenant du centre d'optique mutualiste de Koné¹⁴⁸.
248. Elle en déduit que « l'essentiel des habitants de la province Nord se fournit en produits d'optique médicale en province Nord » et retient que « plusieurs marchés géographiques de la vente au détail de produits d'optique-lunetterie en Nouvelle-Calédonie peuvent être retenus et, à tout le moins, un marché de la vente au détail de produits d'optique-lunetterie en province Nord » (points 299 à 302).
249. Elle relève qu'au niveau territorial, le représentant de la Mutuelle du nickel a déclaré lors de son audition : « J'estime ma part de marché en 2017, sur les seuls verres correcteurs (sur la base des données des douanes), à près de 50 %. Aujourd'hui, on doit être plus près de 40%, compte tenu de l'ouverture d'une dizaine de nouveaux magasins d'optique et du fait que mon chiffre d'affaires est stable, étant limité aux seuls mutualistes »¹⁴⁹.
250. Plus spécifiquement, sur le marché de la vente au détail de l'optique-lunetterie délimité à la province Nord, la notification de griefs constate que la Mutuelle du nickel est en situation de monopole de fait en raison de la fermeture du magasin d'optique-lunetterie Krys de Koné en mars 2020¹⁵⁰. A ce propos, le représentant de l'enseigne Krys, a déclaré, lors de son audition, que : « Dans toute la Province Nord, ils sont maintenant à 90/95% du fait de leur centre « Les opticiens mutualistes » local »¹⁵¹.
251. Dans ses observations écrites, la Mutuelle du nickel estime que : « Si la position de leader de la MDN paraît difficilement contestable, au moins en province nord en valeur, sa position en effet réelle de leader en volume sur le marché n'est pas établie. L'instruction a établi que la part des opticiens libéraux sur l'ensemble du territoire calédonien s'établirait entre 40 et 60% (n° 45). Les opticiens libéraux auditionnés estiment eux-mêmes que la part de marché de la MDN est de l'ordre de 30% » (Soulignement ajouté).
252. Elle ajoute que : « le rapport estime que la part de marché des 3 centres d'optique de la MDN sur l'ensemble du territoire se situe dans une fourchette comprise entre 30% et 40% Le

¹⁴⁵ Voir la décision n° 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise.

¹⁴⁶ Voir la décision n° 00-D-10 du 11 avril 2000 relative à des pratiques mises en œuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale

¹⁴⁷ Voir le courriel du 17-09-2020, cote 1249.

¹⁴⁸ Voir le document fourni par la mutuelle des Fonctionnaires, annexe 158, cotes 1240-1242.

¹⁴⁹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la Mutuelle du nickel, annexe 56, cotes 243-263.

¹⁵⁰ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'optique Krys, annexe 93, cotes 681-689.

¹⁵¹ Ibid.

territoire étant étendu les zones de fourniture et de chalandise ne sont pas aisément interchangeables. Sans doute aurait-il été pertinent que l'instruction examine plus précisément les parts de marché par bassins, d'une part et d'autre part par origine de chiffre d'affaires, afin de déterminer où et sur quoi pouvait se situer ou non une domination effective ou relative ».

253. La Mutuelle du nickel considère en tout état de cause que le marché pertinent en l'espèce devrait être le « *sous marché du tiers-payant* » caractérisé par les conventions passées entre les mutuelles et tous les opticiens pour assurer le remboursement des frais d'optique, et « *surtout sur le marché spécifique de l'offre sans reste à charge qui, seul, est la cible des griefs* ».

ii. La réponse de l'Autorité

254. L'Autorité constate que la pratique décisionnelle nationale a, dans des affaires comparables à celle-ci, retenu comme marchés pertinents : le marché de la *fourniture de prestation de services d'assurance maladie complémentaire* et le marché de la *distribution de produits d'optique-lunetterie*.

- Le marché de la fourniture de prestation de services d'assurance maladie complémentaire.

255. Le marché de l'assurance santé correspondant à l'activité de fourniture de prestations d'assurances maladie complémentaire est défini comme les services « *offerts aussi bien par des sociétés mutualistes que par des organismes qui ne sont pas régis par le code de la mutualité, dont notamment des sociétés d'assurance ; tous ces acteurs, qui entendent garantir la protection complémentaire de celle dispensée par la sécurité sociale, sont donc concurrents dans l'exploitation de marché [...]* »¹⁵². Ce marché a été considéré comme étant de dimension nationale « *compte tenu des préférences des consommateurs, de l'existence de législations et de contraintes fiscales nationales, de la structure actuelle de ces marchés ou encore des systèmes de régulation* »¹⁵³.

256. Compte tenu de la description du secteur précédente, l'Autorité retient en l'espèce l'existence d'un marché pertinent de la *prestation de services d'assurance maladie complémentaire* dont la dimension est essentiellement territoriale, les mutuelles ou assurances nationales ayant une position très marginale sur le marché.

257. Or, la Mutuelle du nickel allègue que : « *La MDN seule, avec ses 20.000 adhérents, à qui sont réservés ses centres optiques, n'est pas en position dominante* »¹⁵⁴.

258. Il ressort en effet des chiffres du secteur que la position des acteurs sur le marché de la fourniture de prestations d'assurances maladie complémentaire en Nouvelle-Calédonie est la suivante :

¹⁵² Voir les décisions du Conseil de la concurrence n° 91-D-04 du 29 janvier 1991 relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, confirmée en appel par la cour d'appel de Paris, 5 décembre 1991 et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-05 précitée.

¹⁵³ Voir la décision de l'Autorité métropolitaine n° 10-DCC-147 du 9 novembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés CNP et Malakoff Médéric, paragraphe 15. Voir également décision n° 10-DCC-147 du 9 novembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés CNP et Malakoff Médéric, paragraphe 31, Avis n° 09-A-46 du 9 septembre 2009 relatif aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés, paragraphe 56 et décision n° 13-D-05 précitée (paragraphe 129 à 132).

¹⁵⁴ Voir les observations de la Mutuelle du nickel, annexe 197, cotes 1529-1556, p.21.

	Nombre d'adhérents 2019	Parts de marché en volume	Remboursements optique 2019	Parts de marché en valeur
Mutuelle des fonctionnaires	78 874	42,4 %	611 173 305	35,9 %
Mutuelle du nickel	20 000	10,7 %	65 803 374	3,9 %
Mutuelle du commerce	68 922	37,1 %	889 546 018	52,3 %
Mutuelle des professions libérales	8 075	4,3 %	44 282 381	2,6 %
Autres OCAM	Environ 10 000	5,3 %	Non connu	+/- 5,3 %
Total	185 871	100 %	> 1 600 000 000	100 %

Source : Estimation ACNC à partir des données issues de l'instruction

259. L'Autorité en déduit qu'avec moins de 15 % de parts de marché en volume comme en valeur, la Mutuelle du nickel n'est pas en position dominante sur le marché de la fourniture de prestations de services d'assurance maladie complémentaire.
- Le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie.
260. Comme l'a souligné la notification de griefs, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence métropolitaine ont déjà examiné à plusieurs reprises des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'optique-lunetterie¹⁵⁵.
261. Il ressort des décisions adoptées que le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie a été retenu comme marché pertinent.
262. L'instruction a également démontré que sur le plan géographique, la concurrence entre les détaillants d'optique-lunetterie s'exerce essentiellement au niveau local sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.
263. Si la notification de griefs n'a pas identifié précisément tous les marchés géographiques de la distribution de produits d'optique-lunetterie, elle a démontré à suffisance d'éléments, qu'en Province Nord, plus de 90 % des consommateurs s'approvisionnent sur la commune de Koné, laquelle comptait un opticien libéral (Krys) et un « opticien mutualiste » jusqu'en 2020, date à laquelle le centre « opticien mutualiste » de la Mutuelle du nickel s'est retrouvé en situation de monopole de fait à la suite de la fermeture du magasin Krys installé en centre-ville.
264. Il en résulte que le centre « opticien mutualiste » de Koné, appartenant à la Mutuelle du nickel, est en monopole sur le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie en Province Nord.
265. Il n'est cependant pas exclu que, dans d'autres zones de chalandises que la Province Nord, les centres « opticiens mutualistes » puissent également se trouver en position dominante sur le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie.
266. L'Autorité considère donc, qu'en l'état des éléments versés au dossier, un renvoi à l'instruction s'impose pour établir ou non la position dominante des centres « opticiens mutualistes » hors de la Province Nord.

¹⁵⁵ Décision n° 91-D-04 du 29 janvier 1991 relative à certaines pratiques de regroupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie ; décision n° 00-D-10 du 11 avril 2000 relative à des pratiques mises en œuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale ; décision n° 02-D-36 du 14 juin 2002, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise et décision n° 12-D-20 du 12 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'optique-lunetterie à La Réunion. Voir également la distinction opérée, dans le cadre de l'avis n° 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique, entre fabrication d'une part, et distribution d'autre part, dans le domaine de l'optique ; et décision n° 13-D-05 du 26 février 2013 précitée.

b. Sur les pratiques d'abus de position dominante alléguées par le plaignant non retenues par la notification de griefs

267. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que l'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise bénéficiant d'une position dominante sur un marché où, précisément du fait de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour objet ou pour effet de faire obstacle au maintien de la concurrence existante ou à son développement par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale par les mérites.
268. Il s'ensuit que l'entreprise en position dominante sur un marché pertinent détient une responsabilité particulière sur ce marché de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché.
269. En conséquence, l'entreprise en position dominante doit concevoir ses pratiques de marché à partir de l'exigence de ne rien faire qui puisse remettre en cause la concurrence par les mérites.
270. Dans ce cadre, l'Autorité considère en premier lieu qu'il n'est pas exclu que la proximité physique des centres d'ophtalmologie et des centres « opticiens mutualistes » de la Mutuelle du nickel couplée à l'obligation de délivrance d'une ordonnance médicale pour changer son matériel d'optique-lunetterie puisse avoir pour objet ou pour effet de renforcer l'éventuelle position dominante des « opticiens mutualistes » grâce à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale par les mérites, dès lors que cette configuration de marché n'est pas ouverte aux ophtalmologues et opticiens libéraux.
271. En deuxième lieu, il n'est pas exclu non plus que le refus de la Mutuelle du nickel de permettre aux opticiens libéraux de pratiquer le tiers-payant à l'égard de ses adhérents puisse être constitutif d'un abus de position dominante s'il a pour objet ou pour effet de renforcer la position dominante des « opticiens mutualistes » au détriment des opticiens libéraux concurrents sur le même marché géographique.
272. En conséquence, l'Autorité considère, qu'en l'état des éléments versés au dossier, un renvoi à l'instruction s'impose pour vérifier si ces deux pratiques entrent ou non dans le champ de l'article Lp. 421-2 du code de commerce.

c. Sur la pratique de publicités dénigrantes visée par le grief n° 3

i. Les principes applicables en matière de dénigrement constitutif d'un abus de position dominante

273. A titre liminaire, il convient de rappeler que selon une définition couramment admise, le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent pour en tirer un profit. Dans un arrêt du 24 septembre 2013, la Chambre commerciale a défini le dénigrement comme « *la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent* »¹⁵⁶. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a confirmé que : « *Même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre, peut constituer un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure* »¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, 24 sept. 2013, pourvoi n° 12-19.790.

¹⁵⁷ Voir l'arrêt de la Cour de cassation, 1^e chambre civile, 9 janvier 2019, pourvoi n° 17-21457.

274. En Nouvelle-Calédonie, la législation interdit toute publicité qui puisse « *Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent* »¹⁵⁸.
275. Il ressort d'une jurisprudence ancienne et constante qu'une pratique ne peut être qualifiée de dénigrement que si le dénigrement est public. Il n'y a donc pas de dénigrement quand un document est destiné à un usage interne, tel un bulletin confidentiel destiné exclusivement aux services commerciaux d'une entreprise¹⁵⁹ ou une lettre destinée uniquement au réseau de vendeurs d'une société¹⁶⁰. De plus, la critique humoristique ou polémique n'est pas condamnable dès lors qu'elle ne jette pas le discrédit en répandant des informations malveillantes¹⁶¹ ou qu'elle n'est pas péjorative¹⁶².
276. La jurisprudence civile et commerciale retient que le dénigrement d'un concurrent peut prendre diverses formes. Il peut être direct aussi bien qu'indirect et viser un ensemble de concurrents, voire une profession tout entière. A titre d'exemple, la qualification de dénigrement indirect a été reconnue de la part d'un concurrent ayant prétendu être « le seul » ou « le plus grand » à posséder une qualité¹⁶³. Le dénigrement par omission à l'encontre d'une profession a ainsi été sanctionné pour le slogan « *en pharmacie on achète des cosmétiques sûrs* » car il laissait croire que les cosmétiques achetés en dehors des officines n'étaient pas sûres¹⁶⁴. Le dénigrement collectif a également été reconnu à l'encontre de l'épicerie traditionnelle qualifiée par un grand distributeur « *d'attrape-nigaud* »¹⁶⁵.
277. Le dénigrement peut aussi porter sur les produits ou services d'un concurrent. Ont ainsi été jugés déloyaux des propos tenus sur l'authenticité du produit à travers le slogan « *vrai-faux jus d'orange* »¹⁶⁶. Il a encore été jugé que des commentaires postés par un internaute dénigrant les prestations dans un restaurant de renom étaient fautifs dans la mesure où ces avis étaient antérieurs à l'ouverture du restaurant et ne correspondaient dès lors pas à l'expression d'un avis objectif se fondant sur une expérience réelle¹⁶⁷.
278. Si traditionnellement le dénigrement est une pratique appréhendable et sanctionnable dans le cadre d'une action en concurrence déloyale, la pratique décisionnelle reconnaît qu'elle peut aussi constituer un cas d'abus de position dominante dans certains cas.
279. Dans une décision n° 09-D-14 de l'Autorité métropolitaine de la concurrence, celle-ci a ainsi considéré que : « *Si la concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière. Parmi les actes qui peuvent être regardés comme abusifs, figure le dénigrement, qui consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Il se distingue*

¹⁵⁸ Voir la délibération n°281 du 24 juin 2013 articles 18 et 19.

¹⁵⁹ CA Paris, 21 janv. 1959 (JCP G 1959, II, 11334, note Chavanne).

¹⁶⁰ CA Paris, 3 juill. 1991.

¹⁶¹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 nov. 2012, n° 11/23316, Sté d'exploitation de l'hebdomadaire Le Point c/ The Web Family.

¹⁶² Ainsi, la Cour de cassation a considéré à propos d'un clip publicitaire présentant le sucre sous la forme d'un personnage ridicule et donnant du produit une image dévalorisante, qu'à travers cette image il était porté une appréciation péjorative sur le produit « sucre », qui ne saurait être excusée par la forme humoristique du film et que le message publicitaire contribuait à la dégradation, dans l'esprit des consommateurs, de l'image du sucre qui se trouvait de facto dénigré ; Cass. com., 30 janv. 2007, n° 04-17.203.

¹⁶³ Cour de cassation, chambre commerciale, 6 mars 1978, n° 76-13.306.

¹⁶⁴ CA Versailles, 10 mai 1995

¹⁶⁵ CA Bordeaux, 3 mars 1971 : Gaz. Pal. 1971, 2, jurispr. p. 398, note J.-C. Fourgoux.

¹⁶⁶ Cass. 1re civ., 30 mai 2006 : Bull. civ. II, n° 274.

¹⁶⁷ CA Dijon, 20 mars 2018 : Dalloz IP/IT 2018, p. 442, obs. A. Lecourt.

de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur ». Toutefois, elle a précisé que : « Tout dénigrement mis en œuvre par une entreprise en position dominante, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il convient que soit établi un lien entre la domination de l'entreprise et la pratique de dénigrement » (soulignement ajouté)¹⁶⁸.

280. Dans une décision n° 10-D-32, elle a précisé que : « Pour apprécier l'existence d'un comportement de dénigrement, l'Autorité s'attache à vérifier si le discours commercial tenu par l'acteur économique dominant relève de constatations objectives ou s'il procède d'assertions non vérifiées. (...) Afin de vérifier si le discours commercial de l'entreprise dominante est de nature à influencer la structure du marché, l'Autorité s'attache également à examiner les effets attendus ou réels de celui-ci auprès des partenaires commerciaux ou de la clientèle potentielle de son concurrent » (soulignement ajouté)¹⁶⁹.
281. Dans un arrêt du 23 mars 2010, la Cour d'appel de Paris a jugé que le dénigrement d'un concurrent par une entreprise en position dominante peut constituer un abus, dès lors que le discours commercial en cause procède non de constatations objectives mais d'assertions non vérifiées, qu'il consiste à jeter le discrédit sur un concurrent ou ses produits et donc qu'il tend à restreindre la concurrence ou à dissuader l'arrivée de nouveaux entrants et, enfin, qu'il est lié à la position dominante de son auteur, dont la notoriété et la confiance que lui accordent les acteurs du marché renforcent significativement l'impact de ce discours¹⁷⁰.
282. La Cour de cassation a enfin confirmé la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine précitée, dans un arrêt du 8 juin 2017, en considérant que : « l'abus de position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence, rappelle que le dénigrement figure parmi les actes répréhensibles dès lors qu'il est en lien avec la position dominante de son auteur et qu'il consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié »¹⁷¹. Dans cette affaire, qui se déroulait sur le marché de la distribution des yaourts en Martinique et en Guyane, la Cour de cassation retient notamment qu'en l'espèce, « c'est l'autorité, la notoriété et l'influence que lui conférait sa position dominante, qui lui ont permis de donner leur plein effet aux propos dénigrants véhiculés »¹⁷².

ii. Les arguments de la Mutuelle du Nickel

283. En l'espèce, la Mutuelle du nickel soutient en premier lieu que sa communication interne ne peut caractériser un procédé déloyal ni un abus. Ainsi, les slogans « *votre vue n'est pas une marchandise* », « *chez nous pas de course aux profits* » seraient une « pique de rappel » des valeurs non lucratives de la mutuelle.

¹⁶⁸ Voir la décision n°09-D-14 du 25 mars 2009 (point 57).

¹⁶⁹ Voir la décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante (points 306 et 307).

¹⁷⁰ CA Paris, 23 mars 2010 (JCP E 2010, 1411, M. Malaurie-Vignal).

¹⁷¹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 juin 2017, pourvoi n° 15-26.151.

¹⁷² Ibid.

284. Elle précise que le slogan « *chez nous on ne fait pas à la tête du client* » n'a été utilisé qu'une fois en 2015 et n'a jamais été attaqué au civil par aucun opticien libéral.
285. La Mutuelle du nickel considère que les « slogans » relatifs aux gammes de lunettes sans reste à charge des opticiens mutualistes, figurant notamment sur leur page Facebook et leur site internet ne « *sortent pas du cadre d'une polémique rude mais justifiée et donc normale* »¹⁷³.
286. Par ailleurs, dans ses observations, la Mutuelle du nickel affirme « *Cette attitude quasi généralisée dont l'objet est d'optimiser le profit et dont l'effet est de tirer artificiellement les prix vers le haut, a fini par avoir pour conséquence l'imposition d'une gamme sans reste à charge. Cette forme d'administration a minima du marché n'a pas résolu pour autant la polémique idéologique* ». Elle ajoute que « *la polémique qui repose sur une base factuelle suffisante (mais sur laquelle les enquêteurs, informés, n'ont pas investigué) reste donc une donnée de marché significative sur laquelle les OCAM ont un droit et, par mission, un devoir de critique de prosélytisme et d'éducation citoyenne, tant pour promouvoir leur rôle d'entreprise de l'économie sociale que dans l'intérêt des consommateurs dont la mutualisation des cotisations finance les lunettes de ceux qui en ont besoin, mais pas les moyens.* »¹⁷⁴.
287. En second lieu, la communication externe de la Mutuelle du nickel ne reposerait que sur une seule pièce (magazine « BELLE ») qui ne poserait aucun problème de dénigrement : « *Soyez Fashion pas victime ; Vive les grandes marques à prix justes ; les opticiens mutualistes : votre vue, notre priorité* ».

iii. La réponse de l'Autorité

288. En premier lieu, l'Autorité constate que la publicité comportant le slogan « *On ne fait pas les prix à la tête du client* » est parue dans le magazine « *Le Mag* » diffusés aux seuls adhérents de la Mutuelle des fonctionnaires, partenaire des « opticiens mutualistes ». Dans ces conditions, elle relève de la communication interne et ne peut donc être qualifiée de dénigrante.
289. En revanche, l'Autorité considère que les communications de la Mutuelle du nickel et des « opticiens mutualistes » sur leur site internet et leur page Facebook ne relèvent pas de la communication interne dès lors que ces sites sont accessibles à tout public et diffusés sans aucune restriction.
290. Ainsi, par un arrêt du 12 septembre 2018, la Cour de cassation a précisé que : « *Ne sont pas constitutifs d'une faute grave les propos injurieux diffusés par un salarié sur un compte de réseau social "facebook" accessibles aux seules personnes agréées par lui et composant un groupe fermé de quatorze personnes, de tels propos relevant d'une conversation de nature privée.* »¹⁷⁵. A contrario, le site internet et la page Facebook des centres « les opticiens mutualistes » étant accessibles à tout public, sont des réseaux publics.
291. En deuxième lieu, il résulte des constatations qui précèdent que certains slogans utilisés dans le magazine « BELLE » et sur le site internet et la page Facebook des centres « les opticiens mutualistes » sont de nature à jeter le discrédit sur leurs concurrents ou sur certains de leurs produits, à travers du dénigrement par omission.
292. Le slogan « *Soyez Fashion Pas victime Vive les grandes marques A prix juste Les opticiens Mutualistes Votre vue. Notre priorité* » est susceptible de laisser penser aux consommateurs

¹⁷³ Voir observations de la Mutuelle du nickel, annexe 2 du rapport, cotes 1529-1556, p.23.

¹⁷⁴ Voir observations de la Mutuelle du nickel, annexe 2 du rapport, cotes 1529-1556, p.24.

¹⁷⁵ Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 2 septembre 2018, pourvoi n°16-11.690

que s'ils s'adressent aux concurrents libéraux, ils seront « victimes » de prix injustes par un raisonnement *a contrario*.

293. De la même manière, le slogan « *Votre vue n'est pas une marchandise* (apposé sur une bouteille) *Chez nous pas de course au profit mais des professionnels de la vue qui sont là pour vous guider* » (Soulignement ajouté)¹⁷⁶, suggère que le comportement des opticiens libéraux concurrents des « opticiens mutualistes » n'est *a contrario* pas vertueux et que les consommateurs y sont d'abord perçus comme une source de profit plutôt que comme des patients ayant besoin de matériel d'optique médicale pour améliorer leur santé.
294. De même, la communication diffusée sur la page Facebook des centres optique mutualistes concernant les gammes de lunettes « sans reste à charge » des concurrents opticiens libéraux suivante n'est pas humoristique et conduit à porter atteinte à l'image des opticiens libéraux :
- « *Ne vous laissez pas abuser par les faux-semblants. Pour des lunettes de vue « sans reste à charge », c'est-à-dire où tout sera remboursé par la CAFAT et votre mutuelle quelle qu'elle soit, faites plutôt confiance aux Opticiens mutualistes ! Nous sommes les seuls sur le territoire à vous proposer des verres de qualité « Zeiss anti-reflet » dans cette gamme de prix à R.A.C « 0 » ! Qu'on se le dise !!! Les Opticiens mutualistes, 3 boutiques proches de chez vous* » (Soulignement ajouté)¹⁷⁷. En réponse aux commentaires auquel ce message a donné lieu, les « Opticiens mutualistes » ont répondu : « *Et pourtant si ! Nous sommes les seuls à proposer le RAC 0 avec des verres de qualité ZEISS* » (soulignement ajouté)¹⁷⁸.
295. Or, il ressort de l'instruction que cette assertion est fautive car au moins un autre concurrent propose des gammes de verres sans reste à charge de la marque ZEISS comme l'opticien May Lunettes à Nouméa¹⁷⁹.
296. Ces messages ne sont pas humoristiques et conduisent à porter atteinte à l'image des opticiens libéraux. Il s'agit d'assertions non vérifiées diffusées par « les opticiens mutualistes » qui dépassent le cadre de la simple polémique car ils portent atteinte à la notoriété de leurs concurrents et à la confiance que peuvent accorder les consommateurs aux opticiens libéraux au regard des critères posés par la jurisprudence précitée.
297. Les observations écrites de la Mutuelle du nickel confirment d'ailleurs l'image dégradée qu'elle a des opticiens libéraux concurrents, accusés d'avoir une attitude « *quasi généralisée dont l'objet est d'optimiser le profit et dont l'effet est de tirer artificiellement les prix vers le haut* » alors même que ceux-ci ont par exemple développé des offres de lunettes sans reste à charge afin de répondre aux besoins de tous les consommateurs, y compris les plus défavorisés.
298. Or, cette pratique de dénigrement apparaît d'autant plus préjudiciable aux opticiens libéraux qu'elle est mise en œuvre, sur un petit territoire, par les « opticiens mutualistes » qui mettent en valeur leur caractère mutualiste pour renvoyer une image d'intégrité, de confiance et de désintéressement. En outre, dans le cas d'espèce, la Mutuelle du nickel ne peut valablement se prévaloir de la poursuite de certaines valeurs, comme son caractère non lucratif alors qu'il

¹⁷⁶ Voir l'annexe 7 de la saisine, annexe 9, cote 37-43 et Voir procès-verbal de constatations et ses annexes, annexe 169 et 170, cotes 1283-1300.

¹⁷⁷ Voir procès-verbal de constatations et ses annexes, annexe 169 et 170, cotes 1283-1300.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Annexe 148, réponse au questionnaire de l'instruction.

ressort des pièces du dossier¹⁸⁰ comme de la jurisprudence¹⁸¹ que leur activité est de nature lucrative.

299. En troisième et dernier lieu, l'Autorité constate qu'en Province Nord, cette pratique de dénigrement a eu pour objet et a pu avoir pour effet de renforcer la position dominante du centre « Les opticiens mutualistes » de la commune de Koné au détriment de son seul concurrent, dont le chiffre d'affaires a drastiquement chuté en 2015 à la suite de l'ouverture du centre mutualiste et plus encore depuis 2017 avant d'être contraint de fermer en 2020.

OPTIQUE BERETTI KONE

Clôture	mars-20	mars-19	mars-18	mars-17	mars-16	mars-15	mars-14
CA	10 425 749 sur 10 mois Fermeture 01/2020	19 138 371	22 942 138	34 566 973	39 607 775	40 678 471	45 047 005
Résultat Net		417 697	337 264	3 767 203	3 781 852	5 040 859	11 199 522

300. En conséquence, l'Autorité considère que le grief n° 3 est établi.

III. Appréciation des sanctions

A. *Les sanctions pécuniaires*

301. Le I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par l'article Lp. 421-2 du code de commerce.
302. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce prévoit que : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».
303. Conformément au I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce applicable à l'époque de la saisine, l'Autorité « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.*

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

¹⁸⁰ Le chiffre d'affaires généré par les trois centres d'optique représente environ 48 % du chiffre d'affaires total de la Mutuelle du nickel et cette activité lui permet de dégager un excédent net d'exploitation de 230 millions FCFP en 2019. Voir, sur ce dernier point, annexe 86 de la notification de griefs, cotes 589-603.

¹⁸¹ Le Conseil d'Etat a ainsi précisé, à propos d'un centre d'optique mutualiste, que « *ces prestations doivent être regardées, d'une part, comme entrant en concurrence avec celles qui sont offertes, dans la même zone géographique d'attraction, par les entreprises commerciales, et d'autre part, comme l'étant dans des conditions identiques à celles pratiquées par ces entreprises ; qu'il suit de là qu'alors même qu'il n'est pas contesté que la gestion de la SOCIETE DE SECOURS MINIERE DU PAS-DE-CALAIS était désintéressée, que ces opérations doivent être regardées comme présentant un caractère lucratif et entrant dans les prévisions de l'article 1447 du code général des impôts* », CE, 5 avril 2006, n° 256507.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 175.000.000 F CFP. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

304. En l'espèce et contrairement au point 422 du rapport du service de l'instruction, l'Autorité rappelle que, conformément à la jurisprudence, la Mutuelle du nickel est une entreprise au sens du droit de la concurrence et ce, même si elle dispose d'un statut spécifique et n'est pas assujettie à l'impôt sur les sociétés. Elle encourt donc une sanction pécuniaire maximale de 5 % de son chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie.

1. Sur la gravité du grief n° 3

305. Lorsqu'elle apprécie la gravité d'une infraction, l'Autorité tient notamment compte de la nature de l'infraction, de ses caractéristiques objectives, des secteurs en cause et de la qualité des personnes susceptibles d'être affectées.
306. Il ressort des développements qui précèdent que la Mutuelle du nickel a dénigré les opticiens libéraux et leurs gammes de lunettes sans reste à charge, alors qu'elle occupe une position dominante sur le marché de l'optique-lunetterie en province Nord où elle n'avait qu'un seul concurrent.
307. Cette pratique visait à évincer ses concurrents de ce marché et a produit ses effets puisque le centre « Les opticiens mutualistes » de Koné est actuellement en situation de monopole.
308. La jurisprudence considère que des pratiques de dénigrement conduisant à l'éviction de concurrence par une entreprise en position dominante constitue une infraction grave, en particulier sur un marché ultramarin où la concurrence est déjà restreinte par nature¹⁸².
309. L'abus mis en œuvre par la Mutuelle du nickel est d'autant plus répréhensible que, pour ce faire, elle a utilisé son statut, qui renvoie à une image d'intégrité, de confiance et de désintéressement, et qui lui confère une notoriété indubitable sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.
310. Cette pratique de dénigrement est continue depuis environ sept ans, la première communication externe versée au dossier étant la publicité publiée dans le magazine « BELLE » en 2015.
311. Toutefois, l'Autorité considère qu'il convient de relativiser la portée de ces communications sur le site internet ou la page Facebook des « opticiens mutualistes » à l'égard de consommateurs non adhérents, d'autant plus que le nombre de messages dénigrants est limité (environ 2 à 3 par an).

2. Sur le dommage à l'économie résultant du grief n° 3

312. Sans être tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, l'Autorité doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents

¹⁸² Voir, par exemple, Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 juin 2017, pourvoi n° 15-26.151, précité.

aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause¹⁸³.

313. L'importance du dommage à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée par ces pratiques à l'économie.
314. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité de la concurrence métropolitaine tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée entre autres par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des parties dans le secteur concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur concerné¹⁸⁴. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre¹⁸⁵.
315. En l'espèce, le grief n° 3 a causé un dommage à l'économie dès lors qu'elle a pu contribuer à l'extinction du seul concurrent du centre « Les opticiens mutualistes » à Koné et plus généralement en Province Nord.
316. S'il n'est pas démontré que cette éviction est exclusivement liée à la pratique visée par le grief n° 3 ni qu'elle s'est traduite par une augmentation des tarifs des matériels d'optique-lunetterie en Province Nord, elle a nécessairement réduit le choix des consommateurs dans cette zone de chalandise en supprimant un certain nombre de gammes qui étaient précédemment offertes par l'opticien libéral.
317. Il faut donc en déduire que le dommage à l'économie est resté limité tant dans sa dimension économique que géographique du fait de pratiques de publicité dénigrante dans la zone de chalandise du centre « Les opticiens mutualistes » de Koné.

3. Sur la situation individuelle de la Mutuelle du nickel

318. En application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, les sanctions « *sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné* ». L'individualisation des éléments déterminant la sanction conduit à traiter, pour chacune des entreprises en cause, tout d'abord, l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes, puis les autres éléments d'individualisation.
319. Ainsi, l'Autorité tient compte de la taille, de la puissance économique et des ressources des entreprises en cause, au regard notamment des activités dont elles disposent au-delà des seuls produits en relation avec l'infraction en cause et de leur chiffre d'affaires.
320. En l'espèce, la Mutuelle du nickel ne produit aucun élément de nature à remettre en cause sa capacité contributive à assumer la sanction maximale encourue.
321. Il y a lieu de relever que le chiffre d'affaires total de la Mutuelle du Nickel s'élève en 2019 à 1,8 milliard F.CFP, étant précisé que la part générée par le secteur de l'optique par ses trois centres d'optique représente s'élève à 876 millions F.CFP en 2019 et représente environ 48 % de son chiffre d'affaires total.
322. Toutefois, compte tenu du nombre limité de messages dénigrants et du dommage à l'économie restreint tant dans sa dimension géographique qu'économique, l'Autorité estime en l'espèce

¹⁸³ Voir, par exemple, Cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté prestige international.

¹⁸⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2011, Orange France, précité.

¹⁸⁵ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910.

qu'il convient de retenir comme base de la sanction pécuniaire, la proportion de la valeur des ventes réalisées par la Mutuelle du nickel des produits et services en relation avec l'infraction en cause.

323. Ainsi, il apparaît que le chiffre d'affaires le plus élevé généré par le centre « Les opticiens mutualistes » de Koné en Province Nord s'est élevé en 2018 à 204 millions F.CFP.
324. Eu égard aux éléments généraux et individuels indiqués ci-dessus, il est donc infligé à la Mutuelle du nickel une sanction pécuniaire d'un montant symbolique à vocation pédagogique de 2,5 millions F.CFP.

B. Les sanctions non pécuniaires

325. Le I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce précise que l'Autorité peut ordonner « *la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».
326. En l'espèce, dans la mesure où la pratique d'abus de position dominante est constituée d'une pratique de dénigrement de la part de la Mutuelle du nickel, l'Autorité lui ordonne de faire publier, à ses frais, dans l'édition papier du journal « Les Nouvelles Calédoniennes » ainsi que sur sa page Facebook pendant un mois, le résumé de la présente décision relative au grief n° 3 figurant ci-après, dans un délai d'un mois à compter de sa notification :

La Mutuelle du nickel sanctionnée à hauteur de 2,5 millions F.CFP par l'Autorité de la concurrence pour abus de position dominante en Province nord en raison d'une pratique de dénigrement à l'encontre des opticiens libéraux (décision n° 2022-PAC-04 du 30 juin 2022).

En l'espèce, l'instruction a montré que la Mutuelle du nickel est propriétaire de trois magasins d'optique-lunetterie sous l'enseigne « Les opticiens mutualistes », dont l'un est en situation de monopole à Koné depuis la fermeture du seul opticien libéral concurrent en 2020.

Dans sa décision, l'Autorité sanctionne la Mutuelle du nickel, en situation de position dominante sur le marché de la distribution de matériel d'optique-lunetterie médicale en Province Nord, pour avoir mis en œuvre une pratique de dénigrement à l'égard des opticiens libéraux dans le cadre de publicités diffusées dans un magazine, sur son site internet ou sa page Facebook entre 2015 et 2022.

Cette pratique, caractérisée par la publication de slogans faux ou de nature à jeter le discrédit sur les opticiens libéraux a été initiée en 2015 et répétée plusieurs fois par an jusqu'en 2022. Elle revêt un objet anticoncurrentiel et a pu freiner l'installation de nouveaux entrants en Province Nord voire contribuer à la fermeture en 2020 du seul opticien libéral concurrent installé à Koné.

Dans cette décision, l'Autorité renvoie également le dossier à l'instruction considérant que les éléments figurant au dossier soulèvent d'autres risques d'abus de position dominante de la Mutuelle du nickel qu'il convient d'expertiser.

DECISION

Article 1^{er} : Il est établi que la Mutuelle du nickel a enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-2 du code de commerce en abusant de sa position dominante sur le marché de la distribution de produits d'optique-lunetterie médicale en Province Nord à travers une pratique de dénigrement à l'égard des opticiens libéraux concurrents depuis 2015 (grief n° 3).

Article 2 : Il est infligé à la Mutuelle du nickel une sanction pécuniaire d'un montant de 2,5 millions F.CFP au titre de la pratique visée à l'article 1^{er}.

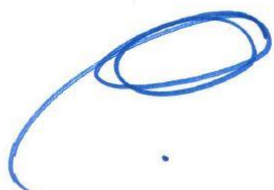
Article 3 : La Mutuelle du nickel fera publier à ses frais dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le texte figurant au paragraphe 326, en respectant la mise en forme, dans l'édition papier du journal « Les Nouvelles Calédoniennes », et sur la page Facebook des centres « Les opticiens mutualistes » pendant un mois. Cette publication devra comprendre le logo des centres « Les opticiens mutualistes » et intervenir dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc en police de taille 12 sous le titre suivant, en caractères gras de même taille : « **La Mutuelle du nickel sanctionnée à hauteur de 2,5 millions F.CFP par l'Autorité de la concurrence pour abus de position dominante en Province nord en raison d'une pratique de dénigrement à l'encontre des opticiens libéraux (décision n° 2022-PAC-04 du 30 juin 2022)** ». Cette publication pourra être suivie de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La Mutuelle du nickel adressera au bureau de la procédure, copie de ces publications, dès leur parution.

Article 4 : Les griefs d'entente notifiés à la Mutuelle du commerce et la Mutuelle du nickel sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce ne sont pas établis (griefs n° 1 et 2). Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure.

Article 5 : L'affaire est renvoyée à l'instruction concernant de potentielles pratiques d'abus de position dominante de la Mutuelle du nickel mises en œuvre en Nouvelle-Calédonie.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Virginie Elissalde, rapporteure, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, Mme Nadège Meyer et MM. Robin Simpson et Walid Chaiehloudj, membres.

Le secrétaire de séance



Grégory Beaufiles

La présidente



Aurélie Zoude-Le Berre