



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Légifrance

Le service public de la diffusion du droit



CAA de PARIS, 1ère chambre, 03/10/2024, 23PA01618, Inédit au recueil Lebon

CAA de PARIS - 1ère chambre

Lecture du jeudi 03 octobre 2024

N° 23PA01618

Inédit au recueil Lebon

Président

M. LUBEN

Rapporteur public

M. GOBEILL

Rapporteur

Mme Irène JASMIN-SVERDLIN

Avocat(s)

LEVY

Texte intégral

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés les 19 avril et 6 juillet 2023 ainsi que le 3 avril 2024, M. A... C..., représenté par Me Levy, demande à la Cour :

1°) d'annuler la décision n° 2023-DEC-03 du 19 janvier 2023 de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie autorisant l'ouverture d'un magasin sous l'enseigne " K-Gou ", exploité par la société " Boulari Supermarket ", dans le quartier de Boulari au Mont-Dore ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie le versement d'une somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- sa requête est recevable ;
- la décision attaquée est entachée de vices de procédure, dès lors que, d'une part, le délai prévu par le I de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie n'a pas été respecté et que, d'autre part, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'a pas procédé à un examen approfondi de l'opération autorisée, en méconnaissance de l'article Lp. 432-3-III de ce code ;
- cette décision est entachée d'erreur de droit, dès lors que l'Autorité de la concurrence n'a subordonné son autorisation à aucun engagement lié à la fermeture du magasin Korail, en méconnaissance de l'article Lp. 432-3-III du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie ;
- elle est entachée d'erreur d'appréciation des effets sur la concurrence de l'opération contestée, en raison, d'une part, qu'elle fait application de critères non pertinents au regard du contexte local et, d'autre part, qu'elle ne tient pas compte de la position de centrale d'achat du groupe Espalieu ;
- les conclusions à fin d'amende pour recours abusif présentées par l'Autorité de la concurrence sont infondées et doivent être rejetées.

Par un mémoire en défense et un mémoire complémentaire, enregistrés le 6 octobre 2023 et le 15 avril 2024, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête, à la confirmation de la décision attaquée et à ce qu'une amende pour recours abusif d'un montant de 8 000 euros soit mise à la charge du requérant, en application de

l'article R. 741-12 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que la requête est irrecevable, dès lors que le requérant ne justifie pas d'un intérêt à agir, que les moyens soulevés ne sont pas fondés et que le recours est abusif.

Par un mémoire en défense et un mémoire complémentaire, enregistrés les 3 janvier et 17 avril 2024, la société " Boulari Supermarket ", représentée par Me Gandelin, conclut au rejet de la requête, à la confirmation de la décision attaquée et à ce que la somme de 1 500 euros soit mise à la charge du requérant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que la requête est irrecevable, dès lors que le requérant ne justifie pas d'un intérêt pour agir et que les moyens invoqués ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme D...,
- les conclusions de M. Gobeill, rapporteur public,
- les observations de Me Levy, représentant M. C...,
- et les observations de Mme B..., représentant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

Considérant ce qui suit :

1. Le 15 décembre 2022, la société Boulari Supermarket a notifié à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie un projet d'ouverture d'un magasin sous enseigne K-Gou, d'une surface de vente de 953 m², dans le quartier de Boulari à Mont-Dore, cette ouverture étant concomitante de l'ouverture d'un magasin d'une surface de 961 m², sous l'enseigne Korail, situé dans le quartier de Normandie à Nouméa et de la fermeture du magasin sous l'enseigne Korail situé à Pont-des-Français à Mont-Dore. Le dossier ayant été déclaré complet le 20 décembre 2022, par une décision n° 2023-DEC-03 du 19 janvier 2023, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a autorisé sans condition l'ouverture du magasin K-Gou dans le quartier Boulari à Mont-Dore. Par la présente requête, M. C..., actionnaire minoritaire de la société JME, qui exploite notamment un magasin sous l'enseigne Korail au sein du centre commercial des deux baies à Pont-des-Français au Mont-Dore et actionnaire gérant de la société l'Edifice, qui est propriétaire des locaux de ce centre commercial, demande l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2023-DEC-03 du 19 janvier 2023.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

En ce qui concerne la régularité de la procédure :

2. En premier lieu, aux termes de l'article Lp. 432-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : " Est soumis au régime d'autorisation défini par le présent chapitre : 1° toute mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail lorsque sa surface de vente est supérieure à 600 m² ; (...) ". Aux termes de l'article Lp. 432-3 de ce code : " I - L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie se prononce dans un délai de quarante jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète. / Le délai mentionné au premier alinéa est ramené à vingt-cinq jours lorsque l'opération visée à l'article Lp. 432-1 : a) n'entraîne aucun chevauchement d'activités entre les entreprises concernées et n'emporte pas la disparition d'un concurrent potentiel ; b) entraîne un ou plusieurs chevauchements d'activités entre les entreprises concernées sans qu'il existe de marché(s) affecté(s). (...) ".

3. M. C... soutient que la décision en litige est entachée d'un vice de procédure, dès lors que le délai de 40 jours n'a pas été respecté, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ayant pris sa décision dans le délai de 22 jours ouvrés, alors

que l'opération autorisée a pour effet d'entraîner un chevauchement d'activités avec le commerce exploité par la société JME au sein du centre commercial des deux baies à Pont-des-Français au Mont-Dore et qu'elle est susceptible d'entraîner la disparition d'un concurrent potentiel. En outre, le requérant fait valoir que les tiers n'ont disposé que de dix jours ouvrés pour présenter leurs observations, la date limite de dépôt des observations ayant été fixée au 4 janvier 2023, ce qui l'a privé d'une garantie.

4. Toutefois, d'une part, il ressort des pièces du dossier que l'ouverture du magasin K-Gou, concomitante de la fermeture du magasin " Korail Pont-des-Français ", ces deux magasins appartenant à la société JME, n'entraîne pas la disparition d'un magasin concurrent, le magasin Korail Pont-des-Français ne pouvant être regardé comme concurrent de celui de K-Gou, ni de chevauchement d'activités affectant un marché. D'autre part, il ressort des pièces du dossier, notamment du communiqué publié le 21 décembre 2022 sur le site internet de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie relatif à l'ouverture du magasin K-Gou, que les tiers ont pu faire valoir leurs observations jusqu'au 4 janvier 2023, la circonstance que les fêtes de fin d'année se déroulent au cours de la période concernée étant sans incidence sur ce délai. Par ailleurs, le requérant n'indique pas qu'il aurait souhaité faire valoir des observations, postérieurement au 4 janvier 2023, qui n'auraient pas été prises en compte, l'instruction étant close le 16 janvier 2023. Par suite, M. C... n'est pas fondé à soutenir que le délai d'instruction n'a pas été respecté par l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, ni que le principe du contradictoire a été méconnu.

5. En second lieu, aux termes du III de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : " L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut, par décision motivée : - soit constater que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par l'article Lp. 432-1 ; / - soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par l'exploitant ; / soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, notamment au regard des critères mentionnés au premier alinéa du I de l'article Lp. 432-4, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article Lp. 432-4. Cette décision est notifiée sans délai à l'exploitant ayant procédé à la notification. "

6. M. C... soutient que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie aurait dû procéder à un examen approfondi de l'opération contestée, afin de vérifier si le bail entre les sociétés JME et l'Edifice pour le magasin Korail Pont-des-Français avait été résilié régulièrement, de conduire une analyse concurrentielle plus fine du marché aval de la distribution au détail à dominante alimentaire sur la zone de chalandise de la route du Mont-Dore, en prenant en compte les comportements réels des consommateurs et de déterminer l'abus par le groupe JME de sa position de centrale d'achat envers la société JME SARL. Toutefois, d'une part, les conditions locatives des espaces commerciaux ne constituent pas un critère d'appréciation du risque d'atteinte à la concurrence et l'opération litigieuse, qui consiste en l'ouverture du nouveau magasin K-Gou et en la fermeture concomitante du magasin " Korail Pont-des-Français ", ne représente pas un tel risque. D'autre part, alors que le requérant n'apporte aucun élément de nature à établir l'existence d'un comportement spécifique des consommateurs sur la zone de la route du Mont-Dore, il ressort des pièces du dossier que l'analyse concurrentielle a, selon les termes de la décision attaquée (page 9), " été opérée en tenant compte de l'offre des hypermarchés, maxidiscompteurs, supermarchés et formes de commerces équivalentes, dans la zone de chalandise concernée, où se rencontre la demande des consommateurs, et qui sont ainsi situés à moins de 15 minutes de déplacement en voiture à partir du magasin K-Gou Boulari " et " a également tenu compte de l'ouverture du futur magasin Korail Normandie ainsi que de la fermeture du magasin Korail Pont-des-Français ". Enfin, il ne ressort pas des pièces du dossier que le groupe JME aurait abusé de sa position de centrale d'achat, ni que les marchés concernés auraient été affectés par le transfert de la marque Korail à la société Boulari Supermarket. Par suite, le moyen tiré du vice de procédure, en l'absence de mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie d'un examen approfondi de l'opération litigieuse, sera écarté.

En ce qui concerne le bien-fondé de la décision attaquée :

7. En premier lieu, M. C... soutient que la décision attaquée est entachée d'erreur de droit, au regard des dispositions du III de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie citées au point 5, dès lors que l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'a pas assorti l'autorisation délivrée d'une condition liée à la fermeture effective du magasin " Korail Pont-des-Français ". Toutefois, le dossier de notification étant déclaratif et l'opération autorisée consistant, comme cela a été exposé précédemment, en l'ouverture du magasin K-Gou et en la fermeture concomitante du magasin Korail Pont-des-Français, l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'a pas inexactement appliqué les dispositions précitées du III de l'article Lp. 432-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie en ne conditionnant pas cette autorisation à la fermeture effective du magasin " Korail Pont-des-Français ", alors, en tout état de cause, que le III de l'article Lp. 432-5 du même code prévoit que l'Autorité peut infliger à l'exploitant concerné une sanction pécuniaire pouvant s'accompagner d'un retrait de l'autorisation délivrée en cas d'omission ou de données inexacts dans une notification.

8. En second lieu, M. C... fait valoir que la décision attaquée est entachée d'erreur d'appréciation des effets de la concurrence, dès lors que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie aurait dû conduire une analyse concurrentielle plus fine du marché aval de la distribution au détail à dominante alimentaire sur la zone de chalandise de la route du Mont-Dore, en prenant en compte les comportements réels des consommateurs, que la zone de chalandise est trop large et que l'opération litigieuse conduit à renforcer sensiblement la puissance d'achat du groupe JME. Néanmoins, il

ressort des pièces du dossier que, d'une part, la délimitation géographique du marché de la distribution de détail à dominante alimentaire a été analysée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie au regard des conditions définies à l'annexe à l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2015-1135/GNC du 30 juillet 2015. S'agissant de la délimitation géographique, ces dispositions précisent, au point 40 : " En se fondant sur l'analyse de la zone de chalandise, les autorités de concurrence distinguent deux types de marchés : - un premier marché où se rencontrent la demande des consommateurs d'une zone et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès en moins de 30 minutes de déplacement en voiture et qui sont, de leur point de vue, substituables entre eux ; / - un second marché où se rencontrent la demande des consommateurs, et l'offre des supermarchés et formes de commerces équivalentes situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture. Ces dernières formes de commerces peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs et les magasins discompteurs. ". Il ne ressort d'aucune pièce du dossier que les grandes surfaces alimentaires, qui peuvent constituer une offre de substitution pour les consommateurs du magasin K-Gou, auraient dû être exclues de la zone prise en compte. D'autre part, comme cela a été exposé au point 6, M. C... n'apporte aucun élément de nature à établir l'existence d'un comportement spécifique des consommateurs sur la zone de la route du Mont-Dore. Enfin, il ne ressort pas des pièces du dossier que la puissance d'achat du groupe JME aurait été sous-estimée, le requérant ne précisant pas la méthode de calcul des parts de marchés de ce groupe, qui seraient selon lui de 8,1% avant l'opération et de 9,7% après celle-ci, et que cette puissance d'achat entraînerait des restrictions pour les opérateurs concurrents, ni qu'il existerait une exclusivité dans la distribution en Nouvelle-Calédonie des centrales d'achats SN Import et Nord Achat concernant la distribution des produits de la gamme " Intermarché ". Dès lors, M. C... n'est pas fondé à soutenir que la décision attaquée serait entachée d'erreur d'appréciation.

9. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non-recevoir soulevées en défense, M. C... n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision attaquée.

Sur les conclusions à fin d'application de l'article R. 741-12 du code de justice administrative :

10. Aux termes de l'article R. 741-12 du code de justice administrative : " Le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 10 000 euros. "

11. Les conclusions présentées par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie tendant à ce que la Cour inflige une amende pour recours abusif à M. C..., sur le fondement de l'article R. 741-12 précité du code de justice administrative, ne pourront qu'être rejetées, une telle amende relevant du pouvoir propre du juge.

Sur les frais liés à l'instance :

12. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement d'une somme au titre des frais exposés par M. C... et non compris dans les dépens.

13. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de M. C... le versement de la somme demandée par la société Boulari Supermarket sur le fondement des mêmes dispositions.

DÉCIDE :

Article 1er : La requête de M. C... est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie à fin d'application de l'article R. 741-12 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par la société Boulari Supermarket à fin d'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié à M. A... C..., à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et à la société Boulari Supermarket.

Copie en sera adressée au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie.

Délibéré après l'audience du 12 septembre 2024, à laquelle siégeaient :

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

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 3 octobre 2024.

La rapporteure, Le président,

I. D... I. LUBEN

La greffière,

Y. HERBER

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, en ce qui le concerne ou à

tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de
pourvoir à l'exécution de la présente décision.

2

N° 23PA01618