

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1700057

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SOCIÉTÉ DE DISTRIBUTION ET DE
GESTION (SDG)**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 15 juin 2017
Lecture du 20 juillet 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 13 février 2017 et un mémoire enregistré le 9 juin 2017, la société de distribution et de gestion (SDG), ayant pour avocats Me Saint Esteben et Me Mauduech-Pancrazi, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2016-2563/GNC en date du 22 novembre 2016 relatif à la création et à la mise en exploitation par la société par la société SAS SCD d'un hypermarché à enseigne Hyper U à l'anse Uaré à Ducos, commune de Nouméa ;

2°) de mettre la somme de 1 500 000 F CFP à la charge de la Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société de distribution et de gestion soutient que :

- le gouvernement a dépassé le délai raisonnable laissé par la jurisprudence pour mettre en place l'autorité de la concurrence soit un an après la publication de la loi ;
- la procédure suivie n'a pas garanti l'impartialité de l'instruction ;
- le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a commis une faute en s'estimant compétent pour statuer sur cette question hautement stratégique alors que ses membres ne justifient nullement d'une expérience significative en matière de droit de la concurrence ;
- l'incompatibilité visée à l'article 461-2 du code de commerce a été méconnue ;
- le futur hypermarché Géant de Dumbéa-sur-Mer n'a pas été pris en compte ;
- l'opération est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence ;
- l'examen des effets verticaux de l'opération comporte des lacunes ;
- les engagements de la SAS Ballande sont insuffisants ;

- la décision attaquée est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation compte tenu de la limitation des engagements dans le temps.

Par un mémoire enregistré le 18 mai 2017, la SAS SCD, ayant pour avocat la SELARL D&S Legal, conclut, à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire de déterminer dans le jugement à intervenir les conséquences d'une éventuelle annulation partielle de l'arrêté, d'en différer d'au moins six mois les effets et de dire qu'elle n'aura d'effet que pour l'avenir, et, en tout état de cause, de condamner la société de distribution et de gestion à lui verser la somme de 500 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que la requête est irrecevable et qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par un mémoire enregistré le 7 juin 2017, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

Il soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Vu :

- la décision attaquée ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- l'arrêté n° 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux et notamment son article 70 ;
- la délibération n° 155 du 22 août 2016 portant dispositions diverses relatives à la rémunération et à l'indemnisation de certains membres de l'autorité de la concurrence (page 10072 du JONC du 20 septembre 2016) ;
- la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- l'arrêté n° 2016-1345/GNC du 28 juin 2016 relatif à la création et à la mise en exploitation par la SAS SCD d'un commerce de détail à dominante alimentaire à enseigne Hyper U, d'une surface de 5500 m² à situé à l'anse Uaré, Ducos, commune de Nouméa ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de Me Cazali, substituant Me Mauduech-Pancrazi avocat de la société de distribution et de gestion (SDG), de M. Miquel, représentant le gouvernement la Nouvelle-Calédonie, et de Me Descombe, représentant la SAS SCD.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions aux fins d'annulation sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la requête:

1. La société de distribution et de gestion (SDG) demande au tribunal d'annuler l'arrêté susvisé du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en date du 22 novembre 2016 relatif à la création et à la mise en exploitation d'un commerce de détail à dominante alimentaire à enseigne Hyper U, d'une surface de 5500 m² situé à Anse Uaré, Ducos, commune de Nouméa.

2. 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 350 m² ;(..)* » et en vertu de l'article Lp. 432-3 du même code : (...) **III.** - *Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut, par décision motivée : (...) - soit, s'il 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. (...) ».*

3. Par arrêté susvisé n° 2016-1345/GNC du 28 juin 2016, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie estimant que la création et à la mise en exploitation d'un commerce de détail à dominante alimentaire à enseigne Hyper U, d'une surface de 5500 m² à l'anse Uaré, Ducos, commune de Nouméa, laissait subsister un doute sérieux d'atteinte à la concurrence a décidé d'engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article Lp. 432-4.

4. A l'issue de cette deuxième phase d'examen du projet, le gouvernement a signifié à la SAS Ballande son intention d'interdire l'opération sauf pour cette dernière à prendre des engagements comportementaux destinés à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération.

5. La SAS SCD a été autorisée par l'arrêté en litige à créer et à mettre en exploitation un commerce de détail à dominante alimentaire sous l'enseigne Hyper U dans le quartier de Ducos à Nouméa sous réserve du respect de la mise en œuvre de plusieurs engagements qu'elle a souscrits.

Sur la légalité externe :

6. La société de distribution et de gestion soutient, tout d'abord, que le gouvernement a dépassé le délai raisonnable laissé par la jurisprudence pour mettre en place l'autorité de la concurrence et qu'ainsi, la procédure suivie n'a pas garanti l'impartialité de l'instruction.

7. Aux termes de l'article Lp. 432-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dans sa rédaction issue de la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 : « *I. - Toute opération visée à l'article Lp. 432-1 est notifiée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avant sa réalisation effective. Le contenu du dossier de notification est fixé par arrêté du*

gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. (...) NB₍₂₎ : A compter de la première réunion de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, il conviendra de substituer les renvois au « gouvernement de la Nouvelle-Calédonie » par les renvois à « l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ». ».

8. L'article Lp. 432-2, mentionnant l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ayant été créé par l'article 2, 2^c de la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014, la société requérante se plaint de l'absence de mise en place de cette autorité à la date de la décision attaquée. Elle impute la responsabilité de ce retard à l'absence de diligence du gouvernement.

9. A cet égard, il y a lieu de relever que le gouvernement a été confronté à la difficulté de trouver des membres non permanents de l'autorité de la concurrence, compte tenu des critères définis par la loi organique du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

10. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie soutient en effet, sans être contredit, avoir publié sans succès, à 13 reprises, un avis de vacance de mission destiné à recruter des membres non permanents de l'autorité dans le respect des critères prévus par la loi organique du 15 novembre 2013. Le premier avis de vacance de mission est paru sur le site de la direction des ressources humaines et de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie le 21 novembre 2014, le dernier a été publié le 6 mai 2016. Toutes ces publications sont restées sans succès. Il ne peut donc être fait grief à la Nouvelle-Calédonie d'avoir manqué de diligence. Il ne peut pas davantage être reproché au gouvernement de n'avoir pas modifié les critères de recrutement des membres non permanents de l'autorité de la concurrence, cette modification ne relevant pas de sa compétence mais de celle du législateur organique.

11. Afin de mettre un terme à cette situation de blocage, le législateur organique a assoupli les critères de recrutement des membres non permanents de l'autorité de la concurrence par la loi organique n° 2016-507 du 25 avril 2016 relative au statut des autorités administratives indépendantes créées par la Nouvelle-Calédonie.

12. La délibération n° 155 du 22 août 2016 portant dispositions diverses relatives à la rémunération et à l'indemnisation de certains membres de l'autorité de la concurrence n'a été publiée au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie que le 20 septembre 2016.

13. Pour estimer que le gouvernement a dépassé le délai raisonnable laissé par la jurisprudence pour mettre en place l'autorité de la concurrence la société de distribution et de gestion fait partir à tort ce délai à compter de la loi susvisée n° 2014-12 du 24 avril 2012 alors même que ce délai n'a commencé à courir, compte tenu de ce qui a été dit, que le 20 septembre 2016. La société de distribution et de gestion relève elle-même que le délai dont dispose le pouvoir réglementaire pour prendre le décret d'application d'une loi est d'environ une année après la publication de la loi.

14. Il résulte de tout ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à se plaindre qu'à la date de la décision attaquée, soit le 22 novembre 2016, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'avait pas été mise en place, le délai écoulé ne présentant pas un caractère excessif à cette date.

15. La société requérante fait aussi valoir que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a commis une faute en s'estimant compétent pour statuer sur cette question hautement stratégique et que la procédure suivie n'a pas garanti l'impartialité de l'instruction.

16. Mais, force est de constater qu'en l'absence de mise en place de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, le gouvernement restait compétent pour autoriser la mise en exploitation contestée. Par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet de relever un quelconque manque d'impartialité dans l'instruction de la demande présentée par la SAS SCD.

17. La société de distribution et de gestion soutient, par ailleurs, que l'incompatibilité visée à l'article Lp. 461-2 du code de commerce a été méconnue. Aux termes de cet article : *« Les règles relatives aux incompatibilités de fonctions sont fixées par le deuxième alinéa de l'article 27-1 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. / Tout membre de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Il doit également informer le président de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de toute fonction rémunérée qu'il a eue durant les cinq dernières années au sein d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité à but lucratif en Nouvelle-Calédonie, ainsi que de toute fonction de conseil qu'il a eue, directement ou indirectement, au bénéfice d'une telle entreprise. / Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées. (...) ».*

18. La société requérante soutient qu'avant de rejoindre le gouvernement puis d'en assurer la présidence, M. Germain était l'associé de MM. Babey et Vasilieff dans le projet de création des hypermarchés par la SAS HDM. La SDG produit au soutien de ses assertions la convention d'engagement entre la province Sud et les sociétés et SCD pour la création d'un ensemble commercial situé à l'anse Uaré à Ducos. Ce document est paru au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie du 3 mars 2009, page 1563.

19. Le gouvernement soutient que le moyen est inopérant dans la mesure où l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'a pas été mise en place. A supposer même que le gouvernement représente la future autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et que les dispositions de l'article Lp. 461-2 du code de commerce lui soient applicables, il y a lieu d'observer, en tout état de cause, que l'arrêté attaqué date du 22 novembre 2016, soit très au-delà du délai de cinq ans mentionné à l'article Lp. 461-2 du code de commerce ci-dessus rappelé. Le moyen tiré de la méconnaissance de cet article ne peut donc être accueilli.

Sur la légalité interne :

20. Dans le cadre de la présente opération, la SAS Ballande, entreprise qui souhaite réaliser une opération de concentration sur laquelle pèse l'obligation de déposer un dossier de notification auprès du gouvernement, est désignée sous l'expression « partie notifiante ». Elle acquerra la totalité des actifs de la SAS HDM qui détient des parts sociales de la SAS SCD futur exploitant de l'hypermarché U à l'anse Uaré. La SAS Ballande est notamment présente dans le secteur de la distribution en gros de produits alimentaires par l'intermédiaire de la

société Serdis. La SAS Ballande, également présente dans le secteur de l'élevage et de la commercialisation de la viande bovine par l'intermédiaire de la société Agrical.

21. La SAS Ballande s'engage, en premier lieu, à ce que Serdis applique de manière non-discriminatoire un tarif de gros destiné aux commerces de proximité indépendants (magasins d'une surface inférieure à 400 m² et un tarif Grande et Moyenne Surface/Grande surface alimentaire (GMS/GSA) destiné aux supermarchés/hypermarchés qui dépendent d'une enseigne nationale ou locale.

22. La partie notifiante s'engage aussi à ce que Serdis applique aux hypermarchés HYPER U cette grille tarifaire garantissant ainsi un traitement non-discriminatoire à toutes les enseignes sur la zone du Grand Nouméa.

23. L'engagement en matière tarifaire porte également sur l'application non-discriminatoire des barèmes de remises de volume et l'égal accès des autres enseignes aux opérations promotionnelles proposées par Serdis tant en termes de fréquence que d'ampleur.

24. La partie notifiante s'engage, en deuxième lieu, sur le traitement non-discriminatoire des commandes. Serdis devra honorer les commandes reçues dans la limite des stocks disponibles et dans leur ordre d'arrivée, quel que soit le client.

25. Le troisième engagement de la partie notifiante consiste à ce que Serdis poursuive ses opérations promotionnelles mensuelles auprès des commerces de proximité (magasins d'une surface inférieure à 400 m²). Ces opérations, sous forme de catalogue, concernent l'ensemble des promotions du mois et sont envoyées à l'ensemble des clients à chaque début de mois. Les nouveautés sont intégrées dans ces offres.

26. On voit que ces trois engagements consistent à garantir que les tarifs des produits vendus par la société Serdis aux hypermarchés U et à ses concurrents situés dans le périmètre de la zone de chalandise déterminée, soient les mêmes dès lors que ces acheteurs se trouvent dans des situations identiques.

27. Ces engagements sont souscrits pour une durée de 5 ans à compter de la première mise en exploitation d'un des deux hypermarchés Hyper U pour lesquels l'autorisation d'exploitation est demandée c'est-à-dire l'Hyper U de Païta et celui de l'Anse Uaré.

28. La durée initiale de ces engagements peut être renouvelée si l'autorité compétente le juge nécessaire ainsi que le prévoit le point n° 120 du rapport du gouvernement annexé à l'arrêté attaqué. La révision des engagements ne peut être sollicitée auprès de l'autorité compétente qu'en cas de modification substantielle de la situation concurrentielle ayant prévalu à la souscription des engagements sur le marché de la distribution en gros de la Nouvelle-Calédonie.

29. La partie notifiante, également présente dans le secteur de l'élevage et de la commercialisation de la viande bovine par l'intermédiaire de la société Agrical a pris aussi des engagements au nom de cette société.

30. La SAS Ballande s'engage ainsi à ce que les prix pratiqués par la société Agrical pour les ventes à l'hypermarché U de l'anse Uaré soient identiques à ceux pratiqués auprès des autres boucheries de la zone. A ce titre, une grille tarifaire unique sera mise en place. La

SAS Ballande précise que cette grille tarifaire n'exclut pas l'application de prix supérieurs visant à prendre en compte une demande de services supérieurs de la part des acheteurs, notamment en termes de durée de maturation des carcasses de bœuf (type viande extra à l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique de la Nouvelle-Calédonie (OCEF)).

31. Ces engagements, souscrits également pour cinq ans, consistent à garantir que les tarifs des produits vendus par la société Agrical à l'hypermarché U de l'anse Uaré soient identiques à ceux pratiqués auprès des autres boucheries de la zone concernée et ce, pour le même produit et service. Comme pour les engagements souscrits au nom de Serdis, l'engagement pris pour la société Agrical courra dès la mise en exploitation d'un des deux hypermarchés Hyper U pour lesquels l'autorisation d'exploitation est demandée.

32. Force est de constater que les divers engagements souscrits ne révèlent pas que l'examen des effets verticaux de l'opération objet du litige comporterait des lacunes.

33. La société de distribution et de gestion (SDG) exploite un hypermarché à l'enseigne Carrefour sur le territoire de la commune de Dumbéa, quartier de Koutio, situé dans la galerie Kenu In. Cet hypermarché est situé à moins de 10 km de celui bénéficiaire de l'autorisation objet du présent litige. Elle dispose donc d'un intérêt à agir à l'encontre de l'arrêté qui lui fait grief en autorisant l'ouverture d'un magasin directement concurrent dans sa zone de chalandise primaire.

34. La société de distribution et de gestion soutient, par ailleurs, que le futur hypermarché Géant de Dumbéa-sur-Mer n'a pas été pris en compte.

35. Il est constant que le rapport du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie annexé à l'arrêté n° 2016-2563/GNC en date du 22 novembre 2016, a pris en compte dans le calcul des parts de marché des hypermarchés U, les informations relatives aux projets de magasins dont l'ouverture est programmée à moins d'un an de la décision relative à la création de l'hypermarché cible.

36. Compte tenu des informations communiquées au gouvernement par les porteurs du projet, l'hypermarché Géant de Dumbéa-sur-Mer devrait ouvrir fin 2018 ou au premier semestre 2019.

37. A cet égard, la société de distribution et de gestion ne peut utilement se prévaloir des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales mises en œuvre dans le domaine de l'analyse concurrentielle par la commission européenne qui prennent en compte l'ouverture de magasins dans un délai de deux ans.

38. Il ressort des pièces du dossier que la création et à la mise en exploitation par la société des supermarchés du Nord (Groupe Bernard Hayot) d'un hypermarché à enseigne Géant à Dumbéa-sur-Mer a fait l'objet l'arrêté favorable du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n° 2016-1811/GNC en date du 30 août 2016.

39. Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation devant le juge administratif. Et, à la date de la décision attaquée, ce projet n'était pas susceptible d'être achevé dans un délai suffisamment bref pour affecter la situation concurrentielle dans l'agglomération nouméenne. Au surplus, la prise en compte de ce centre commercial, qui est

développé par une société concurrente du groupe Ballande, n'aurait pu conduire qu'à une estimation inférieure du pouvoir de marché du groupe Ballande à l'issue de l'opération contestée.

40. La SDG soutient encore que l'opération est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence. Elle considère que le gouvernement a sous-estimé les risques d'effets restrictifs de concurrence de l'opération en ne prenant pas complètement en compte les spécificités du groupe Ballande qui sera en mesure d'obtenir des informations stratégiques concernant la politique commerciale des distributeurs concurrents des Hypermarchés U sur le marché aval de la distribution à dominante alimentaire.

41. La société requérante soutient que, par l'intermédiaire de la société Serdis, le groupe Ballande sera en capacité de connaître les volumes de commande et les programmes promotionnels de ses concurrents. Le groupe Ballande aura aussi, par son activité de gestionnaire du service d'acconage des bateaux de la CGM, connaissance des manifestes, des prix de revient et des coûts de transports de distributeurs qui s'approvisionnent directement auprès de centrales d'achats métropolitaines.

42. La SDG soutient donc que, fort de l'ensemble de ces informations, le groupe Ballande pourrait adapter la stratégie commerciale de ses hypermarchés U et donc fausser la concurrence sur le marché aval de la distribution alimentaire.

43. Pour répondre aux assertions de la requérante et à ses craintes de voir le dispositif de contrôle mis en place par le gouvernement manquer d'efficacité, il convient, tout d'abord, de rappeler que les engagements pris par Ballande SAS, qui sont analysés aux points 21 à 31 du présent jugement, font partie intégrante de la décision en litige.

44. Il y a lieu aussi de relever qu'en s'engageant de manière précise et détaillée, sur une durée de 5 ans, à mettre en œuvre, pour toutes les enseignes, des conditions tarifaires et non tarifaires d'approvisionnement identiques, la SAS Ballande a également mis l'administration en mesure d'opérer des contrôles réguliers et effectifs.

45. C'est ainsi que chaque année, au plus tard le 15 septembre, les grilles tarifaires visées dans les engagements seront adressées au service instructeur. A la demande de ce même service, la SAS Ballande fournira la liste des opérations promotionnelles mensuelles proposées aux commerces de proximité au cours des 6 mois ayant précédé la demande.

46. En cas de réclamation d'un client alléguant une pratique ou un tarif discriminatoire violant les engagements pris auprès de l'autorité compétente, des contrôles précis seront diligentés afin de vérifier la réalité des critiques formulées.

47. En outre, en cas de non respect d'un ou plusieurs des engagements souscrits par la SAS Ballande, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie serait en droit d'en tirer toutes les conséquences de droit en prenant des sanctions.

48. Enfin, il serait aussi loisible à la société requérante, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande de réparation sur le terrain indemnitaire en cas de non respect des engagements souscrits.

49. Il résulte de tout ce qui précède que le moyen tiré de ce que l'opération en litige est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence doit être écarté.

50. En ce qui concerne le moyen tiré de ce que la SAS Ballande serait en mesure d'obtenir des informations stratégiques concernant les concurrents de l'hypermarché qu'il est autorisé à exploiter compte tenu de sa présence sur les marchés amonts de l'acconage et de l'importation au stade de gros, il y a lieu d'observer que les engagements pris par la partie notifiante, s'ils ne concernent pas expressément le cloisonnement des informations, aboutissent ainsi que cela a été relevé aux points 21 à 31 à des prix d'achat identiques proposés à toutes les enseignes et à des opérations promotionnelles proposées aux mêmes conditions.

51. S'agissant plus précisément des informations confidentielles, celles-ci sont protégées par des accords de confidentialité passés avec les distributeurs. Enfin, la SAS SCD affirme sans être utilement contestée que la SAS Ballande ne dispose pas de structure dédiée à l'acconage, sa participation étant purement financière et non opérationnelle. Elle n'a donc pas accès à des informations qui lui permettraient notamment de connaître la composition du conteneur, le détail des marchandises transportées ou encore le prix d'achat de ces marchandises.

52. La société de distribution et de gestion soutient, enfin, qu'en limitant à une période de cinq ans les engagements pris par la SAS Ballande concernant les sociétés Serdis et Agrical, le gouvernement a commis une erreur manifeste d'appréciation.

53. Ainsi qu'il a été dit au point 28 du présent jugement, la durée initiale de 5 ans des engagements pourra être renouvelée par l'autorité garante du respect du droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. Ces engagements pourront aussi être révisés en cas de modification substantielle de la situation concurrentielle. Par suite, le moyen tiré de ce que le gouvernement aurait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation ne peut être accueilli.

54. Il résulte de tout ce qui précède que la société de distribution et de gestion n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêté attaqué.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

55. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

56. Ces dispositions font obstacle aux conclusions dirigées contre la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

57. Il y a lieu, au titre de ces dispositions, de condamner la société de distribution et de gestion à payer à la SAS SCD la somme de 150 000 F CFP.

D E C I D E :

Article 1er : La requête susvisée est rejetée.

Article 2 : La société de distribution et de gestion versera à la SAS SCD la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.