

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1600453

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

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 18 mai 2017
Lecture du 1^{er} juin 2017

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 décembre 2016, un mémoire de communication de pièces enregistré le 28 décembre 2016 et un mémoire enregistré le 14 mai 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° 2016-1811/GNC en date du 30 août 2016 relatif à 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 ;

2°) de mettre la somme de 3 millions de 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 ;
- 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 ;
- le gouvernement s'est mépris dans ses calculs de parts de marché ;
- en ne procédant pas à une analyse par catégorie de produits, le gouvernement a nécessairement sous-estimé le renforcement de la puissance d'achat du groupe Bernard Hayot (GBH) et donc le risque de dépendance économique des fournisseurs locaux vis-à-vis de GBH ;

- le gouvernement n'a pas examiné les conséquences de l'opération sur d'autres marchés et notamment celui de la distribution de véhicules automobiles ;
- les engagements pris par GBH pour supprimer ou compenser le risque d'atteinte à la concurrence ne sont pas suffisants ;
- le magasin Johnston ne peut être pris en considération dans le pouvoir de marché du groupe GBH qui ne détient que 15 % des parts de ce magasin ;
- il n'est nullement établi que la politique commerciale du magasin Casino Johnston est dépendante de GBH ;
- seule la surface alimentaire de Casino Johnston aurait dû être retenue ;
- l'engagement de rompre le contrat de sous-affiliation et la convention de gestion est extrêmement hypothétique ;
- le gouvernement s'est mépris en considérant que la suppression de deux supermarchés va diminuer les parts de marché de GBH ;
- il n'a pas été tenu compte des conséquences de l'opération sur d'autres marchés et notamment sur le secteur automobile.

Par un mémoire en intervention enregistré le 3 mars 2017, la société des supermarchés du Nord, représentée par la SELARL d'avocats Xavier Lombardo, demande au tribunal :

- d'écarter la pièce adverse n° 6 des débats en ce qu'il s'agit d'un document interne à l'administration couvert par le secret des affaires ;
- de rejeter le recours pour excès de pouvoir de la société de distribution et de gestion ;
- de condamner la société de distribution et de gestion à lui payer la somme de 3 millions de F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé et que la requête revêt un caractère infondé et abusif.

Par un mémoire enregistré le 14 avril 2017, le président du 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) ;
- l'arrêté n° 2015-715/GNC du 6 mai 2015 relatif à la prise de contrôle exclusif des sociétés AS et SIDAPS par la société Mahobam, filiale du groupe Bernard Hayot (GBH) ;
- 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 Mauduech-Pancrazi, avocat de la société requérante, de Mme Vollmer, représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, et de Me Lombardo, avocat de la société des supermarchés du Nord (SSN).

Considérant ce qui suit :

Sur l'intervention de la société des supermarchés du Nord :

1. La société des supermarchés du Nord (SSN) a intérêt au maintien de la décision attaquée. Dès lors, son intervention doit être admise.

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

2. 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 30 août 2016 relatif à 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.

3. 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 ;(...)* ».

4. La société des supermarchés du Nord (SSN) 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 Géant Dumbéa sur mer sous réserve du respect de trois engagements qu'elle a souscrits respectivement les 13 mai, 17 juin et 26 juillet 2016.

5. Le premier engagement de la SSN consiste à céder la totalité de sa participation dans le capital de la SAS Johnston Distribution et à résilier les contrats de sous affiliation et de gestion correspondants.

6. Le deuxième engagement de la société bénéficiaire de l'arrêté consiste à réduire la surface de l'hypermarché en litige de 1000 m². La surface de ce magasin devra ainsi passer de 5500 m² à 4500 m².

7. Le troisième engagement de la SSN consiste à céder deux supermarchés et à résilier les contrats d'affiliation correspondants.

8. 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.

9. Aux termes de l'article Lp. 432-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « I. - Toute opération visée à l'article Lp. 432-1 ^(...) est notifiée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ⁽²⁾ 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 ». ».

10. L'article Lp. 432-2, mentionnant l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ayant été créé par l'article 2, 2^oc 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.

11. 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.

12. 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 se sont avérées infructueuses. 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.

13. 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.

14. 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. Or, l'article 5 de cette délibération a modifié l'article 70 de l'arrêté susvisé n° 1065 du 22 août donnant vocation à des fonctionnaires en activité relevant du statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux à être affectés pour servir dans les autorités indépendantes.

15. 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 30 août 2016, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'avait pas été mise en place, des éléments essentiels à sa

constitution, dont la modification de l'arrêté n° 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux, n'ayant pas été définis à cette date.

16. 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.

17. 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 société des supermarchés du Nord.

18. La société requérante soutient, par ailleurs, que le gouvernement s'est mépris dans ses calculs de parts de marché.

19. Il ressort des pièces du dossier que la zone de chalandise a été scindée en une zone primaire correspondant au Grand Nouméa et en une zone secondaire rassemblant les communes situées dans une courbe isochrone de 15-20 minutes en voiture autour du magasin bénéficiaire de la création contestée. La requérante soutient que le rapport présenté au gouvernement le 22 août 2016 dans le cadre de l'instruction de l'opération par la direction des affaires économiques est erroné en ses calculs de parts de marché.

20. La société des supermarchés du Nord soutient qu'il convient d'écarter des débats le document visé au point précédent en ce qu'il s'agit d'un document interne à l'administration couvert par le secret des affaires. Mais le secret invoqué ne saurait empêcher le contrôle du juge administratif de s'exercer sur les motifs de la décision attaquée. Il n'y a donc pas lieu d'écarter le rapport présenté au gouvernement le 22 août 2016 des débats.

21. Le rapport visé aux deux points précédents tient compte, s'agissant des calculs contestés, de l'augmentation globale de la surface commerciale dans les deux zones de chalandise sus-décrites. Dans son mémoire enregistré le 14 avril 2017, l'administration démontre, par l'exemple chiffré qu'elle produit, que les calculs faisant apparaître les parts de marché du groupe GBH avant et après la création en litige ne sont pas erronés. Le moyen tiré de ce que le gouvernement se serait mépris dans ses calculs de parts de marché manque en fait et ne peut être accueilli.

22. La société requérante soutient aussi qu'en ne procédant pas à une analyse par catégorie de produits, le gouvernement a nécessairement sous-estimé le renforcement de la puissance d'achat du groupe Bernard Hayot (GBH) et donc le risque de dépendance économique des fournisseurs locaux vis-à-vis de GBH.

23. Mais, après réalisation des engagements pris par GBH mentionnés à l'article 1^{er} de l'arrêté contesté et rappelés aux points 5 à 7 du présent jugement, GBH ne verra croître sa surface commerciale que de 143 m². Or l'analyse critique sur laquelle se fonde la requérante ne démontre pas que cette augmentation aurait un effet significatif sur la dépendance globale des fournisseurs locaux vis-à-vis de GBH.

24. Par ailleurs, la société de distribution et de gestion n'établit pas ni même n'allègue que l'augmentation susdite de la surface commerciale de GBH lui permettrait de renforcer sa puissance d'achat sur une catégorie de produits. Enfin, elle ne peut utilement se

prévaloir des dispositions mises en œuvre dans le domaine de la concurrence en matière de « seuil de menace » par la commission européenne.

25. La société requérante soutient aussi qu'il n'est nullement établi que la politique commerciale du magasin Casino Johnston est dépendante de GBH qui n'en détient que 15 % des parts sociales.

26. Mais au vu de la convention et du contrat de sous-affiliation signés respectivement les 25 septembre et 9 novembre 1995, il apparaît que GBH exerce une influence déterminante sur la gestion du magasin Casino Johnston tant en termes de comptabilité, de gestion du personnel et de contrôle de gestion qu'en matière commerciale. Le moyen tiré de ce que la politique commerciale du magasin Casino Johnston ne serait pas dépendante de GBH manque donc en fait et ne peut être qu'écarté.

27. La société requérante soutient également que seule la surface alimentaire de Casino Johnston aurait dû être retenue. Mais elle n'assortit ce moyen d'aucun élément qui permettrait d'en apprécier la pertinence. Par suite, elle ne démontre pas que la cession du magasin Casino Johnston n'aurait pas été incluse à bon droit dans les engagements pris par GBH pour obtenir l'autorisation critiquée.

28. La société de distribution et de gestion soutient encore que l'engagement de rompre le contrat de sous-affiliation et la convention de gestion est extrêmement hypothétique.

29. Le gouvernement soutient, à cet égard, à juste titre, que toute rupture brutale des relations commerciales serait contraire à l'article Lp. 442-6 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie qui prévoit que : *I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : (...) 6° - de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure ; (...) ».*

30. Par ailleurs, en cas de non respect d'un ou plusieurs des engagements souscrits par la société des supermarchés du Nord, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie serait en droit d'abroger l'arrêté ayant autorisé la création et la mise en exploitation de l'hypermarché à enseigne Géant à Dumbéa sur mer.

31. Enfin, il serait, en tout état de cause, 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.

32. Il résulte de tout ce qui a été dit aux trois points précédents que la société de distribution et de gestion n'est pas fondée à soutenir que l'engagement de rompre le contrat de sous-affiliation et la convention de gestion est extrêmement hypothétique.

33. La société de distribution et de gestion soutient aussi que le gouvernement s'est mépris en considérant que la suppression de deux supermarchés va diminuer les parts de marché de GBH. Mais, la requérante n'apporte aucun élément précis au soutien de ce moyen

alors que le rapport du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie annexé à l'arrêté autorisant la création de l'hypermarché en litige fait apparaître que, pour apprécier la concurrence dans le marché de distribution de détail à dominante alimentaire, seuls les commerces de proximité étaient sans capacité d'animer la concurrence, celle-ci s'exerçant en revanche entre supermarchés et hypermarchés. La cession de deux supermarchés pouvait ainsi être prise en compte pour apprécier la part de marché détenue par GBH.

34. La société de distribution et de gestion fait également valoir que les engagements pris par GBH pour supprimer ou compenser le risque d'atteinte à la concurrence ne sont pas suffisants.

35. Pour remettre en cause la pertinence des engagements pris, la société requérante soutient que GBH ne détient que 15 % des parts sociales du magasin Johnston et que cette cession est inappropriée. La société requérante soutient aussi le caractère insuffisant de la cession des supermarchés Leader Price Auteuil et Casino Vallée des Colons.

36. Mais il ressort des pièces du dossier que les éléments repris aux points 25 et 26 du présent jugement ont été pris en compte par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui a justement apprécié la situation concurrentielle au niveau local et évalué les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'opération. Ainsi qu'il a été dit, les calculs du gouvernement faisant apparaître les parts de marché du groupe GBH avant et après la création en litige ne sont pas erronés. Le gouvernement a subordonné son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant lui par la société des supermarchés du Nord en vertu des dispositions précitées du code de commerce, à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération.

37. Si l'analyse des effets d'une opération de mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail, lorsque sa surface de vente est supérieure à 350 m², ne peut se réduire au constat des parts de marché détenues avant l'opération et résultant de la mise en œuvre des engagements pris pour que l'opération soit autorisée, elle doit aussi s'étendre à leur potentiel d'évolution ultérieure, compte tenu de tous les éléments susceptibles de compenser ou d'accroître l'ampleur des parts de marché des différentes sociétés en situation de concurrence.

38. La société requérante soutient que le gouvernement s'est contenté d'une analyse du marché de la distribution alimentaire et n'a pas examiné les conséquences de l'opération sur d'autres marchés et notamment celui de la distribution de véhicules automobiles. La société de distribution et de gestion fait valoir que le gouvernement aurait dû apprécier la possibilité pour GBH de renforcer sa position sur ce marché par l'exploitation de la galerie commerciale.

39. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie soutient, à cet égard, que la société requérante ne peut utilement soulever ce moyen dès lors que l'opération relative à l'exploitation de la galerie commerciale n'est, en l'état des textes, pas soumise au droit de la concurrence calédonien.

40. Aux termes de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 applicable à l'espèce : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 19° (...) ; consommation, concurrence et répression des fraudes, droit de la concentration économique ; (...)* ».

41. Il résulte des dispositions citées au point précédent que la Nouvelle-Calédonie possède une compétence générale en matière de concurrence et droit de la concentration économique au sein de laquelle le législateur national ne peut plus s'immiscer. Si cette compétence générale de la Nouvelle-Calédonie inclut la capacité de fixer les règles de concurrence régissant la matière dont s'agit et d'instaurer des dérogations à ces règles de concurrence, elle s'exerce toutefois sous réserve du respect des principes généraux du droit et des normes constitutionnelles.

42. A cet égard, le point 63 du rapport du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, annexé à l'arrêté n° 2015-715/GNC du 6 mai 2015 et relatif à la prise de contrôle exclusif des sociétés AS et Sidaps par la société Mahobam, filiale du groupe GBH, fait apparaître que le marché calédonien de la distribution automobile est partagé entre cinq groupes automobiles qui se répartissent environ quarante marques nationales et internationales. Or, le groupe GBH, est au troisième rang avant la prise de contrôle des sociétés AS et SIDAPS auprès du groupe Dang et, même après la prise de contrôle exclusif desdites sociétés n'est pas leader sur le marché et la société requérante ne démontre pas que l'accroissement de ses capacités de vente par l'augmentation de la surface d'une seule galerie commerciale serait de nature à lui conférer une position dominante sur le marché automobile de la Nouvelle-Calédonie. Il suit de là qu'aucune méconnaissance des principes généraux du droit, et des normes constitutionnelles n'est avérée.

43. Enfin, il ressort des pièces du dossier que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a tenu compte, pour anticiper les effets de l'opération sur les zones de chalandise qu'il a identifiées, des facteurs d'évolution générale du marché de la distribution qu'il avait identifiés, liés notamment aux spécificités du régime juridique applicable en Nouvelle-Calédonie. Le gouvernement, qui était seulement tenu de procéder à une analyse prospective des zones de chalandise identifiées résultant de l'adoption de l'arrêté critiqué, a suffisamment étayé sa décision.

44. Il résulte de tout ce qui précède que la société requérante 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 :

45. 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* ».

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

47. Il y a lieu, au titre de ces dispositions, de condamner la société de distribution et de gestion à payer à la société des supermarchés du Nord 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 société des supermarchés du Nord 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.

Article 3: Le présent jugement sera notifié à la société de distribution et de gestion (SDG), au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et à la société des supermarchés du Nord (SSN).

Délibéré après l'audience du 18 mai 2017, à laquelle siégeaient :

M. Quillévére, président,
M. Schnoering, premier conseiller,
M. Gueguein, premier conseiller.

Lu en audience publique le 1^{er} juin 2017.

Le rapporteur,

Le président,

J-L. SCHNOERING

G. QUILLÉVÉRÉ

La greffière de séance,

C. BERTHELOT