

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N°1800130

SOCIETE LE FROID

M. Gueguein
Rapporteur

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 30 août 2018
Lecture du 13 septembre 2018

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 2 mai 2018, et un mémoire complémentaire enregistré le 31 juillet 2018, la société Le Froid, représentée par Me Adeline Mauduech-Pancrazi, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 2018-209/GNC en date du 26 janvier 2018 relatif à la prise de contrôle exclusif de la société industrielle des Eaux du Mont-Dore (SIEM) par la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC) ;

2°) de mettre la somme de trois millions de francs CFP (3 000 000) à la charge de la Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La société Le Froid soutient que :

- le présent tribunal est compétent ; les dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative ne sont pas applicables en l'espèce ;
- le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'était pas compétent pour autoriser une telle prise de contrôle ; la réforme du code du commerce de Nouvelle-Calédonie et la création de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, prévoit que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie demeure compétent pour autoriser les opérations de concentration dans l'attente de la première réunion de l'autorité de la concurrence ; le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a mis plus de trois ans à finaliser le processus ; les membres de l'autorité de la concurrence n'ont été nommés que par un arrêté en date du 16 janvier 2018 et leur première réunion a eu lieu le 26 février 2018, soit plus de trois ans après l'adoption de la loi du pays du 24 avril 2014 créant cette autorité administrative indépendante ; le gouvernement de Nouvelle-Calédonie ne peut s'abriter derrière une quelconque formalité impossible pour justifier sa compétence ; la compétence du gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pu s'exercer tout ce temps de manière plénière ; le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'est demeuré pleinement compétent que pendant le délai raisonnable dont il disposait pour procéder à la désignation des membres de

l'autorité de la concurrence ; passé ce délai raisonnable, qui peut être évalué à une année, l'absence de nomination était constitutive d'une faute et le gouvernement ne conservait que la compétence lui permettant d'expédier les affaires courantes ; la compétence du gouvernement de Nouvelle-Calédonie aux seules affaires courantes aurait dû intervenir, en tout état de cause, dès la nomination des membres de l'autorité de la concurrence dès lors que tous les dossiers en cours ont été transférés à la date de publication de la décision constatant la première réunion de l'autorité de la concurrence, soit le 27 février 2018 ; l'acte attaqué ne pouvant relever de la catégorie des affaires courantes, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'était pas compétent pour l'adopter ;

- le gouvernement de Nouvelle-Calédonie ne présente pas les mêmes garanties que celles prévues à l'article 9 de la loi du pays du 24 avril 2014, à savoir notamment les compétences techniques et l'indépendance des membres de l'autorité de la concurrence ; il ne respecte pas le principe de séparation entre les autorités instructrices et décisionnelles ;

- la période d'examen a été prolongée de quinze jours avec la modification des engagements de la société GBNC du 23 janvier 2018 ; il est curieux que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'ait pas suspendu le délai d'examen pour étudier la deuxième proposition d'engagement de la société GBNC puisque la décision contestée est intervenue trois jours plus tard ; de même, alors même qu'il estime qu'il existe un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pas recouru à la procédure d'examen approfondi, qui ouvre une période d'examen de cent jours, prévue par les dispositions de l'article Lp. 431-5-III alinéa 4 du code du commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

- la procédure est irrégulière ; le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a décidé de consulter les tiers dans le cadre de l'instruction de l'opération de concentration ; un questionnaire a été envoyé aux professionnels les 6 et 9 octobre 2017 et la société Le Froid a été auditionnée le 17 novembre suivant ; toutefois, nonobstant l'intervention des propositions d'engagements de la société GBNC les 22 décembre 2017 et 23 janvier 2018, il n'y a pas eu de nouvelles consultations ; elle n'a pas été informée de ce qu'une proposition d'engagement avait été déposée malgré sa demande du 17 janvier 2018 ; l'administration est tenue de respecter les procédures qu'elle s'impose à elle-même ;

- la décision est entachée d'erreur manifeste d'appréciation sur la détermination du marché concerné ; usuellement le marché des boissons, alcoolisées ou non, est scindé en deux segments, la distribution alimentaire (GMS) et la Consommation Hors Domicile (CHD), qui inclut les cafés, hôtels, restaurants, snack, station-service, boulangeries et épiceries car il s'agit de consommation de boissons en bouteilles et que leurs circuits d'approvisionnement relèvent du même système logistique ; le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a cru bon de scinder le segment CHD en deux, le CHD, regroupant les lieux de consommation sur place (cafés, bars, restaurants et hôtels) et le canal traditionnel (TRAD) segment regroupant les commerces de proximité, les supérettes et les stations-services ; ce découpage n'est pas adéquat dès lors que l'eau minérale est principalement consommée en bouteille en plastique, les services fournis aux cafés, restaurants et hôtels ne se distinguent donc pas des services rendus aux autres points de vente où l'eau peut être consommée sur place comme les snacks et les stations-services ;

- l'analyse concurrentielle du gouvernement de Nouvelle-Calédonie est erronée ; il a sous-estimé les effets coordonnés et congloméraux ; dans le segment CHD, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a estimé que l'opération de concentration n'était pas de nature à entraîner de risques congloméraux dès lors que les eaux du Mont-Dore ne sont pas prépondérantes dans ces commerces du fait de leur conditionnement en bouteille en plastique et compte tenu de leur image de premier prix ; cette analyse est erronée, l'eau du Mont-Dore est la seule eau de source produite localement et se retrouve de facto sur un positionnement indispensable pour ces établissements qui donnera à la société GBNC un effet levier pour favoriser la commercialisation de ses autres produits ; le gouvernement n'apporte aucun élément permettant d'établir que les eaux du Mont-Dore n'occupent pas une place prépondérante dans ce secteur ;

- dans le secteur GMS, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a surestimé la capacité de négociation des acteurs du secteur dès lors que les eaux du Mont-Dore représentent les seuls produits locaux ; le recours aux centrales d'achats n'est pas suffisant ; la société GBNC pourra donc faire pression sur ces opérateurs en groupant la vente des produits Eaux de Mont-Dore avec de la bière et des boissons rafraîchissantes sans alcool (BGSA) ou des boissons gazeuses sans alcool (BRSA) afin d'en augmenter les ventes ;

- le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pas analysé la totalité des effets congloméraux en ignorant les effets de gamme ; les effets congloméraux peuvent intervenir dès lors qu'un acteur a une position forte sur au moins un marché, en l'occurrence l'eau en bouteille, que ses concurrents ne disposent pas d'une gamme aussi complète et que cette gamme peut servir d'argument de vente ; si la société GBNC s'est engagée à ne pas recourir au procédé de la vente couplée, elle n'a pas renoncé à la possibilité de faire des remises de couplage ou de gamme ; avec les bouteilles d'eau du Mont-Dore, elle sera la seule susceptible de proposer des gammes incluant de l'eau en bouteille, des BRSA et des BGSA ; elle pourra utiliser l'effet de levier du positionnement des eaux du Mont-Dore pour placer ses autres produits ;

- les engagements de la société GBNC sont insuffisants ; le gouvernement de Nouvelle-Calédonie reconnaît les risques que la prise de contrôle exclusif peut faire courir sur le marché des boissons et a autorisé cette opération de concentration alors que les engagements de la société GBNC de ne pas user d'une position dominante sur le marché de l'eau en bouteille sont insuffisants ; l'engagement de ne pas recourir à des ventes couplées est limité au segment dit TRAD alors qu'il s'agit d'un levier puissant dans le segment CHD compte tenu de l'omniprésence des eaux de Mont-Dore ; idem pour le segment GMS car si le gouvernement soutient que les acteurs de la grande distribution peuvent recourir aux services de leur centrale d'achat, il demeure que les eaux importées sont taxées à 53 % compte tenu de la protection douanière dont bénéficie la production d'eau en bouteille d'origine locale ; l'eau du Mont-Dore est essentielle pour les distributeurs soucieux de proposer un produit à prix réduit ;

- l'opération ne peut être autorisée qu'à la condition que la société GBNC s'engage à ne pas procéder à des ventes couplées et à séparer les fonctions commerciales des eaux du Mont-Dore de la commercialisation de ses autres produits ; la société GBNC aurait dû s'engager à confier la distribution des eaux du Mont-Dore à une entité juridique distincte de ses autres activités de distribution et de commercialisation ou à la société Rabot ;

- de même, l'engagement de la société GBNC ne porte que sur la technique de vente liée / groupée sans en préciser la portée ; il faut qu'elle s'engage explicitement à ne pas recourir à des remises de couplages et à toute forme de remise de gamme.

Par un mémoire en défense, enregistré le 9 juillet 2018, la Nouvelle-Calédonie, représentée par la SELARL Deswarte, conclut au rejet de la requête et demande que la société Le Froid lui verse la somme de 350 000 francs CFP au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La Nouvelle-Calédonie soutient que :

- les conclusions sont irrecevables dès lors que le présent tribunal est incompétent pour statuer ; les dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative donnent compétence au Conseil d'Etat pour statuer sur les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques ; en l'absence de dispositions donnant compétence au tribunal de céans et en application du principe d'égalité et de non-discrimination, seul le Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur les conclusions de la société Le Froid ;

- les moyens ne sont pas fondés.

Par un mémoire, enregistré le 30 juillet 2018, la société GBNC, représentée par la SELARL D&S Legal, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 800 000 francs CFP soit mise à la charge de la société Le Froid au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La société GBNC soutient que les moyens ne sont pas fondés.

Un mémoire présenté pour la société Le Froid a été enregistré le 24 août 2018.

Un mémoire présenté pour la société GBNC a été enregistré le 25 août 2018.

Vu :

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

- la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie ;

- 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 ;

- 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. Gueguein ;

- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public ;

- et les observations de Me Mauduech-Pancrazy, avocate de la société Le Froid, de Me Joannopoulos, avocate de la Nouvelle-Calédonie et de Me Descombe, avocat de la société GBNC.

Considérant ce qui suit :

1. La société Le Froid demande au tribunal d'annuler l'arrêté n° 2018-209/GNC en date du 26 janvier 2018 relatif à la prise de contrôle exclusif de la société industrielle des Eaux du Mont-Dore (SIEM) par la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC).

Sur la compétence du tribunal administratif :

2. La Nouvelle-Calédonie soutient que les conclusions sont irrecevables dès lors que le présent tribunal est incompétent pour statuer en premier ressort. Elle soutient que les dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative attribuent au Conseil d'État la compétence pour statuer sur les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques et que, par conséquent, en l'absence de dispositions donnant compétence au tribunal de céans pour se prononcer sur la légalité de la décision contestée, seul le

Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort en application du principe d'égalité et de non-discrimination.

3. Toutefois, il résulte des dispositions de l'article L. 311-1 du code de justice administrative que les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer à une autre juridiction administrative.

4. Ainsi, en l'absence de dispositions attribuant à une autre juridiction administrative la compétence pour statuer sur les décisions du gouvernement de Nouvelle-Calédonie en matière d'autorisation d'opération de concentration prises en application des dispositions des articles Lp. 431-1 et suivants du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, seul le présent tribunal est compétent.

5. De même ni le principe d'égalité, ni le principe de non-discrimination n'imposent que les recours dirigés les décisions du gouvernement de Nouvelle-Calédonie en matière de contrôle des concentrations économiques relèvent de la compétence du conseil d'Etat en premier et dernier ressort à l'instar des recours dirigés contre les décisions ministérielles de même nature.

6. L'exception d'incompétence doit donc être écartée.

Sur le fond :

7. Selon les dispositions de l'article Lp. 431-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie à la date de la décision en litige : « *La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après autorisation du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie...* ». La circonstance que cette compétence ait été transférée à l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie à compter de la publication au JONC de la décision du collège constatant la première réunion de cette autorité de la concurrence, en application des dispositions de l'article 16 III de la loi du pays du 24 avril 2014 susvisée, est sans conséquence sur la compétence du gouvernement de Nouvelle-Calédonie pour adopter la décision en litige. De même, le fait que les membres de cette autorité n'aient été désignés que le 16 janvier 2018, soit après un délai de plus de trois années, est sans effet sur l'effectivité de la compétence du gouvernement de Nouvelle-Calédonie sur la période courant entre la création de cette autorité et sa mise en place effective. L'ensemble des griefs de la société Le Froid afférents au caractère supposément fautif de ce retard ne sont pas susceptibles d'entacher la légalité des décisions adoptées.

8. La société Le Froid soutient par ailleurs que compte tenu de ce retard, la compétence du gouvernement de Nouvelle-Calédonie ne pouvait être que limitée au traitement des affaires courantes soit à l'issue d'un délai raisonnable d'un an à compter de l'obligation qui était la sienne de nommer les membres de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie soit à compter du 16 janvier 2018, date de nomination desdits membres.

9. Toutefois et de la même façon, en l'absence de dispositions en ce sens, la société Le Froid ne peut utilement soutenir que la compétence du gouvernement de Nouvelle-Calédonie aurait été restreinte au seul traitement des affaires courantes sur le fondement de la faute éventuellement commise de par le délai ayant couru entre la création de cette autorité, par la loi du pays du 24 avril 2014, et la nomination effective de ses membres le 16 janvier 2018. De même, aucune disposition ne le prévoyant, la publication de l'arrêté de nomination des membres

de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'a pas eu d'effet sur l'étendue des compétences du gouvernement de Nouvelle-Calédonie.

10. La société Le Froid soutient que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie ne présente pas les mêmes garanties que celles prévues pour les membres de l'autorité de la concurrence aux articles Lp. 461-1 et suivants du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, à savoir notamment les compétences techniques et l'indépendance. Elle soutient que le processus décisionnel du gouvernement de Nouvelle-Calédonie ne respecte pas le principe de séparation entre les autorités instructrices et décisionnelles. Un tel moyen est également inopérant dans ses deux branches dès lors que la société requérante ne soutient pas que la décision en litige soit entachée d'un quelconque manque d'impartialité.

11. La société Le Froid soutient qu'il est curieux que nonobstant la modification des engagements de la société GBNC le 23 janvier 2018, qui, en application des dispositions de l'article Lp.431-5 II du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, prolongeait de quinze jours le délai pendant lequel le gouvernement de Nouvelle-Calédonie pouvait examiner le projet de prise de contrôle, ledit gouvernement se soit prononcé trois jours plus tard. Elle soutient également qu'il est curieux que nonobstant les risques d'atteinte à concurrence, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pas décidé d'engager un examen approfondi de l'opération, pendant un délai de cent jours, en application des dispositions de l'article Lp. 431-5 III du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Ces moyens ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé et doivent être rejetés.

12. La société Le Froid soutient que la procédure d'adoption de l'arrêté est irrégulière en ce que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pas respecté jusqu'au bout la procédure de consultation des tiers intéressés. Le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a procédé à un test de marché des concurrents et clients concernés par l'opération de prise de contrôle exclusif les 6 et 9 octobre 2017. Elle a elle-même répondu à un questionnaire sur la définition des marchés pertinents et l'analyse concurrentielle de ces différents marchés et a été auditionnée le 17 novembre 2017. Selon elle, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie était tenu de procéder à une nouvelle consultation à la suite du dépôt de la nouvelle proposition d'engagement de la société GBNC le 23 janvier 2018. Elle avait par ailleurs interrogé le gouvernement sur l'évolution du traitement de la demande d'autorisation le 17 janvier 2018 et n'a pas été informée du dépôt de cette nouvelle proposition. Toutefois, la circonstance que l'administration ait décidé de recourir à la consultation des tiers intéressés par les effets de l'opération de concentration n'impliquait pas d'associer ou de consulter la société Le Froid, concurrent direct de la société GBNC, à toutes les étapes de la procédure.

13. La société Le Froid soutient que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation dans son analyse de l'impact de l'opération de concentration sur la concurrence dans le secteur des boissons.

14. Tout d'abord elle soutient que la segmentation du marché concerné est erronée. Le marché des boissons, alcoolisées ou non, est usuellement scindé en deux segments, la distribution alimentaire (GMS) et la Consommation Hors Domicile, qui inclut les cafés, hôtels, restaurants, snack, station-service, boulangeries et épiceries car il s'agit de consommation de boissons en bouteilles et que leur circuit d'approvisionnement relève du même système logistique. Dans sa décision le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a cru bon de scinder le segment CHD en deux, le CHD, regroupant les lieux de consommation sur place (cafés, bars, restaurants et hôtels) et le canal traditionnel (TRAD) segment regroupant les commerces de proximités, les supérettes et les stations-services. Selon la société Le Froid, ce découpage n'est

pas adéquat dès lors que l'eau embouteillée est principalement consommée en bouteille en plastique, les services fournis aux cafés, restaurants et hôtels ne se distinguent pas des services rendus aux autres points de vente où l'eau peut être consommée sur place comme les snacks et les stations-services.

15. Il ressort des pièces du dossier que nonobstant l'unicité des contenants des eaux embouteillées distribuées, il demeure que l'identification du réseau de distribution dit TRAD relève tant de la différence des attentes des clients des réseaux CHD et TRAD, que des différences existant dans leurs systèmes d'approvisionnement. De plus, les clients du segment CHD souscrivent pour la plupart des contrats dits de brasserie impliquant une exclusivité de distribution des marques proposées alors que les clients du segment TRAD, qui recourent à des contrats de fournitures simples, ne sont pas soumis à une telle clause d'exclusivité mais ne peuvent, en principe, présenter dans les vitrines réfrigérées mises à leur disposition que les produits distribués par l'entreprise propriétaire de ces vitrines. La société Le Froid n'établit pas que l'identification de ces deux sous-segments de la consommation hors domicile serait constitutive d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle n'établit par ailleurs pas que cette décomposition aurait un impact négatif sur l'analyse des effets de l'opération de concentration sur la concurrence.

16. Ensuite la société Le Froid soutient que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a sous-estimé les effets coordonnés et congloméraux. Dans le segment CHD, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a estimé que l'opération de concentration n'était pas de nature à entraîner de risques congloméraux dès lors que les eaux de Mont-Dore ne sont pas prépondérantes dans ces commerces compte tenu de leur conditionnement en bouteilles en plastique et de leur image de premier prix qui ne correspondent pas au positionnement de ce type d'établissement. La société requérante estime cette analyse erronée dès lors que les eaux du Mont-Dore sont les seules produites localement et se retrouvent de facto sur un positionnement indispensable pour ces établissements qui donnera à la société GBNC un effet levier pour favoriser la commercialisation de ses autres produits.

17. La société requérante, qui soutient que l'administration n'établit pas que les eaux de Mont-Dore ne présentent pas la nature de produit indispensable au sein du segment CHD, n'apporte par ailleurs aucun élément en sens contraire. Eu égard aux pièces du dossier, il n'y a donc pas lieu de retenir que les eaux de Mont-Dore présentent la nature de produit indispensable au sein du segment CHD, ce contrairement à la boisson gazeuse sans alcool de marque 'Coca-cola', fabriquée et distribuée par la société Le Froid, et à la bière 'Number One', produite et distribuée par la société GBNC. La société Le Froid ne conteste d'ailleurs pas que les acteurs du segment CHD ne respectent pas nécessairement les clauses d'exclusivité de leurs contrats de brasserie pour pouvoir disposer de ces deux produits indispensables et ce sans que les deux acteurs principaux du marché des boissons ne fassent appliquer les clauses de sanction. La part de marché des Eaux de Mont-Dore n'étant pas réellement prépondérante dans le segment CHD, cette branche sera écartée.

18. La société Le Froid soutient également que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie reconnaît les risques que la prise de contrôle exclusive peut faire courir sur le marché des boissons et a autorisé cette opération de concentration alors que les engagements de la société GBNC de ne pas user d'une position dominante sur le marché de l'eau en bouteille sont insuffisants. L'engagement de ne pas recourir à des ventes couplées est limité au segment dit TRAD alors qu'il s'agit d'un levier puissant dans le segment CHD compte tenu de l'omniprésence des eaux du Mont-Dore. Selon elle le même raisonnement est également valable pour le segment GMS car si le gouvernement soutient que les acteurs de la grande distribution

peuvent recourir aux services de leur centrale d'achat, il demeure que les eaux importées sont taxées à 53 % compte tenu de la protection douanière dont bénéficie la production locale d'eaux en bouteille, les eaux du Mont-Dore sont donc essentielles pour les distributeurs soucieux de proposer des produits à prix réduit.

19. Tout d'abord, il convient de remarquer que les bières produites et distribuées par la société GBNC, dont l'une est considérée comme marque indispensable par les acteurs du segment, représentent entre 70-80 % des ventes. L'acquisition de la SIEM n'aura donc qu'un faible impact sur la possibilité pour la nouvelle entité de peser sur ce marché.

20. Ensuite, si la société Le Froid est fondée à soutenir que la société GBNC détiendra un fort pouvoir de marché compte tenu de sa position très dominante sur le marché de la bière et disposera d'une marque à forte notoriété unanimement connue des consommateurs calédoniens et pourrait utiliser ce levier pour augmenter ses ventes de BGSA et de boissons rafraîchissantes sans alcool (BRSA), il demeure que les deux-tiers des ventes de boissons au sein du segment GMS reposent sur deux acteurs principaux de la distribution qui sont dès lors en position de riposter à toutes manœuvres commerciales tendant à imposer une catégorie de produits. De plus, la société Le Froid dispose également de la possibilité de riposter à toutes stratégies d'éviction du marché au sein du segment CHD compte tenu de sa gamme de produits plus larges que celle de la société GBNC et de l'exclusivité de la distribution de la BGSA de marque 'Coca-cola'. Les branches doivent être écartées.

21. La société Le Froid soutient enfin que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pas analysé la totalité des effets congloméraux en ignorant les effets de gamme. Les effets congloméraux peuvent intervenir dès lors qu'un acteur a une position forte sur au moins un marché, en l'occurrence les eaux en bouteille, que ses concurrents ne disposent pas d'une gamme aussi complète et que l'étendue de cette gamme peut servir d'argument de vente. Si la société GBNC s'est engagée à ne pas recourir au procédé de la vente couplée au sein du segment TRAD, elle n'a pas renoncé à la possibilité de faire des remises de couplage ou de gamme. Avec les Eaux du Mont-Dore, elle sera la seule susceptible de proposer des gammes incluant de l'eau en bouteille, de la bière et des boissons rafraîchissantes sans alcool (BRSA) et des boissons gazeuses sans alcool (BGSA) et pourra utiliser l'effet de levier du positionnement des eaux du Mont-Dore pour placer ses autres produits.

22. Toutefois, ainsi que le soutient la Nouvelle-Calédonie, il demeure que la société Le Froid dispose d'une gamme de produits plus étendue que la société GBNC, incluant de l'eau en bouteille, de la bière et des boissons rafraîchissantes sans alcool (BRSA) et des boissons gazeuses sans alcool (BGSA), et pourrait riposter à toutes manœuvre d'éviction du marché sur tous les segments identifiés. De plus, l'engagement de la société GBNC de ne pas recourir à des procédés de vente liée ou couplée, qui ont pour vocation de profiter de l'attrait d'un ou de plusieurs produits pour augmenter la part de marché des produits dont l'achat est rendu nécessaire, paraît suffisant pour éviter la mise en œuvre de pratiques visant à restreindre la concurrence au sein du segment TRAD. La branche du moyen ne peut être accueillie.

23. La société Le Froid soutient que l'opération ne peut être autorisée qu'à la condition que la société GBNC s'engage également à séparer les fonctions commerciales en confiant la distribution des eaux du Mont-Dore à une entité juridique distincte de ses autres activités de distribution et de commercialisation ou à la société Rabot. Toutefois, l'opération de prise de contrôle prévoit de maintenir l'existence de la SIEM et donc d'une entité juridique distincte. De plus, confier à la société Rabot la distribution de la totalité de la production de la SIEM

reviendrait à conférer à cette société une position de quasi monopole de la distribution des eaux embouteillées sur toute la Nouvelle-Calédonie. La branche est écartée.

24. Il résulte de tout ce qui précède que la société Le Froid n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêté du 26 janvier 2018 autorisant la société GBNC à prendre le contrôle exclusif de la SIEM.

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

25. 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* ».

26. Ces dispositions font obstacle aux conclusions dirigées contre la Nouvelle-Calédonie qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. La société Le Froid versera la somme de 200 000 francs CFP, chacune, à la Nouvelle-Calédonie et à la société GBNC au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête susvisée de la société Le Froid est rejetée.

Article 2 : La société Le Froid versera la somme de 200 000 francs CFP, chacune, à la Nouvelle-Calédonie et à la société GBNC au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens.