



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2020-PAC-02 du 7 septembre 2020

relative à des pratiques mises en œuvre par la société Ysco SA dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie

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

Vu le courrier du 9 avril 2019, enregistré le 10 avril 2019, par lequel la société Etablissements Bargibant (ci-après, « la société Bargibant ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par les sociétés Ysco SA (ci-après « la société Ysco ») et Serdis SAS (ci-après « la société Serdis) dans le secteur des glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie. Cette saisine a été enregistrée sous le numéro 19-0011PCR ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son titre II « *Des pratiques anticoncurrentielles et des situations soulevant des préoccupations de concurrence* » et ses articles Lp. 421-1 et suivants ;

Vu le communiqué de procédure n° 2019-02 du 21 mai 2019 relatif à la procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le procès-verbal d'audition des représentants de la société Ysco du 28 août 2019 dans lequel ils sollicitent le bénéfice de la procédure d'engagements ;

Vu la décision de la Rapporteuse générale du 20 janvier 2020 procédant à la disjonction du dossier enregistré sous le numéro 19-0011PCR en deux dossiers distincts portant les numéros 20/0008F (Ysco SA) et 20/0009F (Serdis SAS) ;

Vu la note d'évaluation préliminaire des préoccupations de concurrence à l'égard de la société Ysco exprimées par le service d'instruction en date du 28 février 2020 ;

Vu la proposition d'engagements de la société Ysco du 21 avril 2020 et sa mise en ligne sur le site internet de l'Autorité pour un test de marché le 28 avril 2020 ;

Vu la proposition d'engagements de la société Ysco modifiée présentée au cours de la séance du 29 juillet 2020 ;

Vu la décision n° 20-DSA-06 du 25 juin 2020 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Serdis ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, la rapporteure, et les représentants des sociétés Bargibant et Ysco entendus lors de la séance du 29 juillet 2020, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué et excusé ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

La société Bargibant a déposé une plainte contre la société Ysco, producteur belge de glaces industrielles de premier prix, pour refus de vente en raison de la mise en œuvre d'une pratique d'exclusivité d'importation en Nouvelle-Calédonie au bénéfice d'un autre importateur-grossiste, en contradiction avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Au cours de leur audition du 28 août 2019, les représentants de la société Ysco ont confirmé avoir une relation d'exclusivité avec la société Serdis, grossiste-importateur et avoir refusé d'honorer certaines commandes de la société Bargibant en raison de ce partenariat privilégié. Puis, ils ont immédiatement fait part de leur souhait de mettre en œuvre une procédure d'engagements prévue au I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce. A l'inverse, au cours de leur audition du 23 juillet 2019, les représentants de la société Serdis ont nié l'existence de tout accord d'exclusivité et de toute relation commerciale privilégiée avec la société Ysco.

Les deux cas ont donc été disjoints, la société Ysco acceptant de proposer des engagements et d'apporter les éléments de preuve caractérisant l'existence d'une relation commerciale actuelle avec la société Serdis lui accordant l'exclusivité de la distribution de glaces de marque Ysco, tandis qu'une notification de griefs a été adressée à la société Serdis.

L'évaluation préliminaire établie après que la société Ysco a pris l'initiative de demander la mise en œuvre d'une procédure d'engagements, confirme l'existence d'un accord non formalisé entre la société Ysco et la société Serdis pour lui accorder l'exclusivité de la distribution de glaces de marque Ysco en Nouvelle-Calédonie et le refus de vente opposé à la société Bargibant afin de respecter cet accord à la demande de la société Serdis. Ces pratiques soulèvent des préoccupations de concurrence car elles sont susceptibles d'avoir porté une atteinte directe à la concurrence sur les marchés de la distribution des glaces en Nouvelle-Calédonie au détriment des autres importateurs-grossistes et des consommateurs.

Selon les dispositions précitées, l'Autorité peut toutefois accepter des engagements si elle considère que ces derniers sont de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence actuelles exprimées dans l'évaluation préliminaire. En l'espèce, compte tenu de la démarche de coopération engagée par la société Ysco dès la prise de connaissance de la plainte et des engagements proposés pour y remédier, améliorés au cours de la séance du 29 juillet 2020, l'Autorité a accepté de clore la procédure à l'encontre de la société Ysco en acceptant les engagements suivants :

- dénoncer, avec effet immédiat, l'exclusivité de sa relation commerciale actuelle avec la société Serdis, à savoir l'exclusivité d'importation des produits de marque Ysco (engagement n° 1) ;
- ne plus accorder, pour l'avenir, aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à tout distributeur ou importateur potentiel établi en Nouvelle-Calédonie qui souhaite vendre des produits d'Ysco en Nouvelle-Calédonie ni ne leur imposer d'obligation de non-concurrence totale ou partielle (engagement n° 2) ;
- insérer, dans ses bons de commande à destination de tout distributeur ou importateur établi en Nouvelle-Calédonie, la mention suivante : « *Conformément aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, la société YSCO SA n'accorde aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie ni aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle* » (engagement n° 3-1) ;
- transmettre à l'Autorité tout projet de contrat entre la société Ysco SA et tout distributeur ou importateur établi en Nouvelle-Calédonie au plus tard un mois avant son entrée en vigueur (engagement n° 3-2) ;
- transmettre annuellement à l'Autorité, durant cinq ans, la liste de ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie, couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre, dans le mois suivant la fin de l'année ainsi que, dans le même délai et pour la même période, sa liste de tarification pour les produits destinés à l'exportation, ses conditions générales de vente et les conditions de vente et d'approvisionnement qui seraient propres à la Nouvelle-Calédonie (engagement n° 3-3) ;
- publier un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* et par courrier au syndicat des importateurs de la Nouvelle-Calédonie le sens de la présente décision (engagement n° 4).

Ces engagements répondent aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire et sont de nature à encourager la concurrence intramarque en permettant désormais à tout distributeur et importateur établi en Nouvelle-Calédonie d'importer des glaces de marque Ysco sur le territoire, sans aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle, sous le contrôle de l'Autorité.

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

Sommaire

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| RESUME | 2 |
| I. CONSTATATIONS | 4 |
| A. La saisine de la société Bargibant | 4 |
| B. Les parties mises en cause | 4 |
| 1. La plaignante : la société Etablissements Bargibant SA..... | 4 |
| 2. La société mise en cause : la société Ysco..... | 5 |
| C. Le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie | 7 |
| D. Les comportements constatés | 10 |
| II. LES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE | 11 |
| A. Les principes applicables | 11 |
| B. L'évaluation préliminaire des pratiques constatées | 13 |
| 1. Les marchés concernés..... | 13 |
| 2. L'existence d'une pratique concertée entre la société Ysco et la société Serdis visant à lui accorder un droit exclusif d'importation sur les produits de marque Ysco..... | 13 |
| 3. Le refus de vente de la société Ysco vient conforter l'existence d'une exclusivité d'importation de fait accordée à la société Serdis..... | 14 |
| 4. La société Serdis nie l'existence d'un accord exclusif d'importation avec la société Ysco..... | 15 |
| 5. La portée de l'exclusivité accordée..... | 17 |
| III. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS | 18 |
| A. L'introduction et le déroulement de la procédure d'engagements | 18 |
| B. Les observations transmises à l'issue du test de marché | 19 |
| C. Sur la pertinence de la procédure d'engagements | 20 |
| D. Sur l'évaluation des engagements présentés par la société Ysco | 22 |
| 1. La dénonciation immédiate de la pratique d'exclusivité d'importation accordée à la société Serdis sur les produits de marque « Ysco »..... | 23 |
| a) Présentation de l'engagement n° 1..... | 23 |
| b) Evaluation de l'engagement n° 1..... | 23 |
| 2. L'absence de toute nouvelle exclusivité de droit ou de fait et de clause de non-concurrence totale ou partielle pour l'avenir de la part de la société Ysco vis-à-vis de tout distributeur ou importateur calédonien..... | 23 |
| a) Présentation de l'engagement n° 2..... | 23 |
| b) Evaluation de l'engagement n° 2..... | 23 |
| 3. Des engagements opérationnels permettant de vérifier la crédibilité de la mise en conformité de la société Ysco au regard de l'interdiction des accords exclusifs d'importation..... | 24 |
| a) Présentation de l'engagement n° 3..... | 24 |
| b) Evaluation de l'engagement n° 3..... | 24 |
| 4. Une communication spécifique de la société Ysco auprès des importateurs et distributeurs calédoniens concernant la cessation de toute relation d'exclusivité d'importation..... | 25 |
| a) Présentation de l'engagement n° 4..... | 25 |
| b) Evaluation de l'engagement n° 4..... | 26 |
| DECISION | 26 |

I. CONSTATATIONS

A. La saisine de la société Bargibant

1. Par courrier du 9 avril 2019, enregistré le 10 avril 2019, la société Bargibant a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par la société Ysco dans le secteur des glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie. Cette saisine a été enregistrée sous le numéro 19-0011PCR¹.
2. La société Bargibant dénonce, tout à la fois, un refus de vente de la part de la société Ysco à son encontre consistant à ne plus « honorer (ses) commandes sur les produits de la marque Ysco » depuis janvier 2019 ainsi qu'un accord exclusif d'importation entre la société Ysco et « un opérateur qui a fait pression sur cette dernière pour [l'] évincer du marché »².
3. En conséquence, la société Bargibant demande à l'Autorité de faire cesser le comportement de la société Ysco du fait de l'existence d'un accord exclusif d'importation au profit d'un grossiste concurrent sur les produits de sa marque³. Elle demande également d'enjoindre à la société Ysco de la livrer dans les meilleurs délais sans les strictes conditions tarifaires des dernières commandes, sous astreinte journalière, et à identifier l'opérateur ayant fait pression sur Ysco pour l'évincer du marché. Elle demande enfin à être indemnisée de façon symbolique à hauteur de 100.000 euros pour les préjudices commerciaux et financiers subis⁴.
4. Au cours de l'instruction, la société Ysco a rapidement indiqué vouloir s'engager dans une démarche de conformité et présenter des engagements dans le cadre de la procédure prévue à l'article Lp. 464-2 du code de commerce⁵.
5. Par décision de la Rapporteur générale en date du 20 janvier 2020, l'affaire initialement enregistrée sous le numéro 19/0011 PCR a été disjointe⁶.

B. Les parties mises en cause

1. La plaignante : la société Etablissements Bargibant SA

6. La société Etablissements Bargibant (ci-après « la société Bargibant ») est une société anonyme immatriculée au R.C.S de Nouvelle-Calédonie depuis 1982⁷.
7. La société Bargibant a une activité de grossiste importateur de produits alimentaires frais et surgelés⁸. En sa qualité de grossiste, la société Bargibant commercialise des biens de consommation alimentaires qu'elle distribue auprès d'une clientèle composée principalement de professionnels (grandes surfaces alimentaires, commerces de détail, boucheries, traiteurs,

¹ Voir la saisine de la société Bargibant du 9 avril 2019 (annexe 4 cotes 7 à 10).

² *Ib idem.*

³ *Ib idem.*

⁴ *Ib idem.*

⁵ Voir le courriel du 3 mai 2019 (annexe 24) et le procès-verbal d'audition des représentants de la société Ysco en date du 28 août 2019 (annexe 16 cotes 48-55).

⁶ Voir la décision de disjonction du 20 janvier 2020 (annexe 1, cotes 1-2).

⁷ Voir l'extrait K-bis de la société Bargibant (annexe 17 cotes 56-59).

⁸ Selon son extrait K-Bis, la société Etablissements Bargibant a pour activité : « l'importation, la représentation et la vente en gros, demi-gros de denrées et produits surgelés et congelés » (annexe 17 cote 57).

collectivités) et plus marginalement auprès de particuliers par le biais d'un point de vente de détail jouxtant les locaux administratifs situés à Ducos. Ce point de vente de détail représente 5 à 6 % de son chiffre d'affaires⁹.

8. Dans sa plainte, la société Bargibant indique être « *un opérateur historique et majeur dans le secteur des surgelés et des glaces en Nouvelle-Calédonie, avec la capacité logistique la plus importante du territoire. La société Bargibant vend aux hypermarchés et supermarchés, aux commerces indépendants, à la restauration classique et collective et constitue le premier importateur en froid négatif de Nouvelle-Calédonie, devant ses concurrents Nouméa Surgelés, Socalait, Serdis.* »¹⁰.
9. La société Bargibant précise qu'elle « *a introduit en Nelle Calédonie les glaces Ysco il y a plus de 20 ans, via la société Foods SA (agent export basé à Paris), notamment pour les périodes de fin d'années (bûches), puis depuis 2008 a importé directement de la société Ysco des containers complets 40' départ usine, notamment en période de fin d'année. Nos commandes chez Ysco, outre les traditionnelles bûches de Noël où Ysco est un opérateur européen majeur dans le créneau 1^{er} prix, ont évolué selon les années en fonction des référencements des produits MDD Leader Price et Casino produites chez Ysco* »¹¹.
10. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 3,4 Md F.CFP au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2017¹².

2. La société mise en cause : la société Ysco¹³

11. La société Ysco SA a été fondée en 1949. C'est une société de droit belge, filiale indépendante du groupe Milcobel, coopérative laitière en Belgique. L'activité de la société Ysco SA concerne la production de glaces. La société Ysco possède deux marques propres, la marque Ysco et la marque Cobana. En Europe, l'essentiel de son activité (98%) concerne toutefois la fabrication de marques de distributeurs (MDD).
12. Sur le site internet de la société Ysco, il est indiqué que la société est aujourd'hui « *dans le top cinq des fabricants de glace européens avec une capacité de production de 200 millions de litres de glace* » au travers de ses deux usines de production : celle de Langemark en Belgique et celle d'Argentan en France.
13. La société Ysco SA contrôle la société Ysco France, ancienne usine du groupe Unilever rachetée par la société Ysco en 2001.
14. Lors de leur audition le 28 août 2019, les représentants de la société Ysco ont ainsi précisé que : « *La société Ysco France fait partie du groupe Milcobel. Milcobel a notamment deux sociétés : Ysco France et Ysco Belgique. Milcobel est une coopérative laitière en Belgique* ». Il a précisé : « *La société Ysco est détenue à 100 % par Ysco Belgique laquelle fait partie du*

⁹ Voir la décision n° 2020-PAC-01 du 25 mai 2020 relative à des pratiques dans le secteur de l'importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie (point 8).

¹⁰ Voir la saisine de la société Bargibant du 9 avril 2019 (annexe 4 cote 8).

¹¹ *Ib idem.*

¹² Un chiffre relativement stable par rapport aux années antérieures (3,3 Md F.CFP en 2016 et 3,5 Md F.CFP en 2015).

¹³ Dans la mesure où la plainte de la société Bargibant à l'encontre des sociétés Ysco et Serdis, enregistrée sous le numéro 19-0011PCR, a fait l'objet d'un traitement distinct en raison de la réaction différente des sociétés mises en cause, seule la société Ysco sera présentée dans la présente décision relative au dossier 20 /0008F (voir annexe 1).

groupe Milcobel »¹⁴.

15. Par ailleurs, interrogés sur la gouvernance au sein de la société Ysco France, ils ont indiqué : « Elle dépend complètement de la société Ysco Belgique. La stratégie commerciale est déterminée en Belgique. Par la direction d'Ysco en collaboration avec Milcobel »¹⁵. Ils ont précisé ensuite que : « Les décisions commerciales et stratégiques pour les produits glaces sont prises au niveau de la direction de la société Ysco N.V, à savoir la société belge. En pratique, ces décisions ne sont pas revues ni modifiées par la société mère, Milcobel C.V.B.A »¹⁶.
16. Les chiffres d'affaires de la société YSCO sur les six dernières années (2013 – 2018)¹⁷ sont repris dans le tableau ci-dessous :

| Année | Chiffre d'affaires (en €) |
|-------|---------------------------|
| 2013 | 211.962.190 |
| 2014 | 224.328.576 |
| 2015 | 256.814.439 |
| 2016 | 268.106.081 |
| 2017 | 270.333.241 |
| 2018 | 266.100.648 |

Source : Ysco

17. S'agissant plus précisément du chiffre d'affaires de la société Ysco réalisé en Nouvelle-Calédonie sur les cinq dernières années (2013-2018), celui-ci est repris dans le tableau ci-dessous :

| Année | Chiffre d'affaires (en €) |
|-------|---------------------------|
| 2013 | 45.103,00 |
| 2014 | 63.591,47 |
| 2015 | 70.789,60 |
| 2016 | 40.935,34 |
| 2017 | 78.762,12 |
| 2018 | 64.387,41 |

Source : Ysco

18. Lors de leur audition, les représentants de la société YSCO ont indiqué que : « ce qui est vendu en Nouvelle-Calédonie l'est par la société SERDIS ou la société BARGIBANT et il s'agit à 99,99% de produits de marque YSCO »¹⁸. Les produits fournis par la société Ysco sont à 98 % des gammes relevant de marques de distributeurs (MDD), destinées aux grandes et moyennes surfaces (GMS), à la restauration et aux collectivités et plus marginalement des produits de la marque « Ysco » et « Cobana ». Ces produits concernent la gamme de références que sont : (i) les bacs de cinq litres, (ii) les bûches de Noël, (iii) les bâtonnés extrudés en gros conditionnement par vingt, (iv) les bâtonnets esquimaux par vingt, (v) les fusées (glaces à l'eau) et (vi) les cônes par seize¹⁹.

¹⁴ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Ysco (annexe 16 cotes 48-55).

¹⁵ *Ib idem*.

¹⁶ Voir annexe 18, éléments complémentaires transmis par la société Ysco le 16 septembre 2019 (cotes 59-94).

¹⁷ *Ib idem*.

¹⁸ Voir annexe 16 cotes 48-55.

¹⁹ Voir le procès-verbal des représentants de la société Ysco (annexe 16 cote 50).

19. La société Ysco a communiqué les statistiques relatives aux ventes de glace de l'entreprise en Nouvelle-Calédonie aux sociétés Bargibant et Serdis pour les années 2017 et 2018 dont il résulte, d'une part, une augmentation du volume malgré une baisse du nombre de références pour l'entreprise Serdis et, d'autre part, et à l'inverse une augmentation du nombre de références mais une baisse du volume pour l'entreprise Bargibant²⁰ :

| Marque Ysco | 2017 | | | 2018 | | |
|------------------|------------------|--------------|------------------------|------------------|--------------|------------------------|
| | Nb de références | Nb de litres | Montant des achats (€) | Nb de références | Nb de litres | Montant des achats (€) |
| Serdis | Confidentiel | Confidentiel | Confidentiel | Confidentiel | Confidentiel | Confidentiel |
| Bargibant | 3 | 18.857 | 24.176 | 12 | 12.663 | 20.189 |

Source : Ysco

20. Interrogés sur les MDD, les représentants de la société Ysco ont indiqué que : « *L'import des produits MDD Casino passait par la société BARGIBANT. On a arrêté de travailler avec le groupe Casino l'année dernière en février ou mars 2018. (...) Aujourd'hui, on commercialise via Serdis et Bargibant uniquement les produits de marques YSCO* »²¹.

C. Le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie

21. Il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine que les produits alimentaires surgelés ou congelés comprennent deux grands familles à savoir : « *d'une part, les produits surgelés ou congelés qui, après décongélation, sont utilisés par le consommateur comme un produit frais, d'autre part, les glaces, crèmes glacées et sorbets qui sont consommés en l'état (...) Il est habituellement opéré une distinction entre, d'une part, la glace artisanale généralement fabriquée et distribuée à petite échelle pour être consommée localement et, d'autre part, la glace industrielle fabriquée pour être distribuée à grande échelle* »²².
22. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence métropolitaine (anciennement dénommé Conseil de la concurrence) a considéré dans sa décision du 26 février 2001 que : « *Le lieu de consommation des glaces alimentaires permet également de différencier la glace consommée à domicile de la glace consommée hors domicile. Concernant la glace consommée hors domicile, les professionnels distinguent la glace consommée en restauration commerciale et collective et celle consommée en plein air* ». Aux termes de cette décision, il est également précisé que : « *La glace consommée à domicile répond à un besoin familial et fait l'objet d'achats pour une consommation ultérieure sous forme d'articles individuels en emballages multiples, de produits en boîtes, de desserts à partager ou en portions* » et que les achats sont principalement effectués dans les grandes et moyennes surfaces²³.
23. S'agissant des spécificités de ce produit, la même décision souligne que : « *Mis à part le cas des ingrédients destinés à fabriquer la glace à l'italienne, la glace est un produit fragile qui doit être conservé à une température basse de - 18° à - 25°C et protégée par un*

²⁰ Voir le tableau des ventes de la société Ysco aux sociétés Bargibant et Serdis (version confidentielle ayant fait l'objet d'une décision de secret des affaires n° 20-DSA-06 du 25 juin 2020) pour les années 2017 et 2018 (annexe 19 cotes 95-96).

²¹ Voir annexe 16.

²² Voir la décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 00-D-82 du 26 février 2001 (annexe 20).

²³ *Ib idem.*

conditionnement spécifique. Dès lors, les conditions de livraison sont soumises à des contraintes techniques et des délais de transport. La livraison des produits aux points de vente est effectuée par des distributeurs spécialisés qui maîtrisent la chaîne du froid. A cette fin, sont utilisés des camions frigorifiques compartimentés, souvent de petite taille, maintenus en froid négatif. Les distributeurs doivent posséder plusieurs camions de manière à pouvoir livrer et réapprovisionner rapidement les produits dans des points de vente dispersés qui, d'une manière générale, ne disposent pas d'une grande capacité de stockage »²⁴.

24. En Nouvelle-Calédonie, l'on retrouve la distinction entre la fabrication de glaces artisanales (L'Atelier Gourmand, Les fraisiers de Païta...) et la fabrication de glaces industrielles. De la même manière, il est pertinent de distinguer la glace consommée à domicile et la glace consommée hors domicile dans les restaurants ou en collectivités (RHD).
25. Il existe deux producteurs locaux de glaces industrielles : la société Switi²⁵ et la société Mikonos²⁶.
26. L'importation de glaces industrielles est également possible mais elle impose des agréments d'hygiène relatifs aux conditions de stockage et de livraison des produits alimentaires à température régulée. Lors de leur audition, les représentants de la société Serdis ont confirmé que l'une des difficultés porte « *sur la température des conteneurs à maintenir car les glaces sont délicates -aux environs de -22°* »²⁷.
27. En outre, la production locale de glaces industrielles bénéficie de mesures de régulation de marché destinée à écouler prioritairement les produits locaux par rapport aux produits importés jusqu'au 5 février 2024, ce qui vient constituer une forte barrière à l'entrée sur le marché et qui limite la concurrence des glaces importées sur le territoire.
28. Ainsi, les glaces d'une contenance supérieure à 250 ml sont protégées par des mesures d'interdiction d'importation, toute origine et provenance (STOP) ou en provenance de pays hors de l'Union européenne (SHUE) tandis que les glaces d'une contenance inférieure à 250 ml ne peuvent être importées que dans la limite d'un contingent global de 7 tonnes par an (QTOP), comme le montre le tableau ci-après.

²⁴ Voir la décision n°00-D82 du 26 février 2001 précitée.

²⁵ Voir l'extrait K'bis de la société Switi dont l'activité mentionnée est : « *Fabrication de crèmes glacées, commerce de gros de crèmes glacées, sorbets aux fruits. Vente au détail de produits surgelés* » (annexe 29 cotes 151-153). Sur son site, il est en outre indiqué : « *La Société Switi, (...) est spécialisée dans la fabrication de glaces, de crèmes glacées, de sorbets, de bâtonnets et de cornets (...) En 2014, afin de poursuivre son développement dans le marché de la glace et compléter sa gamme avec un produit « Premium », Switi a racheté la marque La Sorbetière et en fabrique ainsi des crèmes glacées et les sorbets disponibles chez les glaciers La Sorbetière et en magasin* ».

²⁶ Voir l'extrait K'bis de la société Mikonos (annexe 30 cotes 154-156). La société Mikonos SARL produit des crèmes glacées sous licence Miko et importe également les glaces Miko : Cornetto, Carte d'Or, Magnum. Elle est détenue conjointement par les sociétés Socalait et Nouméa Surgelés à hauteur de 49,58% chacune.

²⁷ Voir annexe 7.

Mesures de régulation de marché dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie

| N° TD | MARCHANDISES | MESURES | OBSERVATIONS ET SPECIFICATIONS COMPLEMENTAIRES | DATE DE FIN DE LA MESURE | REFERENCE REGLEMENTAIRE |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|------------------------------------------------|--------------------------|-------------------------------------------------------------|
| 2105.00.11 | Glaces de consommation contenant du cacao, présentées en bac d'une contenance ≤ à 250 ml | | | | |
| 2105.00.51 | Autres glaces de consommation présentées en bac d'une contenance ≤ à 250 ml | QUE | 7 tonnes (contingent global) | 05/02/2024 | Article 7 - LP du 06/02/2019 portant régulation des marchés |
| 2105.00.12 | Glaces de consommation contenant du cacao, présentées en bac : | | | | |
| 2105.00.13 | - d'une contenance > à 250 ml ≤ à 1 litre | SHUE | | | |
| 2105.00.19 | - d'une contenance > à 1 litre et ≤ à 2 litres | STOP | | | |
| | - d'une contenance > à 2 litres | SHUE | | | |
| 2105.00.20 | Glaces de consommation contenant du cacao, présentées en cornets ou en cônes | SHUE | | | |
| 2105.00.30 | Glaces de consommation contenant du cacao, présentées en bâtonnets | SHUE | | | |
| 2105.00.40 | Glaces de consommation contenant du cacao autrement présentées | SHUE | | | |
| 2105.00.52 | Autres glaces de consommation, présentées en bac : | | | | |
| 2105.00.53 | - d'une contenance > à 250 ml et ≤ à 1 litre | SHUE | | 05/02/2024 | Article 7 - LP du 06/02/2019 portant régulation des marchés |
| 2105.00.54 | - d'une contenance > à 1 litre et ≤ à 2 litres | STOP | | | |
| 2105.00.55 | - d'une contenance > à 2 litres | SHUE | | | |
| 2105.00.56 | - sorbet d'une contenance ≤ à 250 ml | SHUE | | | |
| 2105.00.57 | - sorbet d'une contenance > à 250 ml et ≤ à 700 ml | SHUE | | | |
| 2105.00.58 | - sorbet d'une contenance > à 700 ml | SHUE | | | |
| 2105.00.60 | Autres glaces de consommation présentées en cornets ou en cônes | SHUE | | | |
| 2105.00.70 | Autres glaces de consommation présentées en bâtonnets | SHUE | | | |
| 2105.00.94 | Autres glaces de consommation présentées sous la forme de fruits givrés autres que noix de coco, oranges et citrons | SHUE | | | |
| 2105.00.99 | Autres glaces de consommation présentées sous d'autres formes | SHUE | | | |

Source : Site de la direction des affaires économiques au [21.01.2020](#)

29. Outre ces mesures de régulation de marché qui limitent la concurrence des glaces industrielles importées, il faut souligner l'existence de pratique d'importation exclusive de certaines marques de glaces par les distributeurs et importateurs locaux. En effet, comme l'avait déjà souligné l'Autorité de la concurrence métropolitaine « *l'étroitesse des marchés ultramarins conduit les entreprises locales à concentrer leurs moyens de production et de commercialisation afin d'accroître leur efficacité productive. Toutefois, ce processus de concentration peut également s'effectuer au détriment de l'intensité concurrentielle* »²⁸.
30. Au cas d'espèce, certaines marques de glaces industrielles ne seraient distribuées que par un seul opérateur en Nouvelle-Calédonie en vertu d'accords plus ou moins formalisés entre les fabricants et les importateurs, à l'instar des produits de marque Ysco²⁹.
31. Lors de l'instruction, la société Ysco a justifié cette pratique, par souci de simplicité et d'efficacité, car elle préfère se limiter à un seul partenaire commercial, à savoir la société Serdis, qui « *peut se concentrer sur (ses) produits, contrairement à Bargibant qui a les marques les plus connues dans son portefeuille* ». Les représentants de la société Ysco ont également souligné que : « *ce n'est que du bon sens commercial. Entre travailler avec une société qui ne fait que sa marque ou travailler avec une société qui fait tous mes concurrents (...) quel est votre choix ?* »³⁰.

²⁸ Voir l'avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 (point 38).

²⁹ Voir le procès-verbal des représentants de la société Serdis : « *De ce que je sais, Bargibant est le seul à importer les marques Hagen Dazs, G7 et la gamme Milka* » (annexe 21). L'instruction n'a toutefois pas permis de confirmer ce dernier point.

³⁰ Voir le courriel de la société Ysco en date du 14 mars 2019 en réponse à une demande d'informations du service d'instruction (annexe 22 cote 119).

32. Outre les sociétés Serdis et Bargibant, les importateurs et distributeurs de glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie sont les sociétés Nouméa Surgelés³¹ et Socalait³² ainsi que les grandes et moyennes surfaces (GMS) qui importent en direct leurs glaces sous marque de distributeur (MDD) en direct *via* leurs centrales d'achats.
33. Selon les représentants de la société Serdis, le marché des glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie est « *un marché atypique cependant il ne régresse pas et est en légère progression. La part de la glace [dans notre chiffre d'affaires] est devenue minime car les GMS s'approvisionnent directement* »³³.
34. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie n'est pas fortement concurrentiel tant en raison des mesures de régulation de marché qui limitent la concurrence intermarques des produits importés qu'en raison de l'existence de pratiques d'exclusivité d'importation entre fabricants européens et importateurs calédoniens qui limitent la concurrence intramarque.

D. Les comportements constatés

35. Dans sa plainte dirigée contre la société Ysco, l'entreprise saisissante dénonce, tout à la fois, une pratique de refus de vente et un accord exclusif d'importation prohibés par les articles Lp. 442-1 et Lp. 421-2-1 du code de commerce³⁴.
36. La saisissante fait valoir que : « *courant janvier 2019, M. A. (directeur des ventes de la société Ysco) a été saisi par une société tierce afin d'écarter la société Bargibant de la commercialisation des produits Ysco, indubitablement motivé par les résultats obtenus par la société Bargibant (...) la logique aurait pourtant voulu que M. A. se réjouisse de la multiplication de ces commandes et le cas échéant d'une éventuelle émulation entre différents distributeurs* ». Elle précise : « *Outre notre incapacité à continuer à proposer les produits à la marque Ysco (...) l'interdiction d'accès à ces volumes, nous empêche, faute de produits suffisants d'être en mesure de commander les produits MDD (...) nos clients chez qui nous avons obtenu des référencements sous marque Ysco seront, soit en rupture, soit contraint de s'adresser au distributeur exclusif, ainsi débarrassé de toute concurrence* »³⁵.
37. Elle demande : « *A faire cesser immédiatement ce refus de vente et ces droits exclusifs d'importation ; à faire délivrer une injonction à livrer (la société Bargibant) dans les meilleurs délais (...); à faire rechercher, au-delà de la société Ysco, l'opérateur qui a fait pression sur cette dernière pour (l') évincer de ce marché ; à être indemnisée (...)* »³⁶.
38. Sur la base de cette plainte accompagnée des pièces annexées au nombre desquelles le courriel de Monsieur A. de la société Ysco daté du 30 janvier 2019 adressé à la société Bargibant portant mention de relations dites « *privilegiées avec un client qui couvre pour (la société Ysco) plusieurs territoires ultramarins dont la Nouvelle-Calédonie* » et précisant : « *Nos accords sont que, lorsqu'il intervient sur un territoire, de ne pas ou plus chercher à avoir un*

³¹ La société Nouméa Surgelés importe les gammes de glaces Magnum et Carte d'or.

³² La société Socalait importe et distribue les gammes de glaces suivantes : Ben & Jerry, Magnum, Carte d'or et Miko.

³³ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Serdis du 23 juillet 2019 (annexe 21).

³⁴ La société Bargibant « *dépose plainte pour refus de vente (...) suite au refus formulé par M. A., Sale Manager Ysco France, dans son email en date du 30 janvier 2019 de ne plus honorer nos commandes sur les produits à la marque YSCO* » (voir annexe 4 cote 9).

³⁵ Voir annexe 4 cotes 9-10.

³⁶ *Ib idem.*

autre distributeur, le temps qu'il implante notre marque de façon pérenne et durable », le service d'instruction de l'Autorité a procédé à plusieurs auditions et demandes d'informations sur la nature des relations commerciales entre les sociétés Serdis, Bargibant et le fabricant de glaces industrielles Ysco.

39. Les éléments recueillis par le service d'instruction ont permis de caractériser un refus de vente auprès de la société Bargibant en raison de droits exclusifs d'importation accordés par la société Ysco à la société Serdis dans le cadre d'un partenariat commercial privilégié, lequel soulève des préoccupations de concurrence au regard des dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

II. LES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE

A. Les principes applicables

40. L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce dispose que : « *Sont prohibés les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ».
41. Cet article est la transposition en Nouvelle-Calédonie de l'article L. 420-2-1 du code de commerce métropolitain qui dispose que : « *Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution [départements et régions d'outremer] et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* »³⁷.
42. L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce est issu de l'article 24 I. de la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie. A l'article 25 IV de cette loi est prévue une entrée en vigueur spécifique pour cette disposition, à savoir le 1^{er} septembre 2013. Cette disposition a été codifiée par l'article 2 de la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 *relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* dans le code de commerce.
43. La forme de l'accord est indifférente (contrat écrit ou non, clauses expresses ou tacites etc.), dès lors que celui-ci a pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises.
44. Ainsi, les stipulations des différents contrats ou accords non formalisés conclus par certains fournisseurs avec des distributeurs implantés en Nouvelle-Calédonie comme des pratiques concertées visant à accorder la distribution à titre exclusif des produits des fabricants à un seul distributeur, sont susceptibles d'être prohibées sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
45. Les droits exclusifs d'importation prohibés par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce peuvent toutefois être exemptés sur le fondement de l'article Lp. 421-4 (IV) du même code, dès lors que : « *les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de*

³⁷ Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite « loi Lurel ».

l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. ». Il incombe alors à l'entreprise qui souhaite bénéficier de cette exemption d'apporter la preuve de la nécessité de consentir de telles exclusivités au regard de ces conditions cumulatives.

46. La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine montre qu'elle a eu, plusieurs fois, l'occasion de faire application des dispositions de l'article L. 420-2-1 du code de commerce métropolitain, principalement dans le secteur des produits de grande consommation. Toutefois, comme elle l'a considéré dans sa décision du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de pièges à termites à base de biocides à La Réunion, aux Antilles et en Guyane, l'article L.420-2-1 du code de commerce métropolitain ne limite nullement l'application de l'interdiction des exclusivités d'importation aux produits de grande consommation³⁸. A défaut d'une restriction expresse inscrite dans la loi, sa portée doit être considérée comme générale.
47. En l'espèce, l'Autorité constate que les préoccupations de concurrence relevées par le service d'instruction concernent le secteur des glaces qui entre dans le champ des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie.
48. Il résulte d'une jurisprudence constante des autorités métropolitaine et européenne que, lorsque l'Autorité examine des pratiques mises en œuvre par des entreprises au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante. Il suffit que le secteur soit déterminé avec assez de précision pour permettre d'apprécier l'incidence des pratiques en cause sur la concurrence³⁹.
49. Par analogie, le même principe directeur prévaut lorsque l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie examine des pratiques mises en œuvre par des entreprises sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
50. En effet, cet article prohibe les « *accords ou pratiques concertées* » qui ont « *pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation* ». Ce type d'accord s'apparente à certaines pratiques de restriction verticales mises en œuvre par des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production qui sont sanctionnées par l'Autorité sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce, qui prohibe les ententes anticoncurrentielles.
51. Il y a lieu de relever que le standard de preuve requis pour l'application de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce est moins élevé que celui exigé en matière de restrictions verticales ou d'abus de position dominante. En effet, l'article Lp. 421-2-1 permet d'établir l'infraction du seul fait de l'existence d'accords ou de pratiques concertées aboutissant à l'octroi de droits exclusifs d'importation sans qu'il soit nécessaire de prouver que les pratiques en cause ont des effets anticoncurrentiels.
52. Il est ainsi consacré l'existence d'infractions *per se*, dont la qualification est indépendante de leur impact présumé, potentiel ou réel sur le fonctionnement de la concurrence. En ce sens, le standard de preuve nécessaire à l'établissement de ces infractions est allégé par rapport à celui

³⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n°18-D-03 du 20 février 2018.

³⁹ Voir décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des articles et gadgets de fantaisie (point 99).

nécessaire à l'application des règles de concurrence *stricto sensu*.

B. L'évaluation préliminaire des pratiques constatées

1. Les marchés concernés

53. En premier lieu, il a été constaté *supra* que le marché des glaces industrielles fabriquées pour être distribuées à grande échelle se structure autour de deux types d'acteurs : les fabricants et les importateurs-distributeurs.
54. La commercialisation de ces glaces (hors fabricants locaux) repose ainsi sur la relation directe qui existe entre les fabricants et les distributeurs locaux établis en Nouvelle-Calédonie assurant l'importation et la distribution de ces produits.
55. En second lieu, les pratiques constatées portent sur l'ensemble du territoire, l'accord exclusif d'importation dénoncé s'exerçant sur toute la Nouvelle-Calédonie⁴⁰.
56. Il résulte de ce qui précède que le marché pertinent aux fins de l'appréciation des pratiques en cause peut être défini comme celui de la fabrication et commercialisation, par les industriels, d'une part, et celui de l'importation et de la distribution par des opérateurs locaux importateurs-distributeurs, d'autre part, de glaces industrielles, en Nouvelle-Calédonie.

2. L'existence d'une pratique concertée entre la société Ysco et la société Serdis visant à lui accorder un droit exclusif d'importation sur les produits de marque Ysco

57. Il ressort de l'instruction que la société Bargibant entretient des relations commerciales avec la société Ysco depuis plus de vingt ans et lui achète directement, depuis 2008, des bûches de marques Ysco et plus généralement différentes gammes de glaces sous MDD, par conteneurs complets de 40 pieds, notamment en période de fin d'année. En 2016 et 2018, la société Bargibant a également commandé sans difficulté des produits de marque « Ysco ».
58. En novembre 2018, la société Bargibant reçoit sa commande (conteneur de 40 pieds de produits Ysco). Le 27 décembre 2018, la société Ysco lui envoie ses offres pour 2019 comprenant notamment toute sa gamme de produits de marque « Ysco ». La société Bargibant donne suite à cette offre et commande un nouveau conteneur de produits de marque Ysco. Néanmoins, les 22 et 29 janvier 2019, la société Ysco informe la société Bargibant qu'elle ne peut lui commander ces produits en raison d'un accord d'exclusivité avec un tiers installé en Nouvelle-Calédonie. Malgré plusieurs relances de la société Bargibant, la société Ysco n'a jamais livré cette commande.
59. Ainsi, dans un courriel du 22 janvier 2019, la société Ysco indique à la société Bargibant : « *En ce qui concerne la marque Ysco nous vous informons que nous avons accordé l'exclusivité de cette marque à notre partenaire sur place* »⁴¹.
60. Le caractère exclusif de cette relation commerciale avec un distributeur local sur les produits de marque « Ysco » et « Cobana » est d'ailleurs confirmé dans le courriel du 29 janvier 2019

⁴⁰ Voir annexe 23, mail du 22 janvier 2019 de Mme E. (de la société Ysco) en réponse à une demande pour une nouvelle commande de la société Bargibant.

⁴¹ Voir le courriel du 22 janvier 2019 de Mme E. (de la société Ysco) en réponse à une demande pour une nouvelle commande de la société Bargibant (annexe 23 cote 125).

de la société Ysco adressé à la société Bargibant aux termes duquel il est mentionné : « *Nous (la société Ysco) avons des relations privilégiées avec un client qui couvre pour nous plusieurs territoires ultra-marins, dont la Nouvelle-Calédonie. Nos accords sont que, lorsqu'il intervient sur un territoire, de ne pas ou plus chercher à avoir un autre distributeur, le temps qu'il implante notre marque de façon pérenne et durable. En conséquence, nous avons décidé de ne plus commercialiser la marque Ysco sur ces territoires, avec d'autres sociétés, qui n'ont pas la même régularité et antériorité dans les appros. Nous regrettons, mais il nous appartient encore de décider de nos distributeurs sur la zone export. Vous pouvez continuer de vous approvisionner auprès de notre société pour des produits Casino, mais il ne nous sera plus possible à l'avenir de commercialiser les marques Ysco ou Cobana avec votre société.* »⁴².

61. A la demande de précisions quant à l'identité du distributeur de la société Ysco en Nouvelle-Calédonie, les représentants de cette entreprise ont répondu, lors de leur audition, qu'il s'agit de la société Serdis et ont précisé : « *La société Ysco a une exclusivité avec Serdis. C'est une stratégie commerciale de « common sens » sur une petite île* »⁴³.
62. La société Ysco a ajouté être en relations commerciales avec la société Serdis depuis l'année 2013 : « *Nous considérons que Serdis est un partenaire privilégié puisque (i) nous avons des bonnes relations commerciales avec Serdis depuis 2013, (ii) Serdis passe des commandes régulièrement (mensuellement), et (iii) Serdis peut se concentrer sur nos produits* »⁴⁴.
63. Or, si la société Bargibant a pu s'approvisionner auprès de la société Ysco en produits de marque Ysco, en 2016, puis de juin 2018 jusqu'à fin 2018⁴⁵, il s'agissait pour la société Ysco d'une « *erreur* ». En effet, il ressort des éléments complémentaires transmis au service d'instruction par la société Ysco en mai 2019 que, selon cette même entreprise, la société Bargibant : « *a été livrée des produits-glaces de la marque Ysco les deux dernières années par erreur* » (Soulignement ajouté)⁴⁶.
64. En conséquence, il y a lieu de relever l'existence d'une pratique concertée entre les sociétés Ysco et Serdis portant sur l'octroi de droits exclusifs d'importation à la société Serdis sur les glaces de marque Ysco et Cobana depuis 2013, et ce bien que la société Bargibant ait pu être ponctuellement livrée dès lors que la société Ysco reconnaît que les livraisons effectuées l'ont été par erreur.

3. Le refus de vente de la société Ysco vient conforter l'existence d'une exclusivité d'importation de fait accordée à la société Serdis

65. L'instruction a permis d'établir la chronologie du refus de vente opposé par la société Ysco à la société Bargibant en raison des droits exclusifs d'importation accordés à la société Serdis.
66. En effet, il ressort des informations complémentaires, transmises le 23 janvier 2020, par la société Ysco, que, suite au constat par la société Serdis que des produits Ysco étaient vendus par la société Bargibant, la société Serdis (par l'intermédiaire de Monsieur D.) a demandé à la société Ysco (Madame E. et Monsieur A.) si la société Serdis restait le distributeur exclusif

⁴² Voir le courriel de M. A. de la société Ysco à M. B. de la société Bargibant en date du 29 janvier 2019 (annexe 23 cote 123)

⁴³ Voir annexe 2.

⁴⁴ Voir annexe 22 cotes 118-121.

⁴⁵ Voir annexe 7 cote 20, annexe 10 cotes 34-36 et annexe 12 cote 40.

⁴⁶ Voir le courriel de M. C. adressé le 03-05-2019 en réponse à une demande d'informations au service d'instruction (annexe 24 cote 128).

des produits Ysco, dans un courriel du 12 novembre 2018.

67. Par courriel du 22 novembre 2018, la société Ysco a confirmé cette exclusivité au profit de la société Serdis concernant le territoire de la Nouvelle-Calédonie, tout en expliquant que la société Bargibant avait été livrée par erreur du fait que Madame E. ignorait cette exclusivité : *« Je vous ai effectivement accordé l'exclusivité sur la Nouvelle Calédonie, mais j'ai oublié de le préciser à Nicole lors de sa mise en service. Recevant une commande de Bargibant, [Mme E.] l'a effectivement traitée, et malheureusement maintenant la marchandise est sur place et je ne peux plus rien y changer. A l'avenir je m'engage à ce que nous ne traitions plus les commandes de Bargibant. Regrettant cet incident, j'espère que nous conserverons votre confiance à l'avenir. »*⁴⁷ (soulignement ajouté).
68. La société Bargibant a adressé le 16 janvier 2019 une commande relative à des glaces de marques MDD Casino et Ysco à la société Ysco. Cette commande a été refusée le 22 janvier 2019 par la société Ysco au motif *« que nous avons accordé l'exclusivité de cette marque à notre partenaire sur place »*⁴⁸.
69. La société Bargibant a répondu à ce courriel le même jour en dénonçant cette pratique d'exclusivité d'importation et en soulignant son caractère anticoncurrentiel au regard de la jurisprudence récente de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie⁴⁹.
70. Par courriel du 29 janvier 2019, la société Ysco a confirmé, à nouveau, l'existence d'un accord d'exclusivité ne permettant plus d'autoriser la société Bargibant à importer et distribuer des glaces de marque Ysco⁵⁰. Par courriel du 3 avril 2019⁵¹, la société Bargibant a demandé à la société Ysco de reconsidérer sa position et d'honorer ses commandes relatives aux glaces de marque Ysco compte tenu du droit applicable en Nouvelle-Calédonie, mais cette demande est restée sans réponse depuis.
71. En conséquence, il est établi que depuis janvier 2019, la société Ysco a opposé un refus de vente à la société Bargibant en raison de l'accord d'exclusivité d'importation dont la société Serdis bénéficie.

4. La société Serdis nie l'existence d'un accord exclusif d'importation avec la société Ysco

72. Il y a lieu de relever que les représentants de la société Serdis ont été interrogés sur le point de savoir si cette entreprise bénéficie d'une exclusivité d'importation avec la société Ysco, ce à quoi il a été répondu : *« Il n'y a pas d'exclusivité. Nous n'avons pas de contrat d'exclusivité et nous n'avons aucun accord commercial. Cela ne signifie rien pour nous puisque vous trouvez des produits Ysco chez Bargibant dans son showroom et dans les rayons des GMS »*⁵².

⁴⁷ Voir les échanges de courriels entre M. A. de la société Ysco à M. D. de la société Serdis en date du 21 et 22 novembre 2018 (annexe 27 cote 144).

⁴⁸ Voir courriel de Mme E., de la société YSCO, à M. B., de la société Bargibant, en date du 22 janvier 2019 (annexe 23 cote 125)

⁴⁹ Voir le courriel de M. B., de la société Bargibant, à Mme E. et M. A., de la société Ysco, en date du 22 janvier 2019 (annexe 23 cote 124).

⁵⁰ Voir le courriel de M. A., de la société Ysco, à M. B., de la société Bargibant, en date du 22 janvier 2019 (annexe 23 cote 123)

⁵¹ Voir le courriel de M. B., de la société Bargibant, à Mme E. et M. A., de la société Ysco, en date du 3 avril 2019 (annexe 26 cote 142).

⁵² Voir le procès-verbal des représentants de la société Serdis (annexe 21).

73. Or, les éléments complémentaires transmis par la société Ysco au service d’instruction le 24 janvier 2020 viennent infirmer les déclarations de la société Serdis et démontrent l’existence d’un accord non formalisé entre les deux sociétés pour accorder à la société Serdis l’exclusivité d’importation et de distribution des produits de marque Ysco sur le territoire calédonien.
74. En effet, ces éléments complémentaires montrent que le 12 novembre 2018, la société Serdis a contacté la société Ysco pour lui signifier sa surprise de trouver des produits Ysco chez un concurrent dans les termes suivants : « nous sommes quelque peu surpris de trouver en Nouvelle-Calédonie les produits Ysco vendus par notre concurrent Bargibant. Les territoires et marchés étant restreints, nous avons convenu par le passé avec Joke Vandewalle d’une exclusivité pour Serdis » (Soulignement ajouté)⁵³.
75. Comme le note la société Bargibant dans ses observations⁵⁴, ce courriel démontre en outre que la société Serdis disposait d’informations confidentielles sur les tarifs accordés par la société Ysco à la société Bargibant puisque la société Serdis s’est appuyée sur une capture d’écran du fichier client de la société Ysco présentant ses tarifs de vente en gros auprès de la société Bargibant en 2018 pour demander à la société Ysco si son exclusivité était toujours en vigueur⁵⁵.
76. Par courriel du 22 novembre 2019, la société Ysco a confirmé à la société Serdis l’existence d’une exclusivité en ces termes : « Je vous ai effectivement accordé l’exclusivité sur la Nouvelle Calédonie » (Soulignement ajouté)⁵⁶.
77. La société Serdis a ensuite remercié la société Ysco en ces termes : « Nous vous remercions pour votre confiance, et notons le fait que les produits Ysco ne seront prochainement plus présents chez notre concurrent Bargibant et de nouveau proposés en exclusivité à Serdis »⁵⁷ (Soulignement ajouté).
78. En conclusion, il ressort de l’instruction que, contrairement aux déclarations de la société Serdis, la société Ysco lui a accordé des droits exclusifs d’importation pour ce qui concerne les produits de sa marque sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie depuis l’année 2013. En outre, la société Ysco a opposé un refus de vente à la société Bargibant en janvier 2019 motivé par l’intervention de la société Serdis aux fins de voir appliquer à son profit l’accord exclusif d’importation prohibé.
79. Cette pratique d’exclusivité d’importation s’est prolongée après l’entrée en vigueur de la prohibition des accords et pratiques concertées visant à accorder des droits exclusifs

⁵³ Voir le courriel de M. D., du service des achats de la société Serdis, adressé à Mme E. et M. A. de la société Ysco en date du 12 novembre 2018 (annexe 27 cotes 145 – 146).

⁵⁴ Voir les observations de la société Bargibant (annexe 36 cote 187).

⁵⁵ Voir le courriel de M. D., de la société Serdis, à M. A. et Mme E. en date du 21 novembre 2018 (annexe 27 cote 146).

⁵⁶ Voir annexe 13, courriel de M. A. de la société Ysco à M. D. de la société SERDIS en date du 22 novembre 2018.

⁵⁷ Voir le courriel de M. D., de la société Serdis, à M. A. et Mme E. en date du 21 novembre 2018 (annexe 27 cote 131).

d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprise, le 24 février 2014⁵⁸, et est toujours en vigueur.

5. La portée de l'exclusivité accordée

80. L'instruction a confirmé que la société Serdis bénéficie d'une exclusivité d'importation sur les glaces de marque Ysco. Comme vu *supra*, le fait que la société Bargibant ait pu être ponctuellement livrée en glaces de cette marque résulte d'erreurs internes de la société Ysco⁵⁹.
81. L'exclusivité accordée par la société Ysco à la société Serdis concernant l'importation et la distribution des glaces de marque Ysco empêche l'exercice du libre jeu de la concurrence entre distributeurs susceptibles d'importer des glaces de cette marque. Cette situation a des effets d'autant plus graves que le marché de l'importation et de la distribution de glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie se caractérise par d'importantes barrières à l'entrée résultant de mesures de régulation de marché en vigueur jusqu'au 5 février 2024.
82. En outre, la société Bargibant soutient que « *l'interdiction d'accès [aux produits Ysco], l'empêche, faute de produits suffisants, d'être en mesure de commander les produits MDD sur le même site industriel, ce qui [le] pénalise à double titre* ».
83. Elle ajoute, dans ses observations, que : « *outre les pratiques anticoncurrentielles, le refus de vente et l'exclusivité commerciale, l'entente a eu pour conséquence de renchérir le prix des produits Ysco sur le marché Calédonien par un effet mécanique. En effet, les produits Ysco sont des produits 1er prix, de faibles valeurs, mais très volumineux et fragiles. Hormis les aspects sanitaires, de tels produits ne se travaillent pas en LCL [groupage maritime], mais en FCL [conteneur complet]. Lorsque vous les travaillez en LCL, vous devez acquitter des frais de transport jusqu'à l'entrepôt logistique de consolidation, acquitter les frais de cet entrepôt, puis payer la mise à FOB du container, puis le fret, puis les taxes calculées sur la valeur CAF et enfin les frais import et de livraison. Ces frais pour des produits 1er prix excèdent très rapidement la valeur de la marchandise. En face, un concurrent [comme Bargibant] qui importait par 40' complet et par conséquent avec des coûts logistiques maîtrisés, des PR [prix de revient] et des [prix de vente] significativement plus bas. C'est cet écart qui a probablement motivé la demande d'exclusivité [comme le montrerait la capture d'écran des prix de vente en gros d'Ysco à Bargibant]* »⁶⁰.
84. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la société Ysco SA a accordé à la société Serdis SAS des droits exclusifs d'importation sur les produits de marque « Ysco » sur l'ensemble du territoire calédonien depuis 2013 et toujours en vigueur, et que cette pratique soulève des préoccupations de concurrence car elle est susceptible d'avoir porté une atteinte directe à la concurrence intramarque sur le marché de l'importation et de la distribution des glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie.

⁵⁸ L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie est issu de l'article 24 I. de la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie. A l'article 25 IV de cette loi est prévue une entrée en vigueur spécifique pour cette disposition, à savoir le 1er septembre 2013. A noter que l'article 24 I. de la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie a laissé un délai de quatre mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi pour les parties à ces accords ou pratiques pour se mettre en conformité, soit jusqu'au 24 février 2014.

⁵⁹ Voir le courriel de M. A. de la société Ysco à M. D. de la société Serdis, en date du 22 novembre 2018 (annexe 27 cote 131).

⁶⁰ Voir les observations de la société Bargibant, annexe 36 cote 187.

III. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS

85. En application des dispositions de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité dispose de la faculté d'accepter des engagements de la part des entreprises poursuivies si ces engagements sont de nature à mettre un terme rapidement à des préoccupations de concurrence actuelles.

A. L'introduction et le déroulement de la procédure d'engagements

86. Contactée par le service d'instruction de l'Autorité le 23 avril 2019 dans le cadre de la plainte déposée par la société Bargibant le 10 avril 2019, la société Ysco a reconnu, par courriel du 3 mai 2019, avoir cessé ses relations commerciales avec la société Bargibant et n'avoir plus qu'un seul distributeur en Nouvelle-Calédonie, à savoir la société Serdis, au motif qu'elle : « *privilège des relations commerciales avec des partenaires qui s'investissent dans la distribution des produits-glaces de la marque Ysco. Ceci implique que de facto Ysco préfère travailler avec des distributeurs qui (i) peuvent démontrer qu'ils ont une expérience dans la distribution des produits alimentaires auprès des magasins de détail, (ii) qui peuvent consacrer un effort crédible au développement de notre marque à savoir qu'ils ont un nombre limité de marques de produits-glaces en portefeuille, (iii) qui placent des commandes régulièrement pendant l'année, et (iv) qui offrent aux consommateurs une gamme complète de tous nos produits-glaces de la marque Ysco* ». Elle a précisé qu'elle « livrera chaque distributeur qui remplit les quatre conditions susmentionnées Si votre autorité de la concurrence le souhaite, Ysco est prêt à offrir ceci comme engagement formel ». Elle a conclu en précisant : « Pour Ysco, il est primordial que toutes les activités de l'entreprise soient exercées dans le respect strict et total de toute réglementation de concurrence en vigueur » (Soulignement ajouté).
87. Au cours de leur audition du 28 août 2019, les représentants de la société Ysco n'ont pas contesté l'existence d'une relation d'exclusivité avec la société Serdis sur les produits de marque Ysco et le refus de vente auprès de la société Bargibant considérant que cette pratique relève du « *common sense* ». Ils ont néanmoins précisé que les quatre conditions de distribution mentionnées dans leur réponse du 3 mai 2019 ne sont pas prévues par leurs conditions générales de vente et ont manifesté leur intention de s'engager dans une démarche de conformité et une procédure d'engagements en apportant à l'Autorité tous les éléments nécessaires.
88. C'est dans ce cadre que la société Ysco a transmis à l'Autorité, le 24 janvier 2020, tous ses échanges de mails avec la société Serdis et la société Bargibant depuis octobre 2018 afin de permettre au service d'instruction de l'Autorité d'évaluer l'existence de préoccupations de concurrence, et dans l'affirmative, de permettre à la société Ysco d'y mettre fin par la voie de la procédure d'engagements⁶¹.
89. Sur la base de l'ensemble des éléments recueillis au cours de l'instruction, la rapporteure générale a transmis, le 2 mars 2020, aux sociétés Ysco et Bargibant ainsi qu'au commissaire du gouvernement, une note préliminaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie concluant à l'existence de préoccupations de concurrence en raison de l'exclusivité d'importation accordée à la société Serdis, en indiquant à la société

⁶¹ Voir les éléments transmis à l'Autorité le 324 janvier 2020 (annexe 25).

Ysco qu'elle devait formaliser ses propositions d'engagements au plus tard le 3 avril 2020.

90. Le 2 avril 2020, la société Ysco a envoyé au service d'instruction sa proposition d'engagements. Par courriel du 6 avril 2020, le service d'instruction a demandé des compléments concernant le formalisme de la présentation des engagements proposés le 2 avril 2020.
91. A l'issue d'une phase de discussion avec le service d'instruction, une proposition finalisée et signée a été transmise à l'Autorité le 21 avril 2020⁶², avant la mise en ligne de ces engagements sur le site internet de l'Autorité le 28 avril 2020 pour un test de marché d'une durée d'un mois⁶³.
92. En outre, les parties ont eu accès au dossier et ont pu présenter des observations écrites avant la séance.
93. Dans le cadre de la séance du 29 juillet 2020, et après avoir entendu les observations de la société Bargibant, l'Autorité a invité la société Ysco à modifier sa proposition d'engagements pour lever toute préoccupation de concurrence.
94. Une version finale des engagements de la société Ysco, répondant aux propositions de modification du collège, a été transmise à l'Autorité après une suspension de séance, par courrier daté et signé du 29 juillet 2020⁶⁴.

B. Les observations transmises à l'issue du test de marché

95. Seule la société Bargibant, plaignante, a adressé des observations au service d'instruction le 5 mai 2020 par courriel⁶⁵.
96. En premier lieu, la plaignante fait valoir que la société Ysco ne l'a toujours pas contactée et qu'elle n'a pas pris de disposition pour rétablir la concurrence sur ce secteur malgré la procédure d'engagements qu'elle aurait sollicitée en août 2019, ce qui aurait pu établir la sincérité de sa démarche. Elle estime que cette situation lui a causé un préjudice d'autant plus grave en raison de son exclusion des opérations de fin d'année 2019 alors que la société Ysco est un acteur majeur des bûches premier prix.
97. En deuxième lieu, la société Bargibant estime que le communiqué devant être publié dans les Nouvelles Calédoniennes au titre de l'un des engagements de la société Ysco ne devrait pas « être noyé dans les annonces légales » et précise que « son contenu ne lui paraît pas intelligible pour le consommateur calédonien ».
98. En troisième et dernier lieu, la société Bargibant conteste le bénéfice de la procédure d'engagements en faveur de la société Ysco qui ne vaut pas reconnaissance de sa pratique délictueuse et qui ne lui permettrait pas d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de cette pratique d'exclusivité d'importation devant l'Autorité. La société plaignante estime que

⁶² Voir la lettre d'engagements de la société Ysco du 21 avril 2020 rappelant le déroulement de la procédure et présentant 5 engagements (annexe 37, cotes 188-191).

⁶³ Ce délai a été prorogé en raison de la crise du Covid-19 en application de la délibération n° 21/CP du 11 avril 2020 portant aménagement des règles et des délais en matière administrative, civile et de procédure civile dans le contexte de l'épidémie de Covid-19.

⁶⁴ Voir la lettre d'engagements de la société Ysco du 29 juillet 2020 présentant 4 engagements (Annexe 57 cotes 257-259).

⁶⁵ Voir les observations de la société Bargibant (annexe 36 cote 185-187).

« quelles que soient les sollicitations de la société Serdis, c'est la société Ysco qui a mis en œuvre les pratiques délictueuses mises en lumière par l'instruction. Il aurait suffi qu'elle oppose une fin de non-recevoir à la société Serdis pour qu'aucune atteinte à la concurrence n'eut été commise, s'agissant d'une société européenne parfaitement au fait du droit de la concurrence. A contrario, la responsabilité d'Ysco ne saurait être écartée, et encore moins absoute ».

C. Sur la pertinence de la procédure d'engagements

99. Etant donné la coopération de la société Ysco et la nature des engagements proposés, le service d'instruction de l'Autorité a considéré que la procédure d'engagements proposée à l'initiative de la société Ysco était en l'espèce une solution plus appropriée que le prononcé de sanctions pécuniaires pour mettre fin aux préoccupations de concurrence et a transmis le dossier au collège de l'Autorité pour qu'il se prononce sur sa proposition d'engagements.
100. En application du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut *« accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles Lp. 421-1, Lp. 421-2 et Lp. 421-2-1. »*
101. Le communiqué de procédure n° 2019-02 relatif à la procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie du 21 mai 2019 définit les objectifs de cette procédure et rappelle notamment qu'il s'agit d'une procédure classique des autorités de concurrence qui *« a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie volontairement, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant. »*
102. Il précise notamment que la procédure d'engagements s'applique à des situations *« qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles et auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements ».*
103. En l'espèce, la société Ysco a fait valoir au cours de la séance qu'elle n'avait pas connaissance de l'interdiction des accords exclusifs d'importation prévue par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie au moment où elle a opposé un refus de vente à la société Bargibant alors que ce type d'accord est autorisé par le droit de la concurrence en vigueur en Belgique comme dans l'ensemble de l'Union européenne.
104. Elle a ajouté qu'à la suite de l'enquête menée par le service d'instruction, elle s'était rapidement manifestée pour coopérer afin de mettre fin à d'éventuelles préoccupations de concurrence par la voie de la procédure d'engagements décrites dans le communiqué de procédure n° 2019-02 précité.
105. Dans ce cadre, elle a transmis au service d'instruction de l'Autorité l'ensemble de ses courriels avec les sociétés Serdis et Bargibant relatifs à la pratique d'exclusivité d'importation qui lui était reprochée par la société Bargibant et a présenté, dans les délais impartis, des engagements crédibles, vérifiables et substantiels pour mettre fin à cette pratique pour l'avenir.
106. La société Ysco a également précisé que si elle n'avait pas repris contact avec la société Bargibant malgré sa demande pour bénéficier de la procédure d'engagements en août 2019, cela résulte du fait que le point 10 du communiqué de procédure n° 2019-02 précité conditionne le bénéfice de cette procédure *« à des situations qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen*

d'engagements » (soulignement ajouté).

107. Au cours de la séance, le service d'instruction de l'Autorité a, pour sa part, confirmé que le communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* pourrait être amélioré mais a principalement rappelé que la procédure d'engagements vise uniquement à rétablir volontairement le jeu normal de la concurrence dans les cas qui s'y prêtent, comme en l'espèce, et qu'il appartient à la société Bargibant, si elle entend obtenir réparation du préjudice subi du fait des préoccupations de concurrence soulevées de saisir le tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie, l'Autorité n'étant pas compétente en la matière.
108. A cet égard, il faut souligner que les juridictions de droit commun ont déjà pris en compte des décisions d'engagements dans le cadre d'actions en responsabilité civile en métropole. Ainsi, en 2014, la cour d'appel de Paris a admis la recevabilité du recours en dommages et intérêts formé par la société DKT pour des pratiques ayant conduit à l'adoption d'une décision avec engagements par l'Autorité de la concurrence métropolitaine et a précisé que « *la procédure d'engagements n'est pas en soi de nature à priver la société de son intérêt à agir* »⁶⁶. De même, en 2017, le Tribunal de grande instance Paris a reconnu la responsabilité d'une entreprise à raison de pratiques anticoncurrentielles soulevées dans le cadre d'une décision d'engagements⁶⁷, jugement confirmé par la cour d'appel de Paris qui a considéré que, si une décision d'acceptation d'engagements constitue, dans la plupart des cas, un simple commencement de preuve, il ne peut être exclu « *qu'elle y trouve des éléments suffisants en soi à fonder la responsabilité de l'opérateur* »⁶⁸.
109. En réponse à l'ensemble de ces observations, l'Autorité confirme, en premier lieu, qu'elle n'est pas compétente pour réparer le préjudice subi par la société plaignante du fait des préoccupations de concurrence constatées au cours de l'instruction et que l'entreprise plaignante peut, le cas échéant, exercer une action en responsabilité devant le tribunal mixte de commerce.
110. L'Autorité constate, en deuxième lieu, que si les représentants de la société Ysco n'avaient peut-être pas connaissance de l'interdiction des accords exclusifs d'importation de droit ou de fait prévue par la réglementation calédonienne le 22 janvier 2019, date du premier refus de vente opposé à la société Bargibant, celle-ci les en a informé par retour de mail du même jour, ce qui ne les a pas conduits à modifier leur comportement.
111. En revanche, il ressort de l'instruction qu'une fois l'enquête engagée, la société Ysco a demandé le bénéfice de la procédure d'engagements dès ses premiers contacts avec le service d'instruction afin de mettre fin à la pratique d'exclusivité d'importation dénoncée par la société Bargibant, contrairement à la société Serdis qui a nié l'existence de toute relation d'exclusivité avec la société Ysco pendant toute la phase d'instruction du dossier.
112. L'Autorité observe en troisième lieu que la société Ysco s'est effectivement placée dans un processus de transparence et de coopération vis-à-vis de l'Autorité en transmettant au service d'instruction tous les éléments de preuve permettant de confirmer l'existence d'une pratique concertée avec la société Serdis visant à lui accorder des droits exclusifs d'importation sur les produits de marque « Ysco », sans lesquels l'Autorité n'aurait pu exiger de mettre fin à cette pratique, les sociétés Serdis et Ysco n'étant liées par aucun contrat d'exclusivité formel et la société Bargibant ayant été livrée en 2016 et 2018 par la société Ysco pour les produits de

⁶⁶ Cour d'appel de Paris, arrêt n° 12/06864.

⁶⁷ TGI Paris, jugement n°15/09129.

⁶⁸ Cour d'appel de Paris, arrêt n°18/4914).

cette marque.

113. En quatrième lieu, l'Autorité rappelle que, comme le souligne le point 9 du communiqué de procédure n° 2019-02 précité, « *Dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public, l'Autorité peut rendre des décisions d'engagements, non pour satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence* ». La cour d'appel de Paris a d'ailleurs confirmé que la procédure d'engagements « *visé, non point à emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes pourraient excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence, mais uniquement à apporter une réponse satisfaisante de l'autorité publique à ces dernières* »⁶⁹.
114. L'Autorité en conclut que les conditions posées par le communiqué de procédure n° 2019-02 pour accorder le bénéfice de la procédure d'engagements à la société Ysco sont réunies s'agissant d'une pratique concertée d'exclusivité d'importation d'une portée limitée (la société Bargibant ayant été livrée ponctuellement), qui n'aurait pu être établie ni être arrêtée à défaut de coopération de la part de la société Ysco.
115. En dernier lieu, l'Autorité entend préciser que contrairement à l'interprétation littérale de la société Ysco, le point 10 du communiqué de procédure n° 2019-02 n'empêche aucunement une entreprise ayant demandé à bénéficier de la procédure d'engagements de mettre fin aux pratiques dénoncées dans les meilleurs délais afin de rétablir au plus vite le jeu de la concurrence, sans attendre l'issue de la procédure devant l'Autorité. En effet, le caractère « actuel » des pratiques susceptibles d'entrer dans le champ de la procédure d'engagements est apprécié au moment où l'entreprise demande au service d'instruction à pouvoir bénéficier de la procédure d'engagements.
116. En l'espèce, la société Ysco aurait donc utilement pu reprendre ses relations commerciales avec la société Bargibant pour atténuer les effets anticoncurrentiels des préoccupations de concurrence soulevées. L'Autorité note néanmoins que la société Bargibant n'a pas non plus tenté de renouveler sa commande auprès de la société Ysco depuis le dépôt de sa plainte en avril 2019, même après la publication de la proposition d'engagements de la société Ysco.

D. Sur l'évaluation des engagements présentés par la société Ysco

117. Au cours de la séance du 29 juillet 2020, après avoir entendu le service d'instruction et les parties, le collège de l'Autorité a demandé à la société Ysco de modifier les engagements initialement proposés pour tenir compte des observations de la société Bargibant et les renforcer substantiellement de façon à rétablir de façon pérenne la concurrence intramarque et intermarques entre les distributeurs de la société Ysco en Nouvelle-Calédonie.
118. La société Ysco ayant accepté les propositions de modifications évoquées au cours de la séance, une nouvelle lettre d'engagements a été envoyée et signée le 29 juillet 2020 à l'Autorité. Elle comporte quatre engagements qui seront présentés et évalués ci-après.

⁶⁹ Cour d'appel de Paris, arrêt du 6 octobre 2009, n° 2006/18379 sur la décision n° 06-D-29 du Conseil de la concurrence. Voir aussi l'arrêt du 24 mai 2013 sur le recours formé contre la décision no 12-D-18, pt 26 : « (...) l'Autorité est saisie *in rem* et n'est pas liée par les demandes et les qualifications des saisissantes. La décision de mettre en œuvre, ou non, la procédure d'engagements n'est donc en aucun cas la décision des parties et, notamment, de la partie saisissante ».

1. La dénonciation immédiate de la pratique d'exclusivité d'importation accordée à la société Serdis sur les produits de marque « Ysco »

a) Présentation de l'engagement n° 1

119. En premier lieu, la société Ysco SA s'engage à communiquer avec effet immédiat à la société Serdis SAS sa dénonciation de l'exclusivité de leur relation commerciale actuelle, à savoir l'exclusivité d'importation des produits de la marque Ysco SA. La société Ysco SA s'engage dès lors à transmettre à l'Autorité ainsi qu'à la société Bargibant SA une copie de cette communication dans les quinze jours de la notification de la décision d'acceptation de l'engagement d'Ysco par le collège de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

b) Evaluation de l'engagement n° 1

120. L'engagement n° 1 vise à mettre fin immédiatement à la situation d'exclusivité prohibée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
121. Dans la mesure où la pratique d'exclusivité visé aux engagements n° 1 constitue en elle-même le fondement de la pratique litigieuse, cet engagement est une étape indispensable pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire et respecter la loi calédonienne.

2. L'absence de toute nouvelle exclusivité de droit ou de fait et de clause de non-concurrence totale ou partielle pour l'avenir de la part de la société Ysco vis-à-vis de tout distributeur ou importateur calédonien

a) Présentation de l'engagement n° 2

122. Par l'engagement n° 2, la société Ysco SA s'engage à ce que, conformément aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, elle n'accorde aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à tout distributeur ou importateur potentiel établi en Nouvelle-Calédonie qui souhaite vendre des produits d'Ysco en Nouvelle-Calédonie.
123. En outre, à la demande de l'Autorité, la société Ysco s'engage à ne leur imposer aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle.
124. Cet engagement n° 2 est pris sans limitation de durée.

b) Evaluation de l'engagement n° 2

125. L'engagement n° 2 s'inscrit dans une démarche de conformité sur le long terme de la société Ysco au regard de l'interdiction des accords exclusifs d'importation en Nouvelle-Calédonie et de l'ouverture du marché.
126. Cet engagement n° 2 va toutefois au-delà de cette obligation légale car la société Ysco accepte de réviser ses critères de distribution qui jusqu'alors imposaient notamment aux distributeurs ou importateurs calédoniens de « consacrer un effort crédible au développement de notre marque à savoir qu'ils [aient] un nombre limité de marques de produits-glaces en portefeuille » et « qui offrent aux consommateurs une gamme complète de tous nos produits-

glaces de la marque Ysco »⁷⁰ (soulignement ajouté).

127. Ces critères de distribution visant à limiter la capacité des importateurs calédoniens à distribuer d'autres marques concurrentes, d'une part, et à leur imposer l'achat de la gamme complète des produits de marque Ysco, d'autre part, constituent une obligation de non-concurrence partielle de nature à restreindre la concurrence sur le marché de la distribution de glaces industrielles importées en Nouvelle-Calédonie. Ces critères avaient d'ailleurs justifié, du point de vue de la société Ysco, la cessation de ses relations commerciales avec la société Bargibant qui ne remplissait pas ces conditions⁷¹.
128. Par l'engagement n° 2, la société Ysco permet donc de rétablir durablement le jeu de concurrence intramarque mais également intermarques sur le marché de la distribution de glaces industrielles importées en Nouvelle-Calédonie en permettant à tout importateur installé en Nouvelle-Calédonie de distribuer les produits de marque Ysco en même temps que d'autres produits-glaces concurrents sans restriction.

3. Des engagements opérationnels permettant de vérifier la crédibilité de la mise en conformité de la société Ysco au regard de l'interdiction des accords exclusifs d'importation

a) Présentation de l'engagement n° 3

129. Par l'engagement n° 3, la société Ysco s'engage à :

– insérer, dans ses bons de commande à destination de toute distributeur ou importateur établi en Nouvelle-Calédonie, la mention suivante : « *Conformément aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, la société YSCO SA n'accorde aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie ni aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle* ». Un exemplaire type de bon de commande sera transmis à l'Autorité dans les 15 jours suivants la notification de la décision de l'Autorité (engagement 3.1) ;

– le cas échéant, transmettre à l'Autorité tout projet de contrat entre la société Ysco SA et tout distributeur ou importateur établi en Nouvelle-Calédonie au plus tard un mois avant son entrée en vigueur (engagement 3.2) ;

– transmettre annuellement, à l'Autorité, durant cinq ans, la liste de ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie, couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre, dans le mois suivant la fin de l'année. Dans le même délai et pour la même période, la société Ysco SA transmettra également sa liste de tarification pour les produits destinés à l'exportation, ses conditions générales de vente et les conditions de vente et d'approvisionnement qui seraient propres à la Nouvelle-Calédonie (engagement 3.3).

b) Evaluation de l'engagement n° 3

130. L'engagement n° 3 vise à s'assurer de la crédibilité de la démarche de conformité de la société Ysco et des engagements pris précédemment pendant une période de cinq ans.

⁷⁰ Voir le courrier de la société Ysco du 3 mai 2019 mentionnant ces conditions de distribution, annexe 24, cotes 127-128.

⁷¹ *Ib idem.*

131. A la demande de l'Autorité, la société Ysco a ainsi accepté de modifier tous ses bons de commandes de façon à rappeler à ses co-contractants établis en Nouvelle-Calédonie qu'elle est tenue de n'accorder aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à ses clients et qu'elle ne peut leur imposer aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle (engagement 3.1).
132. Cet engagement, aisément vérifiable, est crédible et substantiel pour lever les préoccupations de concurrence identifiées au cours de l'instruction.
133. De plus, dans l'hypothèse d'une formalisation des relations contractuelles de la société Ysco avec des importateurs et distributeurs calédoniens, celle-ci s'engage à transmettre tout projet de contrat à l'Autorité au plus tard un mois avant son entrée en vigueur pour lui permettre de vérifier que la société Ysco respecte les engagements n° 1 et 2, et plus généralement, l'ensemble de la réglementation calédonienne (engagement 3.2).
134. Cet engagement confirme que la société Ysco s'inscrit dans une démarche de déverrouillage de la concurrence dans le secteur. En conséquence, cet engagement contribue à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.
135. Enfin, en s'engageant à transmettre, chaque année, pendant cinq ans, la liste de ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie ainsi que la liste de tarification pour les produits destinés à l'exportation, ses conditions générales de vente et les conditions de vente et d'approvisionnement qui seraient propres à la Nouvelle-Calédonie, la société Ysco permet à l'Autorité de suivre l'évolution du marché de l'importation des glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie et le rythme d'ouverture à la concurrence des produits de marque Ysco.

4. Une communication spécifique de la société Ysco auprès des importateurs et distributeurs calédoniens concernant la cessation de toute relation d'exclusivité d'importation

a) Présentation de l'engagement n° 4

136. Afin d'informer ses distributeurs ou importateurs potentiels de la cessation de l'exclusivité liant les Ysco SA et Serdis SAS, la société Ysco SA, s'engage à communiquer, dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* ainsi que par courrier au Syndicat des importateurs et distributeurs de Nouvelle-Calédonie, dans le mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la Concurrence, le communiqué suivant :

« Conformément aux engagements pris la société YSCO SA devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de sa décision n° 2020-PAC-02 du 7 septembre 2020, nous vous informons que, la société YSCO SA s'engage à distribuer ses produits sur le territoire calédonien auprès de tous les distributeurs ou importateurs répondant aux conditions de distribution sans aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait ni aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle. Par conséquent, si vous êtes importateur ou distributeur en Nouvelle-Calédonie, vous êtes à présent en mesure, si vous le souhaitez, de commander vous-même les produits de marque YSCO directement auprès de la société YSCO SA. ».

137. A la demande de l'Autorité, la publication dans le journal *Les Nouvelles Calédoniennes* interviendra dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc, en police 12, sous le titre suivant, en caractère gras de police 16 : **« Engagements pris par la société Ysco SAS dans le cadre de la Décision de l'Autorité de la concurrence n° 2020-PAC-02 du 7 septembre**

2020 dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie ».

b) Evaluation de l'engagement n° 4

138. Cet engagement n° 4, dont les termes et le formalisme ont été révisés à la demande de l'Autorité durant la séance, permettent, au-delà du respect de la loi, de favoriser la concurrence en informant les importateurs et distributeurs de glaces industrielles importées en Nouvelle-Calédonie de la possibilité qui leur est faite de bénéficier d'une offre diversifiée auprès de la société Ysco.
139. Cet engagement n° 4 est susceptible de favoriser la concurrence intramarque en permettant à plusieurs importateurs ou distributeurs calédoniens de s'approvisionner auprès de la société Ysco mais également la concurrence intermarques en les informant de la possibilité qui leur est donnée de distribuer désormais des produits de la marque Ysco, en plus des produits d'autres marques dont ils assurent déjà la distribution, sans restriction. Cet engagement n° 4 contribue donc à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.

DECIDE

Article 1^{er} : L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie accepte les engagements pris par la société Ysco, par courrier du 29 juillet 2020, qui font partie intégrante de la présente décision à laquelle ils sont annexés. Ces engagements sont rendus obligatoires à compter de la notification de la présente décision.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Virginie Cramenil de Laleu, rapporteure générale et de Mme Virginie Elissalde, rapporteure, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et M. Robin Simpson, membre de l'Autorité.

Le secrétaire de séance,

La Présidente,



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude-Le Berre

D'ENGAGEMENTS DE LA SOCIÉTÉ YSCO

Saisine 20/0008F

Les sociétés Ysco France SASU (ayant son siège à 53 Avenue de la 2^{ème} D.B, 61200 Argentan, France) et Ysco N.V. (ayant son siège à 114 Fabriekstraat, 9120 Kallo (Beveren), Belgique) (ci-après « **YSCO** ») souhaitent proposer des engagements sur le fondement de l'article Lp.464-2(I) du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, dans le cadre d'une enquête menée par le service d'instruction de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « **L'Autorité** »).

Cette proposition d'engagements répond aux préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité dans sa note d'évaluation préliminaire du 2 mars 2020.

Cette proposition d'engagements ne constitue pas, de la part d'YSCO, une reconnaissance de la violation des dispositions de l'article Lp.421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ni plus généralement des règles de concurrence.

Compte tenu de ce qui précède, YSCO propose les engagements suivants :

1. Dans un premier temps, la société YSCO SA s'engage à communiquer avec effet immédiat à la société SERDIS SAS sa dénonciation de l'exclusivité de leur relation commerciale actuelle, à savoir l'exclusivité d'importation des produits de la marque YSCO SA. La société YSCO SA s'engage dès lors à transmettre à l'autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à la société BARGIBANT SA une copie de cette communication dans les quinze jours de la notification de la décision d'acceptation de l'engagement d'Ysco par le collège de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie.
2. La société YSCO SA s'engage à ce que, conformément aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, elle n'accorde aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à tout distributeur ou importateur potentiel établi en Nouvelle-Calédonie qui souhaite vendre des produits d'YSCO en Nouvelle-Calédonie ni ne leur impose d'obligation de non-concurrence totale ou partielle.
3. Afin d'assurer le caractère vérifiable des engagements pris, la société YSCO SA s'engage à :
 - insérer, dans ses bons de commande à destination de toute distributeur ou importateur établi en Nouvelle-Calédonie, la mention suivante : « Conformément aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, la société YSCO SA n'accorde aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait à ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie ni aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle ». Un exemplaire type de bon de commande sera transmis à l'Autorité dans les 15 jours suivants la notification de la décision de l'Autorité
 - le cas échéant, transmettre à l'Autorité tout projet de contrat entre la société YSCO SA et tout distributeur ou importateur établi en Nouvelle-Calédonie au plus tard un mois avant son entrée en vigueur ;
 - transmettre annuellement, à l'Autorité, durant cinq ans, la liste de ses clients distributeurs ou importateurs établis en Nouvelle-Calédonie, couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre, dans le mois suivant la fin de l'année. Dans le même délai et pour la même période, la société YSCO SA transmettra également sa liste de tarification pour les produits destinés à l'exportation, ses conditions générales de vente et les conditions de vente et d'approvisionnement qui seraient propres à la Nouvelle-Calédonie.



4. Afin d'informer ses distributeurs ou importateurs potentiels de la cessation de l'exclusivité liant les YSCO SA et SERDIS SAS, la société YSCO SA, s'engage à communiquer, dans le quotidien Les Nouvelles Calédoniennes ainsi que par courrier au Syndicat des importateurs et distributeurs de Nouvelle-Calédonie, dans le mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la Concurrence, les termes suivants :

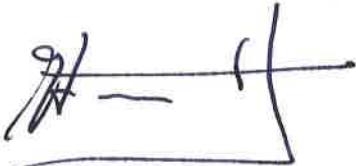
« Conformément aux engagements pris la société YSCO SA devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de sa décision n° 2020-PAC-XX du XX/XX/2020, nous vous informons que, la société YSCO SA s'engage à distribuer ses produits sur le territoire calédonien auprès de tous les distributeurs ou importateurs répondant aux conditions de distribution sans aucune exclusivité d'importation de droit ou de fait ni aucune obligation de non-concurrence totale ou partielle. Par conséquent, si vous êtes importateur ou distributeur en Nouvelle-Calédonie, vous êtes à présent en mesure, si vous le souhaitez, de commander vous-même les produits de marque YSCO directement auprès de la société YSCO SA. ».

La publication dans le journal Les Nouvelles Calédoniennes interviendra dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc, en police 12, sous le titre suivant, en caractère gras de police 16 : « **Engagements pris par la société YSCO SAS dans le cadre de la Décision de l'Autorité de la concurrence n° 2020-PAC-XX dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie** ».

Pour la société YSCO SA

YSCO NV
Melkerijstraat 10
B-8920 Langemark

[Nom du représentant]



B. Van Nieuwborgh
29/7/20