



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2020-PAC-03 du 7 septembre 2020

relative à des pratiques mises en œuvre par la société Serdis SAS 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 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 notification des griefs adressée à la société Serdis par le service d'instruction en date du 27 avril 2020 ;

Vu 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 ;

Vu la proposition d'engagements de la société Serdis du 30 juillet 2020 ;

Vu la déclaration de non-contestation des griefs de la société Serdis et la proposition d'engagements qui l'accompagne du 31 juillet 2020 ainsi que le procès-verbal de non-contestation des griefs du 3 août 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 Serdis entendus lors de la séance du 26 août 2020, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Saisie d'une plainte déposée par la société Bargibant à l'encontre de la société Ysco en raison de refus de vente résultant d'une pratique d'exclusivité d'importation accordée à la société Serdis dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») sanctionne la société Serdis pour avoir sollicité et veillé à la mise en œuvre de cette pratique contraire aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Compte tenu de la non-contestation des griefs notifiés à la société Serdis et de la mise en œuvre de la procédure simplifiée, l'Autorité lui a infligé une amende d'un montant de 20 millions de francs CFP et l'a enjoint à informer par courriel, dans les 15 jours suivant la notification de la présente décision, tous ses fournisseurs extérieurs au territoire de la Nouvelle-Calédonie avec lesquels elle entretient des relations commerciales suivies, du fait qu'en application de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, il est interdit de mettre en œuvre des accords exclusifs d'importation de droit ou de fait au profit d'un distributeur calédonien.

Dans la présente décision, l'Autorité a constaté qu'au cours de leur audition du 23 juillet 2019 et jusqu'au 30 juillet 2020, les représentants de la société Serdis ont réfuté l'existence de toute relation d'exclusivité d'importation avec la société Ysco. En revanche, dès leur audition du 28 août 2019, les représentants de la société Ysco ont confirmé avoir une relation commerciale privilégiée avec la société Serdis les ayant conduits à lui accorder une exclusivité d'importation et à refuser, en conséquence, d'honorer certaines commandes de la société Bargibant à la demande de la société Serdis.

La société Ysco ayant immédiatement fait part de son souhait de mettre en œuvre une procédure d'engagements prévue au I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce et transmis de nombreux éléments probants au service d'instruction de l'Autorité, contrairement à la société Serdis, les deux cas ont donc été disjointes par décision de la rapporteure générale du 20 janvier 2020. Une notification de griefs a été envoyée à la société Serdis le 27 avril 2020 tandis que la société Ysco a pu bénéficier de la procédure d'engagements.

Après avoir pris connaissance du grief notifié et de la décision de la rapporteure générale du 23 avril 2020 de traiter le dossier dans le cadre d'une procédure simplifiée limitant le montant maximum de la sanction pécuniaire à 89,55 millions de francs CFP, la société Serdis n'a pas présenté d'observations écrites et a demandé, le 30 juillet 2020, le bénéfice de la procédure de la « non-contestation des griefs » prévue au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce pour obtenir en contrepartie une réduction de moitié du montant maximum de la sanction encourue. Elle a également proposé des engagements de modifier son comportement pour l'avenir.

Par la procédure de « non-contestation des griefs », la société Serdis a renoncé à contester la réalité de la pratique d'exclusivité d'importation avec la société Ysco visée par la notification des griefs, la qualification qui en a été donnée au regard des dispositions du code de commerce ainsi que sa responsabilité dans la mise en œuvre de cette pratique et ses effets sur le marché. Si la rapporteure générale a accepté, dans un procès-verbal du 3 août 2020, de proposer à l'Autorité d'accorder le bénéfice de cette procédure à la société Serdis, elle n'a pas donné suite à la proposition d'engagements de la société considérant qu'ils n'étaient pas suffisamment substantiels pour justifier une réduction supplémentaire de la sanction pécuniaire encourue.

Aux termes de sa décision, l'Autorité confirme l'analyse du service d'instruction et considère que la pratique d'exclusivité d'importation reprochée à la société Serdis dans le secteur des glaces industrielles (cônes, bâtonnets, petits pots, crèmes glacées conditionnées en bacs de 1, 2, 4 et 5 litres, bâches et sorbets) est une pratique grave ayant pour objet et pour effet de limiter la concurrence sur des produits de grande consommation à bas prix, affectant particulièrement les consommateurs calédoniens à revenu modeste et les collectivités passant des appels d'offres pour la restauration collective.

Cette pratique qui a limité la concurrence intramarque sur le marché des glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie, déjà caractérisé par des barrières à l'entrée affectant la concurrence intermarques a causé un dommage à l'économie certain, en raison de sa durée et des refus de vente effectivement opposés à la société Bargibant, mais qui demeure contenu en raison de la faible part de marché de la société Serdis par rapport à ses concurrents. A cet égard, le chiffre d'affaires de la société Serdis sur le marché de la distribution de glaces industrielles s'élève à 35 millions de francs CFP par an en moyenne (soit moins de 0,5 % de son chiffre d'affaires total) à comparer, à titre d'exemple, à celui de la société Bargibant « huit fois supérieur ».

Compte tenu de la situation individuelle de la société Serdis et de la nécessité de conférer à la sanction pécuniaire un caractère dissuasif, l'Autorité a prononcé une sanction de 20 millions de francs CFP, assortie d'une injonction.

(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	5
1. La plaignante : la société Etablissements Bargibant SA	5
2. La société mise en cause : la société Serdis.....	6
C. Le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie	8
D. Les pratiques constatées	11
1. 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	11
2. Le refus de vente de la société Ysco vient conforter l'existence d'une exclusivité d'importation de fait accordée à la société Serdis.....	13
3. La société Serdis a nié l'existence d'un accord exclusif d'importation avec la société Ysco jusqu'à la notification des griefs	14
4. La portée de l'exclusivité accordée	15
E. Le grief notifié	16
F. La mise en œuvre de la procédure prévue au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce	16
II. Discussion	18
A. Sur le marché pertinent	18
B. Sur le bien-fondé du grief	18
1. Le droit applicable	18
2. L'application au cas d'espèce	20
C. Sur les conséquences de la mise en œuvre du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce	21
D. Sur les sanctions	22
1. Sur les règles applicables	22
2. Application au cas d'espèce	24
a) Sur la gravité de la pratique	24
b) Sur le dommage à l'économie.....	25
c) Sur la situation individuelle de l'entreprise.....	26
DECISION	28

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. Dans sa plainte dirigée contre la société Ysco, l'entreprise saisissante dénonce, tout à la fois, une pratique de refus de vente de la part de la société Ysco et 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 prohibés par les articles Lp. 442-1 et Lp. 421-2-1 du code de commerce³.
3. 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'écartier 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 ».
4. 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 »⁴.
5. 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 (...) »⁵. Elle demande enfin à être indemnisée de façon symbolique à hauteur de 100.000 euros pour les préjudices commerciaux et financiers subis.
6. 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 « privilégiées 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 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 la société Ysco et ses distributeurs en Nouvelle-Calédonie pour découvrir que « l'opérateur qui a fait pression sur cette dernière pour évincer

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

² *Ib idem.*

³ 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).

⁴ Voir annexe 4 cotes 9-10.

⁵ *Ib idem.*

[la société Bargibant] *de ce marché* » est la société Serdis.

7. L'Autorité souligne toutefois qu'au cours de la séance, le représentant de la société Bargibant a finalement admis qu'il avait connaissance des relations d'exclusivité d'importation entre les sociétés Ysco et Serdis à l'époque de sa plainte mais qu'il n'en a pas fait part au service d'instruction afin de faire condamner la société Ysco, qui, selon lui, est la principale responsable des refus de vente qui lui ont été opposés.
8. L'Autorité considère néanmoins que le comportement de la société Bargibant n'est pas justifié et a ralenti la procédure d'instruction en raison de la rétention d'informations essentielles à la découverte des auteurs de l'entente verticale à l'origine de sa plainte.
9. Au demeurant, il convient de souligner que ce comportement n'a pas produit les effets escomptés. En effet, alors que la société Serdis a nié tout accord exclusif d'importation avec la société Ysco et s'est vue notifier un grief fondé sur l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, la société Ysco a reconnu avoir accordé une exclusivité à la société Serdis pour l'importation de la marque Ysco, a demandé très rapidement à bénéficier de la procédure d'engagements prévue à l'article Lp. 464-2 du code de commerce⁶ et a transmis de nombreux éléments matériels au service d'instruction lui permettant de notifier un grief à la société Serdis.
10. Par décision de la Rapporteur générale en date du 20 janvier 2020, l'affaire initialement enregistrée sous le numéro 19/0011 PCR a donc été disjointe⁷ et a donné lieu à la présente décision ainsi qu'à la décision n° 2020-PAC-02 du 7 septembre 2020 acceptant les engagements présentés par la société Ysco.

B. Les parties mises en cause

1. La plaignante : la société Etablissements Bargibant SA

11. La société Etablissements Bargibant (ci-après « la société Bargibant ») est une société anonyme immatriculée au R.C.S de Nouvelle-Calédonie depuis 1982⁸.
12. La société Bargibant a une activité de grossiste importateur de produits alimentaires frais et surgelés⁹. 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, 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'affaires¹⁰.
13. 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*

⁶ 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).

⁷ Voir la décision de disjonction du 20 janvier 2020 (annexe 1, cotes 1-2).

⁸ Voir l'extrait K-bis de la société Bargibant (annexe 17 cotes 56-59).

⁹ 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).

¹⁰ 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).

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. »¹¹.

14. La société Bargibant précise qu'elle « a introduit en Nulle 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 »¹².
15. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 3,4 Md F.CFP au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2017¹³.

2. La société mise en cause : la société Serdis¹⁴

16. La société Serdis est une société par actions simplifiée, immatriculée au R.C.S de Nouvelle-Calédonie depuis 1998. Son siège social est situé à Nouméa¹⁵.
17. La holding Figesbal détient, par l'intermédiaire de la société Figesbal, la société Ballande SAS dont Serdis est une filiale à 100%. Lors de leur audition, les représentants de la société SERDIS ont indiqué « La société Serdis est détenue par le groupe familial Ballande en particulier la holding Figesbal détenue par 4 personnes physiques : [Confidentiel] »¹⁶.
18. La société Serdis importe et distribue quatre types de produits alimentaires : « Les boissons (jus, alcool, eau), les produits secs (gamme très large allant des gâteaux à l'épicerie) destinés principalement aux collectivités, les produits frais (crèmerie, fromage, charcuterie et pâtisserie) et les surgelés (frites, légumes, glaces, 40% du CA est réalisé sur le poulet et ses dérivés) »¹⁷.
19. Lors de leur audition, les représentants de la société Serdis ont précisé : « La société Serdis est née en 1998, c'est une société d'importation et de distribution de produits, elle fait partie du groupe Ballande qui détient un certain nombre d'enseignes commerciales (Foire fouille, Décathlon...) mais est également présente dans des secteurs tels que les mines et l'agriculture. Elle assure également la distribution des produits alimentaires de fabrication locale (...) Les glaces occupent (...) 1% du CA surgelés et 0,5% du CA global de l'entreprise (...) La société Serdis appartient au groupe familial Ballande et, plus particulièrement, à la holding détenue par quatre personnes physiques : [Confidentiel] »¹⁸.
20. En 2018, le chiffre d'affaires global de la société Serdis s'est élevé à 7,675 Md F.CFP au sein

¹¹ Voir la saisine de la société Bargibant du 9 avril 2019 (annexe 4 cote 8).

¹² *Ib idem.*

¹³ Un chiffre relativement stable par rapport aux années antérieures (3,3 Md F.CFP en 2016 et 3,5 Md F.CFP en 2015).

¹⁴ Dans la mesure où la plainte de la société Bargibant, 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 Serdis sera présentée dans la présente décision relative au dossier 20 /0009F (voir annexe 1).

¹⁵ Voir l'extrait K'bis de la société Serdis, cotes 182 à 184, annexe 32.

¹⁶ Voir le procès-verbal d'audition de la société Serdis du 23 juillet 2019, p.2, cote 83, annexe 22.

¹⁷ Voir le procès-verbal d'audition de la société Serdis du 23 juillet 2019, p.2, cote 83, annexe 22.

¹⁸ Voir le procès-verbal d'audition de la société Serdis du 23 juillet 2019, p.2, cote 83, annexe 22.

duquel les produits *surgelés* représentent 44 %, les 56 % restants étant répartis par déduction sur les trois autres départements de produits (les boissons, les produits secs et les produits frais).

21. S'agissant de son activité sur le marché des glaces, la société Serdis a indiqué au cours de son audition que : « *Avant 2013 nous ne faisons pas de glaces car nous n'avions pas les infrastructures pour conserver la glace d'une part et nous avons du mal à accéder à des produits d'autre part. Lorsque nous avons décidé d'aller chercher de la glace en complément de nos activités nous avons cherché à importer des produits que personne n'importait à des prix satisfaisants, en l'espèce une gamme de produits assimilable à du premier prix et nous avons interrogé notre filiale en Polynésie Française (SIPAC 100% détenue par le groupe Ballande)* ».
22. Son chiffre d'affaires sur le marché des glaces s'est élevé à 31 millions F.CFP en 2019 (soit moins de 0,5 % de son chiffre d'affaires global), en baisse par rapport aux années 2017-2018. Ce dernier est ventilé entre les quatre marques que Serdis détient dans son portefeuille (Ysco, Davigel, Geprocor et Comalis). L'on observe un transfert des volumes en faveur des marques Geprocor et Davigel sur les exercices 2017 et 2018, le poids des produits Ysco ayant progressivement décliné passant de 92 à 40 % du volume d'affaires glaces de la société Serdis. D'après les représentants de la société Serdis, cette baisse du chiffre d'affaires Ysco est à imputer au regroupement de plusieurs facteurs : la perte d'appel d'offres (camps miniers et armée), l'arrêt d'une référence majeure de la part d'Ysco et l'application d'une TGC à 22%¹⁹.
23. Les familles de produits glaces industrielles les plus commercialisées en Nouvelle-Calédonie sont les packaging dits individuels (cônes, bâtonnets, petits pots), les crèmes glacées conditionnées en bacs (1, 2, 4 et 5 litres), les bûches et les sorbets²⁰.
24. La société Serdis distribue des glaces industrielles pour partie par le biais du canal RHF/collectivités et pour l'autre partie à travers le canal des GMS²¹. La part de l'activité glaces représente environ 1 % du chiffre d'affaires du département surgelés et 0,5 % du chiffre d'affaires global de la société Serdis. Pour ses représentants, les glaces « *restent marginales dans notre activité et présentent plutôt un complément de gamme pour les restaurateurs, nous n'ambitionnons pas de développer plus que ça les glaces, cela ne fait pas parti de notre stratégie commerciale, il s'agit d'un dépannage pour nos clients* » et évoquent pour partie les contraintes douanières fortes qui pèsent sur les produits glaces²².
25. 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 Bargibant²³ :

¹⁹ Voir le courriel de la société Serdis du 25 juillet 2019, cote 174, annexe 28.

²⁰ Voir le courriel de la société Serdis, pièce jointe n°1 intitulée « *ventes glaces par famille de produits* », cote 176, annexe 29,

²¹ Voir le courriel de la société Serdis et pièce jointe intitulée « *ventes glaces par type de clients* », cote 178, annexe 30.

²² Voir procès-verbal d'audition de la société Serdis du 23 juillet 2019, p. 4, cote 85, annexe 22.

²³ 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).

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

26. 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* »²⁴.

C. Le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie

27. Le secteur concerné par les pratiques est celui de l'importation et de la distribution des glaces en Nouvelle-Calédonie et, plus précisément, celui des glaces industrielles destinées à être commercialisées à grande échelle sur l'ensemble du territoire.
28. Il ressort en effet 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* »²⁵.
29. 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 surfaces²⁶.
30. 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 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*

²⁴ Voir annexe 16.

²⁵ Voir la décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 00-D-82 du 26 février 2001 (annexe 20).

²⁶ *Ib idem*.

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 »²⁷.

31. 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).
32. Il existe deux producteurs locaux de glaces industrielles : la société Switi²⁸ et la société Mikonos²⁹.
33. 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° »³⁰.
34. 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.
35. 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.

²⁷ Voir la décision n°00-D82 du 26 février 2001 précitée.

²⁸ 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 « Prémium », 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 ».

²⁹ 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.

³⁰ 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](#)

36. En outre, les importations de produits glaces et sorbets se voient appliquer une fiscalité globale de 28 % à leur entrée sur le territoire³¹. Un droit de douane de 10 à 15 % peut également être appliqué mais la proportion d'importations ne relevant pas de l'Union Européenne est marginale³².
37. Hormis 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* »³³.
38. 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 Ysco par la société Serdis³⁴.
39. 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

³¹ Une taxe générale à la consommation (TGC) présentant un taux supérieur de 22% et une taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) de 6%.

³² Seuls les TD 2105.00.91, 2105.00.92 et 2105.00.93 relatifs aux noix de coco givrées, oranges givrées et citrons givrés sont libres à l'importation.

³³ Voir l'avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 (point 38).

³⁴ 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 ces déclarations.

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 ?* »³⁵.

40. Outre les sociétés Serdis et Bargibant, les importateurs et distributeurs de glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie sont les sociétés Nouméa Surgelés³⁶ et Socalait³⁷ 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.
41. 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* »³⁸.
42. Il ressort des données transmises par l'Institut de la statistique et des études économiques en Nouvelle-Calédonie (ISEE) que le marché des glaces industrielles importées en Nouvelle-Calédonie est effectivement dynamique. Ainsi, toutes catégories de tarifs douaniers confondus, l'importation de glaces a régulièrement progressé passant de 631 tonnes en 2015 à 751 tonnes en 2019 (+ 19 %).
43. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la consommation de glaces industrielles en Nouvelle-Calédonie est dynamique mais que le marché n'est pas parfaitement concurrentiel tant en raison des mesures de régulation de marché qui limitent la concurrence intermarques des produits importés et en renchérissent le prix 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 pratiques constatées

1. 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

44. 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 ».
45. 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

³⁵ 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).

³⁶ La société Nouméa Surgelés importe les gammes de glaces Magnum et Carte d'or.

³⁷ La société Socalait importe et distribue les gammes de glaces suivantes : Ben & Jerry, Magnum, Carte d'or et Miko.

³⁸ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Serdis du 23 juillet 2019 (annexe 21).

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.

46. 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 »*³⁹.
47. 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 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. »*⁴⁰.
48. 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 »*⁴¹.
49. 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 »*⁴².
50. 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 2018⁴³, 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)⁴⁴.
51. 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

³⁹ 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).

⁴⁰ 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)

⁴¹ Voir annexe 2.

⁴² Voir annexe 22 cotes 118-121.

⁴³ Voir annexe 7 cote 20, annexe 10 cotes 34-36 et annexe 12 cote 40.

⁴⁴ 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).

été par erreur.

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

52. 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 accordées à la société Serdis.
53. 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 des produits Ysco, dans un courriel du 12 novembre 2018.
54. Dans ce courriel, la société Serdis a en effet 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)⁴⁵.
55. 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 Mme E. 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.* »⁴⁶ (soulignement ajouté).
56. 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* »⁴⁷.
57. 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-Calédonie⁴⁸.
58. 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

⁴⁵ 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).

⁴⁶ 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).

⁴⁷ 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)

⁴⁸ 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).

glaces de marque Ysco⁴⁹. Par courriel du 3 avril 2019⁵⁰, 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.

59. 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.

3. La société Serdis a nié l'existence d'un accord exclusif d'importation avec la société Ysco jusqu'à la notification des griefs

60. 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 ont répondu au cours de leur audition du 23 août 2019 : « *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* »⁵¹.
61. Or, les éléments complémentaires transmis par la société Ysco au service d'instruction le 24 janvier 2020, en particulier les courriels des 12⁵², 21⁵³ et 22⁵⁴ novembre 2018 précités, 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.
62. Comme le note la société Bargibant dans ses observations⁵⁵, la société Serdis disposait en outre 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 vigueur⁵⁶.
63. En conclusion, il ressort de l'instruction que, contrairement aux déclarations de la société Serdis au cours de l'audition de ses représentants, 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.

⁴⁹ 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)

⁵⁰ 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).

⁵¹ Voir le procès-verbal des représentants de la société Serdis (annexe 21).

⁵² 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).

⁵³ 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).

⁵⁴ Voir annexe 13, courriel de M. A. de la société Ysco à M. D. de la société SERDIS en date du 22 novembre 2018.

⁵⁵ Voir les observations de la société Bargibant (annexe 36 cote 187).

⁵⁶ 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).

64. Au cours de la séance, le président et le directeur général de la société Serdis ont précisé qu'ils n'avaient pas été mis en copie des échanges de courriels précités entre leur salarié (l'un des quatre acheteurs au sein de la société Serdis) et la société Ysco et qu'au moment de son audition du 23 juillet 2019, n'ayant pas connaissance de ces échanges de mails, le directeur général était de bonne foi lorsqu'il a indiqué n'avoir aucun accord d'exclusivité avec la société Ysco. A la réception de la notification des griefs, les représentants de la société Serdis en séance auraient donc découvert l'existence de la pratique d'exclusivité d'importation, objet du grief notifié, et pris la mesure de la responsabilité leur incombant, raison pour laquelle ils ne l'ont pas contestée et ont proposé des engagements.

4. La portée de l'exclusivité accordée

65. L'instruction a confirmé que la société Serdis bénéficie d'une exclusivité d'importation sur les glaces de marque Ysco.
66. Cette pratique d'exclusivité d'importation est imputable à la société Ysco, en tant que producteur, et à la société Serdis, en tant que distributeur.
67. Il ressort toutefois de l'instruction que la société Serdis a joué une part active à la mise en œuvre de cette pratique anticoncurrentielle, en ce qu'elle a non seulement sollicité cet accord d'exclusivité mais également parce qu'elle a veillé à ce qu'il soit effectivement respecté par la société Ysco après avoir constaté que certains produits de marque Ysco étaient vendus par la société Bargibant, avec laquelle il se trouve en concurrence sur le marché de la distribution de glaces industrielles.
68. Comme vu *supra*, la société Bargibant a essuyé un refus de vente permanent depuis la fin de l'année 2018 de la part de la société Ysco et, sur la période antérieure, Ysco a confirmé que s'il l'avait livré ponctuellement en glaces de marque Ysco, cela résultait d'erreurs internes de la part de l'une des employées de la société Ysco⁵⁷.
69. 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 d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprise, le 24 février 2014⁵⁸, et est toujours en vigueur. Elle a donc duré plus de 6 années.
70. L'exclusivité accordée par la société Ysco à la société Serdis concernant l'importation et la distribution des glaces de marque Ysco a donc eu pour objet et pour effet d'empêcher l'exercice du libre jeu de la concurrence entre distributeurs susceptibles d'importer des glaces de cette marque.
71. A cet égard, 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* ».

⁵⁷ 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).

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.

72. 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 1^{er} 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 1^{er} 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 qu'a réussi à se procurer la société Serdis] »⁵⁹.*
73. Au cours de la séance, la société Serdis a néanmoins fait valoir que, contrairement aux affirmations de la société Bargibant, cette pratique n'aurait causé aucun dommage à l'économie, ni même à la société Bargibant, dans la mesure où la marque Ysco est une marque peu connue de premier prix, la société Bargibant n'a pas été exclue du marché de la distribution de glaces en Nouvelle-Calédonie puisqu'il distribue d'autres marques et l'impact sur les prix ou sur les consommateurs ne serait pas démontré d'autant plus que la société Serdis n'intervient que de façon marginale sur ce marché, uniquement pour répondre à des appels d'offres des collectivités ou institutions publiques et sur le réseau hors foyer.

E. Le grief notifié

74. Sur la base des constatations et de l'analyse qui précèdent, le grief suivant a été notifié :
- « Il est fait grief à la société Serdis d'avoir mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie pour la période allant du 21 mars 2014 à la date de la présente notification de griefs.*

En particulier, il est fait grief à la société Serdis, en tant qu'auteur des pratiques, d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation pour ce qui concerne les glaces de marques propres YSCO sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

« Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce. »

F. La mise en œuvre de la procédure prévue au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce

75. Sur le plan procédural, la société Serdis avait jusqu'au 28 avril 2020 pour transmettre ses observations en réponse à la notification des griefs. Toutefois, en application des dispositions de l'article 6 de la délibération n° 21/CP du 11 avril 2020 portant sur l'aménagement des règles et des délais en matière administrative, civile et de procédure civile dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 un délai supplémentaire, jusqu'au 4 août 2020, lui a été accordé pour faire parvenir ses observations.
76. Dans ce délai, la société Serdis a fait savoir au service d'instruction qu'elle souhaitait

⁵⁹ Voir les observations de la société Bargibant, annexe 36 cote 187.

demander le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs prévu au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce qui dispose :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, qui entend les parties et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction ».

77. Dans ce cadre, la société Serdis a transmis au service d'instruction une déclaration de non-contestation des griefs⁶⁰ et une offre d'engagements⁶¹ datées respectivement du 30 juillet 2020. Les engagements proposés par la société Serdis prévoient d'une part que la société organise, dans les six mois suivant la notification de la décision, *« une formation au droit de la concurrence applicable sur le Territoire de son personnel en relation avec les fournisseurs nationaux et étrangers »*, d'autre part qu'elle informe, par courriel, dans les 15 jours, l'ensemble de ses fournisseurs avec lesquels elle entretient des relations commerciales suivies, du fait que l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce interdit les accords exclusifs d'importation de droit et de fait et *« qu'aucun accord de ce type n'existe entre nos sociétés »*.
78. Dans le cadre d'une audition, un procès-verbal de non-contestation des griefs a été signé par la rapporteure générale et les représentants de la société Serdis le 3 août 2020⁶² dans lequel ces derniers confirment qu'ils ne contestent ni *« la réalité des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donne le service d'instruction »*, ni *« la régularité de la procédure et la validité des griefs »*. Il est également précisé que la société *« renonce à contester la réalité des pratiques en cause et en particulier les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et/ou, s'il y a lieu, sur leurs effets, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur le rôle de l'intéressé dans la commission des pratiques »*.
79. Il convient de souligner que la rapporteure générale n'a pas donné suite à la proposition d'engagements de la société Serdis et n'a pas proposé au collège d'en tenir compte dans la détermination du montant de la sanction.

⁶⁰ Annexe 45, cote 273.

⁶¹ Annexe 46, cote 275-276.

⁶² Annexe 44, cotes 269-271.

II. Discussion

A. Sur le marché pertinent

80. 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.
81. 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.
82. En second lieu, les pratiques constatées portent sur l'ensemble du territoire, l'accord exclusif d'importation dénoncé s'exerçant sur toute la Nouvelle-Calédonie⁶³.
83. 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.

B. Sur le bien-fondé du grief

1. Le droit applicable

84. 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* ».
85. 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* »⁶⁴.
86. 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-Calédonie⁶⁵. 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.
87. 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

⁶³ 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.

⁶⁴ Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite « loi Lurel ».

⁶⁵ <http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2013&page=9244>

à une entreprise ou un groupe d'entreprises.

88. Ainsi, les stipulations des différents contrats ou accords conclus par certains fournisseurs avec des distributeurs implantés en Nouvelle-Calédonie par lesquels les fabricants leur accordent la distribution à titre exclusif, qu'ils soient ou non formalisés, sont susceptibles d'être prohibées sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
89. Les exclusivités d'approvisionnement prohibées par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce peuvent toutefois être exemptées 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 l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». Il incombe alors à l'entreprise qui souhaite bénéficier de cette exemption d'apporter la preuve de la nécessité de consentir de telles exclusivités.
90. Il ressort, en outre, de la pratique décisionnelle que l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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. Par ailleurs, à l'instar de la pratique métropolitaine⁶⁶, l'Autorité a considéré dans sa décision du 11 décembre 2019 que l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce ne limite nullement l'application de l'interdiction des exclusivités d'importation à ce type de produits et a sanctionné plusieurs fournisseurs et distributeurs dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie⁶⁷.
91. Il résulte d'une jurisprudence et d'une pratique décisionnelle constantes 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 concurrence⁶⁸.
92. Par analogie, le même principe directeur prévaut lorsque l'Autorité examine des pratiques mises en œuvre par des entreprises sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
93. 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.
94. 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 un

⁶⁶ Voir la décision n°18-D-03 de l'ACNC du 20 février 2018.

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//18d03.pdf>

⁶⁷ Voir la décision n°2019-PAC-04 du 11 décembre 2019 (point 89)

https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/decision_engagements_2019-pa-04-intec_sodimas.pdf

⁶⁸ 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).

objet ou des effets anticoncurrentiels.

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

2. L'application au cas d'espèce

96. En l'espèce, les constatations présentées ci-dessus démontrent que la société Serdis a sollicité une exclusivité d'importation sur les glaces de marques propres vendues par le fabricant belge Ysco au cours de l'année 2013 et qu'elle a veillé à ce que cette exclusivité soit effectivement appliquée en se plaignant à plusieurs reprises auprès de son fournisseur de son non-respect (voir *supra*, paragraphes 61 à 64).
97. En outre, la société Serdis a nié entretenir toute relation d'exclusivité avec la société Ysco au cours de son audition du 23 juillet 2019 jusqu'à sa déclaration de non-contestation des griefs en date du 30 juillet 2020.
98. A cet égard, la déclaration du directeur général de la société Serdis au cours de la séance selon laquelle les représentants de la société Serdis auditionnés le 23 juillet 2019 n'auraient pas eu connaissance des échanges de mails susmentionnés avec la société Ysco visant à l'obtention d'une exclusivité et à des rappels à l'ordre auprès de la société Ysco, ne peut qu'être écartée.
99. En effet, il ressort du procès-verbal d'audition du 23 juillet 2020 que les représentants de la société Serdis entendus par le service d'instruction étaient MM. Philippe F., directeur général et M. D., chef de produits surgelés au sein de la société Serdis. Or, tous les courriels précités émanant de la société Serdis et réclamant le respect de l'accord d'exclusivité passé avec la société Ysco ont été signés par M. D.. Il s'ensuit qu'en admettant même que M. F., directeur général, n'ait pas eu connaissance de ces courriels n'étant pas en copie, son chef de produits surgelés, M. D., était parfaitement informé de la pratique reprochée à la société Serdis et a délibérément nié l'existence d'une relation commerciale privilégiée avec la société Ysco lui accordant le bénéfice d'une exclusivité d'importation durant son audition.
100. L'Autorité constate ainsi que M. D. a signé le procès-verbal d'audition dans lequel il est indiqué : « *En 2013 nous avons été mis en relation avec Ysco par le biais de la SIPAC, la filiale polynésienne, qui travaillait déjà avec Ysco. Puis après, il s'agit d'un travail de commercial. Depuis 2013, nous n'avons aucune relation privilégiée avec Ysco mais nous avons des relations satisfaisantes avec eux (...)* »⁶⁹. Il confirme par ailleurs que : « *Il n'y a pas d'accord d'exclusivité d'importation entre la société Ysco et Serdis puisqu'il n'existe pas. Nous n'avons signé aucun accord avec ce fournisseur. C'est d'un ridicule, on parle de produits qui représentent 0,2 % de notre CA* »⁷⁰.
101. Il en résulte qu'au moins l'un des représentants de la société Serdis auditionnés avait parfaitement connaissance de l'existence d'une pratique concertée avec la société Ysco visant à leur accorder une exclusivité d'importation et a affirmé le contraire.
102. En tout état de cause, il ressort d'une jurisprudence constante que l'entreprise ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pour la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles au

⁶⁹ Voir le procès-verbal des représentants de la société Serdis (annexe 21, cote 85).

⁷⁰ *Ib idem*, annexe 21, cote 88.

motif qu'elles auraient été mises en œuvre par un ou plusieurs de ses salariés sans que ses dirigeants n'en aient eu connaissance⁷¹.

103. Au cours de la séance, les représentants de la société Serdis ont tenté de minimiser l'impact des courriels envoyés par M. D., les qualifiant de « bêtise » liée à une méconnaissance du droit de la concurrence par ce salarié et de sa volonté d'améliorer les résultats de l'entreprise.
104. L'Autorité rappelle toutefois qu'en droit du travail, la jurisprudence retient traditionnellement que la participation d'un salarié à une entente anticoncurrentielle (ou à un abus de position dominante) sans intention de nuire à la société constitue une faute grave susceptible de justifier un licenciement⁷².
105. En outre, en l'espèce, il n'est pas contesté que la pratique d'exclusivité d'importation entre Ysoc et Serdis à laquelle a veillé activement le chef de produits surgelés de la société Serdis a eu pour objet d'empêcher l'exercice du libre jeu de la concurrence entre distributeurs susceptibles d'importer des glaces de cette marque et a effectivement restreint le jeu de la concurrence en raison des refus de vente opposés à la société Bargibant de la part de la société Ysco (voir *supra*, paragraphes 44 à 50).
106. L'Autorité en déduit que la société Serdis a délibérément violé les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce depuis son entrée en vigueur en 2013 et a poursuivi cette pratique après l'installation de l'Autorité en mars 2018 alors même que cette dernière a engagé de nombreuses actions de communication et de formation auprès des entreprises calédoniennes, et en particulier des grossistes-importateurs, pour leur rappeler leurs obligations (et celles de leurs salariés) au regard du droit de la concurrence avant d'engager ses premières poursuites au cours de l'année 2019⁷³.

C. Sur les conséquences de la mise en œuvre du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce

107. L'entreprise ou l'organisme qui choisit de solliciter le bénéfice de la mise en œuvre de la procédure de « non-contestation des griefs » prévue au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce doit respecter les conditions imposées à cet égard.
108. Comme l'Autorité l'a indiqué dans sa décision n° 2019-PAC- 05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs, l'intéressé doit ainsi renoncer à contester, non seulement la réalité de l'ensemble des pratiques visées par la notification des griefs, mais également la qualification qui en a été donnée au regard des

⁷¹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 mars 2019 Sociétés L'Oréal et autres, pourvoi n° E 16-26.472 ; voir également TPICE, 17 mai 2013, Parker ITR et Parker Hannifin c/ Commission, T-146/09 dans lequel le Tribunal a écarté le moyen, rappelant que l'imputation à une entreprise d'une infraction à l'article 101 du TFUE ne « suppose pas une action ou même une connaissance de la part des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée de cette infraction, mais l'action d'une personne qui est autorisée à agir pour le compte de l'entreprise ».

⁷² Cour de cassation, chambre sociale, 16 mars 1983, société Pompes funèbres générales / Bouton : la faute lourde ne peut être retenue que lorsque le salarié a mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles avec une intention de nuire à son employeur.

⁷³ Voir le rapport annuel 2018 de l'ACNC qui mentionne notamment la participation de l'ACNC à la matinale de la CCI-NC du 9 octobre 2018 sur le thème : « [Mettre en conformité ses pratiques et réagir face aux comportements anticoncurrentiels](#) » dont le support a été mis en ligne, et le lancement le 13 novembre 2018 de la formation sur « *La pratique du droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française* » en coopération avec la CCI-NC, la CCISM, et l'Autorité polynésienne de la concurrence.

dispositions du code de commerce, ainsi que sa responsabilité dans la mise en œuvre de ces pratiques. Cette renonciation doit, sur l'ensemble de ces points, être expresse, complète et dépourvue d'ambiguïté. Une telle renonciation à contester les griefs suffit pour permettre à l'Autorité de considérer que l'ensemble des infractions en cause sont établies à l'égard des parties qui ont fait ce choix procédural⁷⁴.

109. En l'espèce, la société Serdis n'a présenté aucune observation écrite à la suite de la notification de griefs et a demandé le bénéfice de cette procédure par déclaration et proposition d'engagements à modifier son comportement pour l'avenir, par courrier du 30 juillet 2020.
110. Dans le procès-verbal de non-contestation des griefs du 3 août 2020 qu'elle a signé avec la rapporteure générale, l'Autorité constate que la société Serdis a effectivement renoncé, de façon expresse, complète et dépourvue d'ambiguïté, à contester « *la réalité des pratiques en cause, [...] la qualification juridique qu'en donne le service d'instruction* », « *la régularité de la procédure et la validité des griefs* ». Il est également précisé que la société « *renonce à contester la réalité des pratiques en cause et en particulier les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et/ou, s'il y a lieu, sur leurs effets, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur le rôle de l'intéressé dans la commission des pratiques* ».
111. Il y a donc lieu d'accorder à la société Serdis le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs qui permet de réduire le montant maximal de la sanction de moitié.

D. Sur les sanctions

1. Sur les règles applicables

112. Le I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce dispose que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles mentionnées au titre II du présent livre dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi 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.*

Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. ».

113. Le troisième alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce précise que : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».
114. Le quatrième alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, en vigueur à l'époque de la saisine, dispose que : « *Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 175.000.000 F. CFP. Le montant maximum de la sanction est, pour une*

⁷⁴ Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

115. Le III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, déjà cité, prévoit que lorsqu'il est recouru à la procédure de non-contestation des griefs « *le montant maximum encouru est réduit de moitié* ». Il résulte de cette disposition, lue en combinaison avec le I dudit article, que la sanction pécuniaire ne peut excéder 87,55 millions de francs CFP lorsque le bénéficiaire de la procédure est un organisme, et 2,5 % du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, lorsqu'il s'agit d'une entreprise.
116. En outre, comme elle l'a rappelé dans sa décision n° 2019-PAC-06 du 26 décembre 2019 relatives à des pratiques d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs⁷⁵, lorsque l'autorité statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article Lp. 463-3, comme en l'espèce, la sanction pécuniaire ne peut en aucun cas excéder 89,55 millions de francs CFP pour chacun des auteurs de pratiques prohibées en application de l'article Lp. 464-5. En effet, la Cour de cassation considère que : « *Dans le cas de mise en œuvre cumulative des procédures simplifiée et de [non-contestation des griefs]⁷⁶, et quel que soit l'ordre chronologique de cette mise en œuvre, le montant de la sanction qui sera infligé à l'entreprise doit être calculé conformément aux dispositions de l'article L. 464-2, II devenu L. 464-2, III, sans pouvoir dépasser le seuil fixé par l'article L. 464-5 du Code de commerce* »⁷⁷.
117. Enfin, dans cette première décision imposant des sanctions pécuniaires pour des pratiques d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs par quatre entreprises, l'Autorité a constaté que la part du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie de chacune des entreprises concernées au regard de son chiffre d'affaires total était très variable (allant de moins de 1 % à 100 %). L'Autorité a donc fait le choix de retenir comme montant de base des sanctions pécuniaires la valeur des ventes de l'ensemble des catégories de produits ou services en relation avec les infractions réalisées en Nouvelle-Calédonie par les entreprises en cause, plus ou moins adapté en fonction de la situation individuelle des parties en cause et de l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes⁷⁸.
118. L'Autorité a néanmoins rappelé que « *à l'instar de la pratique métropolitaine, l'Autorité considère que la circonstance qu'une entreprise prise en elle-même ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec l'infraction, un périmètre d'activités significatif, ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération d'une infraction donnée, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire*⁷⁹. A cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement

⁷⁵ Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie, paragraphes 220-222.

⁷⁶ Appelée procédure de « transaction » à l'époque.

⁷⁷ Cour de cassation, avis n° 005 0006 du 11 juillet 2005.

⁷⁸ *Ib idem*, paragraphes 223, 225 et 226.

⁷⁹ Voir l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., 62 n° 2011/03298.

dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée⁸⁰. A défaut, une telle sanction ne serait en effet pas proportionnée, toutes choses égales par ailleurs, à la situation individuelle de l'intéressée »⁸¹.

2. Application au cas d'espèce

a) Sur la gravité de la pratique

119. Il ressort d'une jurisprudence constante de l'Autorité métropolitaine de la concurrence depuis l'entrée en vigueur de la « loi Lurel »⁸² prohibant les accords exclusifs d'importation dans les départements et territoires d'outre-mer que l'infraction « *qui consiste à accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises en outre-mer, non justifiés par l'intérêt des consommateurs a, en elle-même, un impact négatif sur la concurrence intramarque et empêche l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires* ». L'Autorité métropolitaine de la concurrence estime cependant que « *cette pratique ne saurait revêtir le même caractère de gravité que les ententes et abus de position dominante* »⁸³.
120. Dans sa décision précitée n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs, l'Autorité a rejoint cette analyse en considérant que, « *bien que limitée, la gravité des pratiques d'exclusivité d'importation n'en est pas moins établie* ». Elle a par ailleurs précisé que : « *La dimension modeste du marché affecté (...) ne constitue pas un facteur d'atténuation de la gravité du comportement des entreprises tant il apparaît nécessaire, en Nouvelle-Calédonie, de dissuader les fabricants et les importateurs d'enfreindre la règle d'interdiction des accords exclusifs d'importation quelle que soit la dimension du marché, ce type d'accords constituant une pratique historique qui a modelé le fonctionnement de nombreux secteurs de l'économie calédonienne et dissuadé l'émergence de nouveaux entrants faute de pouvoir récupérer la « marque » ou la « carte » de leurs concurrents* »⁸⁴.
121. En l'espèce, l'Autorité considère que la gravité de la pratique est renforcée par le fait qu'elle intervient sur le marché des glaces industrielles sur lequel la concurrence est déjà atténuée par des mesures de régulation de marché limitant les capacités d'importation, et donc la concurrence intermarques.
122. En outre, cette pratique est d'autant plus grave qu'elle intervient dans le secteur des produits de grande consommation et vise spécifiquement une marque de glaces de premier prix répondant prioritairement aux besoins des consommateurs calédoniens les plus modestes disposant d'un pouvoir d'achat restreint et des collectivités publiques, soucieuses d'acheter

⁸⁰ Voir l'arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2012, Séphora e.a., n° 12-14401, 12-14584, 12-14595, 12-14597, 12-14598, 12-14624, 12-14625 et 12-14632 et 12-14648

⁸¹ *Ibid*, paragraphe 229.

⁸² Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

⁸³ Voir en ce sens la première décision de l'Autorité métropolitaine de la concurrence en la matière n° 16-D-15 du 6 juillet 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer confirmée, sur ce point, par la décision n° 19-D-20 du 8 octobre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de parfumerie et cosmétiques aux Antilles, en Guyane et à La Réunion.

⁸⁴ Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie, paragraphe 171.

au meilleur prix, dans le cadre d'appels d'offres pour des prestations de restauration collective (restauration scolaire et militaire, opérateurs métallurgiques, centres hospitaliers...).

123. Enfin, la durée d'une infraction aux règles de concurrence est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes.
124. En l'espèce, la pratique reprochée aux sociétés Ysco et Serdis a été sollicitée par la société Serdis et a duré plus de six ans⁸⁵. Elle a été entretenue par la société Serdis à la fin de l'année 2018 pour empêcher son concurrent Bargibant de distribuer des glaces de marque Ysco alors même que l'Autorité avait largement communiqué auprès des entreprises calédoniennes sur l'interdiction des accords exclusifs d'importation de droit ou de fait depuis son installation en mars 2018. Enfin, elle a été maintenue postérieurement à la première décision de l'Autorité du 26 décembre 2019 sanctionnant ce type de pratiques.
125. L'Autorité en conclut que cette pratique est grave et que les sanctions qu'elle a prononcées dans le cadre de sa décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 à l'égard de plusieurs fabricants européens et distributeurs d'ascenseurs en Nouvelle-Calédonie en raison d'accords exclusifs d'importation prohibés n'ont pas eu un effet suffisamment dissuasif pour inciter les sociétés Ysco et Serdis à cesser immédiatement ce type de pratiques alors même qu'elles savaient l'existence d'une procédure en cours.

b) Sur le dommage à l'économie

126. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause⁸⁶.
127. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité de la concurrence métropolitaine tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée entre autres par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des parties dans le secteur concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques

⁸⁵ Bien que sollicitée par la société Serdis auprès de la société Ysco en 2013, il y a lieu de prendre en compte, comme point de départ de la pratique, la date du 21 mars 2014 à partir de laquelle la disposition de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce est entrée définitivement en vigueur. En effet cet article 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. Toutefois, 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 de publication de la loi (intervenue le 21 novembre 2013) pour les parties à ces accords ou pratiques pour se mettre en conformité, soit jusqu'au 21 mars 2014.

⁸⁶ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté prestige international, précité, p. 89.

pertinentes du secteur concerné⁸⁷. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre⁸⁸.

128. Au cas d'espèce, la pratique concernée porte sur la distribution de glaces de marque Ysco sur l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie qui a conduit à placer la société Serdis en situation de monopole pour la distribution des produits de cette marque. Cette pratique a donc nécessairement eu pour effet de supprimer la concurrence intramarque au détriment de la demande locale.
129. Selon la société plaignante, cette entente verticale a eu pour effet de renchérir le prix des glaces Ysco sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie. En effet, la société Bargibant souligne que les produits Ysco sont peu onéreux mais volumineux, ce qui entraîne des frais de transport supplémentaires pour une société comme Serdis qui « *travaille en LCL* »⁸⁹. A l'inverse, la société Bargibant, qui aurait importé les glaces Ysco par container complet (FCL, Full container Load) aurait eu « *des coûts logistiques maîtrisés. C'est cet écart qui a probablement motivé la demande d'exclusivité.* ».
130. Si cet argument n'a pas été contesté par la société Serdis, l'Autorité relève néanmoins que les glaces de marque Ysco ne constitue qu'une faible part du marché des glaces industrielles distribuées en Nouvelle-Calédonie, y compris des glaces de premier prix également produites localement par les sociétés Mikonos et Switi, et que la société Serdis dispose également d'une faible part de marché sur le marché de la distribution de ces produits avec un chiffre d'affaires annuel moyen d'environ 35 millions de francs entre 2017 et 2019⁹⁰, à comparer, à titre d'exemple, au chiffre d'affaires de la société Bargibant sur le même marché qu'elle estime elle-même « *huit fois supérieur* »⁹¹.
131. Il en résulte que si le dommage à l'économie est avéré, il demeure contenu.

c) Sur la situation individuelle de l'entreprise

132. Il convient de rappeler que la société Serdis a sollicité une exclusivité d'importation auprès de la société Ysco en 2013 et a veillé régulièrement à ce que cet accord non formalisé soit respecté pour que son concurrent, la société Bargibant, ne soit plus livré en produits de marque Ysco, malgré l'entrée en vigueur de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce et les actions de communication mises en œuvre par l'Autorité pour alerter les entreprises calédoniennes sur l'interdiction de telles pratiques depuis son installation en mars 2018.
133. L'Autorité souligne également qu'au moins l'un des représentants de la société Serdis auditionnés par le service d'instruction était l'auteur de cette pratique concertée avec la société Ysco et a, pour autant, affirmé ne pas avoir de relation d'exclusivité d'importation avec la société Ysco tout au long de la procédure.
134. La société Serdis est l'un des principaux grossistes-importateurs en Nouvelle-Calédonie. Elle appartient à un groupe de sociétés de dimension internationale, le « groupe Ballande », détenu

⁸⁷ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2011, Orange France, précité.

⁸⁸ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910.

⁸⁹ Less than Container Load), ou groupage maritime : lorsque les marchandises d'un client ne sont pas assez nombreuses pour remplir un conteneur, on groupe les lots de plusieurs clients dans le même conteneur.

⁹⁰ Etant donné les observations formulées par la société Ets Bargibant, le service d'instruction de l'Autorité a vérifié auprès de l'ISEE le niveau réel des importations de glaces réalisé par la société Serdis qui permet de confirmer la crédibilité des déclarations de chiffres d'affaires transmises par la société Serdis à l'Autorité.

⁹¹ Voir les observations de la société Ets Bargibant, annexe 43 cote 247.

par une holding, la SAS Figesbal. En 2019, la société Serdis a réalisé un chiffre d'affaires global de plus de 8 milliards de francs CFP, dont près de 3,5 milliards de francs CFP grâce à la distribution de produits surgelés. Son résultat net bénéficiaire en 2019 s'élève à 278,7 millions de francs CFP.

135. Néanmoins, la société Serdis dispose d'une faible part de marché sur le marché de l'importation et de la distribution de glaces sur le territoire. La valeur de ses ventes de glaces s'élève à 35 millions de francs CFP par an en moyenne sur la période 2017-2019 dont 40 % grâce à la vente de glaces de marque Ysco.
136. Compte tenu de ces éléments, la méthode de calcul du montant de base de la sanction pécuniaire telle que retenue dans la décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 ne permet pas de prononcer une sanction suffisamment dissuasive et proportionnée à la gravité des faits à l'encontre de la société Serdis dès lors qu'elle conduirait limiter le montant maximum de la sanction, après réduction de moitié du plafond de sanction au titre du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, à moins d'un million de francs CFP, soit moins de 0,01 % de son chiffre d'affaires global réalisé en Nouvelle-Calédonie.
137. Conformément à la jurisprudence métropolitaine précitée, l'Autorité décide donc de s'en écarter. A cet égard, la Cour d'appel a récemment confirmé que *« l'Autorité peut s'écarter de cette méthode dans les cas particuliers où la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part. En l'absence de dispositions légales [...] sur la méthode comptable à appliquer au chiffre d'affaires de référence pour déterminer l'assiette de la sanction, l'Autorité était libre d'adopter la méthode qui lui semblait la plus appropriée pour répondre aux principes d'individualisation et de proportionnalité de la sanction (...) »*⁹².
138. S'agissant de la mise en œuvre du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité observe que dans le procès-verbal de non-contestation des griefs du 3 août 2020, la rapporteure générale n'a pas donné suite à la proposition d'engagements de la société Serdis pour obtenir une réduction supplémentaire du montant de la sanction encourue. En l'espèce, l'Autorité constate qu'aucun élément ne justifie de s'écarter de la position du service d'instruction.
139. L'Autorité rappelle en outre que la prise d'engagements dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs est conçue comme un moyen d'assurer le fonctionnement concurrentiel de l'économie, et non, comme c'est le cas de la procédure d'engagement prévue par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, de mettre fin à l'affaire avant tout constat d'infraction et toute sanction pécuniaire. Les engagements proposés dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs peuvent être de nature comportementale ou structurelle mais ne peuvent en aucun cas se borner à ne pas ou ne plus violer les règles de concurrence.
140. C'est ainsi que l'engagement de la société Serdis visant à informer l'ensemble de ses fournisseurs de l'interdiction posée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce est insuffisant pour justifier une atténuation de la sanction encourue.
141. En outre, l'Autorité considère que l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité devraient avoir vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises,

⁹² Voir par exemple, Cour d'appel, Paris, 18 Juin 2020 – n° 19/088267.

particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente ou lorsqu'elles appartiennent à un groupe international, à l'instar de la société Serdis. En conséquence, en l'espèce, l'engagement portant sur la mise en œuvre d'une formation des salariés de la société Serdis au droit de la concurrence, dans les six mois suivant la notification de la décision, n'a pas vocation à justifier une atténuation des sanctions encourues.

142. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments et dans le respect de la procédure de non-contestation des griefs conduite par la rapporteure générale, le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Serdis s'élève à 20 millions de francs CFP.

DECIDE

Article 1^{er} : Il est établi que la société Serdis SAS a enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce en sollicitant une exclusivité d'importation sur les glaces de marque Ysco auprès de la société Ysco et a veillé à son application effective.

Article 2 : Il est infligé à la société Serdis SAS une sanction de 20 millions de francs CFP.

Article 3 : Il est enjoint à la société Serdis SAS d'informer par courriel, dans les 15 jours suivant la notification de la présente décision, tous ses fournisseurs extérieurs au territoire de la Nouvelle-Calédonie avec lesquels elle entretient des relations commerciales suivies, du fait qu'en application de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, il est interdit de mettre en œuvre des accords exclusifs d'importation de droit ou de fait au profit d'un seul distributeur calédonien.

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,



Marie-Christine Marzin

La Présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre