



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2023-PAC-02 du 20 juillet 2023

relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la distribution de produits alimentaires d'origine asiatique en Nouvelle-Calédonie

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

Vu la saisine du 26 octobre 2021, enregistrée le 28 octobre 2021 sous le numéro 21-0030F, par laquelle la société la société International Foodies a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par les sociétés Kerl Distribution et Rockman Australia dans le secteur de l'importation et de la distribution de produits alimentaires asiatiques distribuées en Nouvelle Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce ») relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment ses articles Lp. 421-1 et Lp. 421-2-1 ;

Vu la décision de la rapporteure générale par intérim du 7 septembre 2022 disposant que l'affaire fera l'objet d'une décision de l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport ;

Vu la décision de la rapporteure générale par intérim du 28 octobre 2022 décidant de disjoindre l'instruction en deux procédures n° 22-0017F et 22-0018F ;

Vu la notification des griefs du 16 avril 2023 adressée à la société Kerl Distribution par le service d'instruction ;

Vu les observations de la société Kerl Distribution en date du 18 avril 2022 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale et le représentant de la société Kerl Distribution entendus lors de la séance du 28 juin 2023, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Aux termes de la présente décision, l'Autorité sanctionne la société Kerl Distribution pour avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation sur des produits d'origine asiatique vendus par la société Rockman Australia, en contradiction avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, ainsi que pour avoir mis en place une entente sur les prix de vente de ces produits, en violation des dispositions de l'article Lp. 421-1 du code de commerce.

En octobre 2021, la société International Foodies a saisi l'Autorité de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la distribution de produits alimentaires asiatiques distribués en Nouvelle Calédonie, plus précisément sur les mochis, les chips d'algue et les boissons Bubble Tea. La société plaignante estime en effet, après avoir essuyé un refus de vente de la part du fournisseur australien Rockman Australia, qu'il existe un accord exclusif d'importation entre ce fournisseur et la société Kerl Distribution sur ces produits.

L'instruction a conduit à la notification de deux griefs à la société Kerl Distribution, le premier grief portant sur une exclusivité d'importation de produits fournis par la société Rockman Australia, le second sur une entente anticoncurrentielle sur le prix de ces produits.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que les deux pratiques étaient établies par le biais de différents courriels échangés entre les deux sociétés et que l'exclusivité d'importation était un moyen de contrôler les prix des produits en cause sur le marché calédonien. Il est en effet ressorti de l'instruction et des débats en séance que la société Kerl Distribution souhaitait structurer un réseau de revendeurs en Nouvelle-Calédonie pour les produits alimentaires d'origine asiatique qu'elle se procurait auprès de la société Rockman Australia. Elle pratiquait dans sa propre boutique des prix identiques à ceux de ses revendeurs habituels, grandes surfaces et stations-service, afin de tenir compte de leurs marges et éviter des différences de prix sur les mêmes produits. Les tarifs de la société Kerl Distribution ayant cessé d'être compétitifs lorsque la société International Foodies a pratiqué des prix inférieurs, l'accord exclusif d'importation a été négocié entre la société Rockman Australia et la société Kerl Distribution pour éviter « une guerre des prix ».

La société mise en cause ayant indiqué qu'elle avait voulu s'entendre avec la société Rockman Australia en raison du comportement de son concurrent, la société plaignante International Foodies, dont les pratiques sont susceptibles de relever de la concurrence déloyale, l'Autorité souligne dans sa décision que cette circonstance ne saurait justifier la commission d'une infraction aux règles de la concurrence.

Si l'Autorité considère que les deux sociétés ont effectivement coordonné leur action dans le but de réguler le marché et de contrôler le prix des produits concernés, elle retient néanmoins une durée des pratiques inférieure à celle de la société plaignante et du service d'instruction puisqu'il est ressorti des pièces du dossier que, malgré l'accord d'exclusivité entre les parties, des sociétés concurrentes de la société Kerl Distribution ont pu s'approvisionner auprès de la société Rockman Australia dès le mois de novembre 2021. En conséquence, l'Autorité a retenu que les deux pratiques s'étaient étendues du 25 août au 2 novembre 2021, soit pendant une période de deux mois et huit jours.

S'agissant de l'imputabilité des pratiques, le service d'instruction avait imputé les pratiques à la société Kerl Distribution, en qualité d'auteure, ainsi qu'à la société Digital Import, en qualité de co-auteure en raison du fait que les deux sociétés avaient le même gérant. Cependant, l'Autorité a relevé que les liens organisationnels, économiques et juridiques entre ces deux sociétés, de nature à établir l'existence d'une unité économique, étaient, en l'état du dossier, insuffisamment démontrés.

En définitive, l'Autorité rappelle que les ententes de fixation de prix constituent, par nature, les infractions les plus graves au droit de la concurrence, tandis que l'exclusivité d'importation constitue une pratique de moindre gravité. Par ailleurs, l'Autorité constate que le dommage à l'économie est resté limité, les produits concernés ne faisant pas partie des produits de consommation courante et le marché affecté étant un marché de niche.

Compte tenu de ces éléments et de la situation individuelle de la société Kerl Distribution, qui présente des difficultés économiques et financières et qui a pleinement coopéré tout au long de la procédure, l'Autorité a accordé à la société Kerl Distribution une réfaction de 40% par rapport au montant susceptible de lui être infligé au titre des deux pratiques et prononcé une sanction de 500 000 F. CFP à son encontre.

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

SOMMAIRE

I.	Constatations	4
A.	La saisine de la société International Foodies	4
B.	Le secteur concerné	4
1.	Les produits concernés par la plainte	4
2.	Le circuit d'approvisionnement	4
C.	Les entreprises concernées	5
1.	La société plaignante : la société International Foodies	5
2.	L'entreprise mise en cause : la société International Kerl Distribution et la société Digital Import	5
3.	Le fournisseur : la société Rockman Australia	6
D.	Les pratiques constatées	6
1.	L'exclusivité d'importation des produits Rockman Australia en Nouvelle-Calédonie	6
2.	L'accord sur les prix de vente sur le marché intermédiaire	8
3.	L'imputabilité des pratiques	9
E.	Les griefs notifiés	10
II.	Discussion	11
A.	Sur le bien-fondé des griefs	11
1.	Sur le grief n° 1 relatif à une pratique d'exclusivité d'importation	11
2.	Sur le grief n° 2 relatif à une pratique d'entente sur les prix	15
B.	Sur l'imputabilité des pratiques	18
C.	Sur la durée des pratiques	19
D.	Sur les sanctions	20
1.	Sur la gravité des pratiques	20
2.	Sur le dommage causé à l'économie	21
3.	Sur l'individualisation de la sanction	22
4.	Sur le montant de la sanction	23

I. Constatations

A. La saisine de la société International Foodies

1. Par courrier du 26 octobre 2021, enregistré le 28 octobre 2021, la société International Foodies a saisi l'Autorité de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la distribution de produits alimentaires asiatiques en Nouvelle Calédonie.
2. La société International Foodies, qui exerce en Nouvelle-Calédonie comme importateur et revendeur, dénonce « *un problème d'approvisionnement sur une gamme de produits asiatiques* »¹, et plus précisément sur les mochis, gâteaux japonais réalisés à base de riz gluant, de la marque « Royal Family ».
3. Selon la société International Foodies, ce problème d'approvisionnement serait la conséquence de la demande d'exclusivité d'importation formulée par la société Kerl Distribution auprès du fournisseur australien Rockman Australia.
4. Dans sa saisine en date du 27 octobre 2021, la société International Foodies demande à l'Autorité de faire cesser ce comportement mis en œuvre par la société Rockman Australia du fait de l'existence de cet accord exclusif d'importation au profit de la société Kerl Distribution sur ces produits².

B. Le secteur concerné

5. Le secteur concerné est celui de l'importation et de la distribution de produits alimentaires asiatiques en Nouvelle Calédonie.

1. Les produits concernés par la plainte

6. Les produits concernés par la plainte enregistrée le 28 octobre 2021 sont les mochis de la marque « Royal Family », marque taïwanaise réputée pour sa « *très large gamme de mochis* »³.
7. Lors de son audition, le représentant de la société International Foodies a également mentionné les chips d'algue⁴ et les boissons Bubble Tea⁵ de la marque « Paldo » parmi les produits qu'il avait l'habitude d'acheter auprès du fournisseur australien Rockman Australia.
8. Le plaignant a indiqué que ces produits étaient « *très en vogue en Nouvelle Calédonie* »⁶, les mochis constituant « *un produit de mode* ».

2. Le circuit d'approvisionnement

9. Le circuit long (ou intermédié) est le circuit d'approvisionnement historique dans les territoires ultramarins. La Nouvelle-Calédonie ne fait pas exception à la règle⁷.
10. Compte tenu de leur taille réduite, les distributeurs calédoniens ont recours au circuit intermédié pour s'approvisionner en mochis de la marque « Royal Family » et en chips d'algues et Bubble Tea de la marque « Paldo », plutôt que de s'adresser directement aux producteurs.

¹ Voir la lettre de dépôt de plainte, annexe 01, cote 2.

² Voir la saisine de la société International Foodies, annexe 2, cote 26.

³ Voir le PV d'audition du représentant d'International Foodies, annexe 6, cote 43.

⁴ Les chips d'algues sont constituées d'algues grillées et aromatisées.

⁵ Le Bubble Tea désigne une catégorie de boisson composée de thé, de lait et de perles de tapioca.

⁶ Voir le PV d'audition du représentant d'International Foodies, annexe 6, cote 42.

⁷ Autorité de la concurrence, Avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, confirmé par l'avis n°19-A-12 du 4 juillet 2019 concernant le fonctionnement de la concurrence en Outre-Mer.

11. Ils se fournissent donc auprès du représentant officiel de ces marques en Australie, la société Rockman Australia qui, en réponse à une demande du service d'instruction, a indiqué : « *Our products that are marketed in New Caledonia are mainly our exclusive brands* »⁸.
12. Lors de son audition, le représentant de la société International Foodies a précisé qu'il n'avait pas encore trouvé d'autre biais pour se fournir en produits des marques « Royal Family » et « Paldo » : « *Pour les mochis, j'ai écrit à l'usine (...) mais je n'ai jamais eu de réponse, c'est compliqué. Rockman Australia me permet d'accéder directement à l'ensemble de ces marques asiatiques* »⁹.

C. Les entreprises concernées

1. La société plaignante : la société International Foodies

13. La société International Foodies a été créée en 2015 sous forme d'entreprise individuelle. Elle est enregistrée au RCS de Nouméa sous le numéro 1289487, son activité est l'importation et la distribution de divers produits alimentaires¹⁰.
14. Créée à l'origine par Mme Sandra Negosanti, International Foodies est une entreprise familiale dont la gérance est assurée par M. Antoni Negosanti.
15. Son chiffre d'affaires s'est élevé en 2020 à environ 25 millions de F.CFP¹¹.

2. L'entreprise mise en cause : la société International Kerl Distribution et la société Digital Import

16. La société Kerl Distribution est une société à responsabilité limitée, créée le 4 novembre 2016 à Nouméa et enregistrée au RCS de Nouméa sous le numéro 1333533.
17. La société Kerl Distribution est également une entreprise familiale dont le capital est conjointement détenu par le gérant, M. Rolland Bui-Duyet et par son épouse.
18. L'activité de la société Kerl Distribution consiste en : « *L'achat, l'import-export et la distribution en gros de produits électroniques, téléphonie, multimédia et électroménager. Commerce de gros de produits et marchandises alimentaires non-spécifiées* »¹².
19. Lors de son audition, le représentant de la société Kerl Distribution a indiqué posséder une autre société, la société Digital Import, et il précisé « *A l'origine, cette société était active dans l'électronique puis, fin 2019, une partie du local a été transformé en magasin (magasin Good Food spécialisé dans « les produits du monde en boissons, snacking, confiserie, chocolat ») et finalement, depuis fin en mars 2022, l'activité électronique a été arrêtée et ne subsiste que l'activité du magasin Good Food. La société Kerl Distribution revend au magasin sous enseigne Good Food* »¹³.
20. La société Digital Import a été créée le 29 avril 2005 à Nouméa et est enregistrée au RCS de Nouméa sous le numéro 763029. La gérance et la composition du capital de la société Digital Import sont identiques à celles de la société Kerl Distribution¹⁴.

⁸ « *Les produits que nous commercialisons en Nouvelle-Calédonie sont principalement les marques pour lesquelles nous détenons une exclusivité.* » traduction libre, voir la réponse à la demande d'informations du service d'instruction de la société Rockman, annexe 9, cote 56.

⁹ Voir le PV d'audition du représentant d'International Foodies, annexe 6, cote 44.

¹⁰ Voir l'extrait de K-Bis de la société International Foodies, annexe 03, cote 28.

¹¹ Voir le PV d'audition du représentant d'International Foodies, annexe 6, cote 42.

¹² Voir l'extrait de Kbis de la société Kerl Distribution, annexe 19, cote 82.

¹³ Voir le procès-verbal d'audition de la société Kerl Distribution, annexe 7, cote 49.

¹⁴ Voir le mail du 24 août 2022, annexe 16, cote 73.

21. Le chiffre d'affaires de la société Kerl Distribution a été de 33 655 234 F.CFP en 2021, de 28 454 715 F.CFP en 2020 et de 26 643 717 F.CFP en 2019¹⁵.

3. Le fournisseur : la société Rockman Australia

22. La société Rockman Australia PTY.LTD (ACN 051 308 475/ABN 18 051 308 475) est une société de droit australien créée le 11 avril 1991 à Sydney NSW 2000 en Australie.
23. Rockman Australia est importateur, grossiste et distributeur de produits alimentaires et de boissons asiatiques en Australie¹⁶.
24. Les produits commercialisés en Nouvelle Calédonie par la société Rockman Australia sont des produits de marques dont elle détient l'exclusivité, telles que : Royal Family, Paldo, Jinjin, Famous House, Gold Kili¹⁷.
25. Lors de son audition, le représentant de la société International Foodies a souligné que la société Rockman Australia était le « *représentant de beaucoup de marques importantes sur le marché australien* »¹⁸.

D. Les pratiques constatées

26. Dans son courrier à l'Autorité en date du 27 octobre 2021, la société International Foodies indique déposer plainte en raison d'un « *problème d'approvisionnement sur une gamme de produits asiatiques* » et dénonce des « *pratiques anti-concurrentielles visant à restreindre le marché néocalédonien en faveur d'un opérateur unique* »¹⁹.
27. Selon la société plaignante, ce problème d'approvisionnement serait la conséquence de la « *demande d'exclusivité* » formulée par la société Kerl Distribution auprès de la société Rockman Australia dans l'optique « *d'empêcher tout opérateur autre que lui-même de se procurer ces dits produits* »²⁰.
28. Elle dénonce de ce fait un accord exclusif d'importation au profit de la société Kerl Distribution.

1. L'exclusivité d'importation des produits Rockman Australia en Nouvelle-Calédonie

29. Il ressort de l'instruction que les produits de la société Rockman Australia sont importés et distribués en Nouvelle-Calédonie par la société Kerl Distribution depuis 2018²¹.
30. Lors de son audition par le service d'instruction, le représentant de la société International Foodies a expliqué avoir contacté la société Rockman Australia afin de fournir son magasin et revendre éventuellement à d'autres clients professionnels : « *le magasin importe des produits australiens et suite à la forte demande de la part de notre clientèle pour les marques de produits asiatiques très en vogue en Nouvelle-Calédonie (boissons, chips, mochis) je me suis adressé à la société Rockman Australia pour importer leurs produits. (...) Kerl Distribution importait déjà ces produits via Rockman Australia, mais son prix de revente était élevé j'ai donc préféré contacter directement le fournisseur* »²².

¹⁵ Voir le courriel de la société Kerl Distribution au service d'instruction, annexe 10, cote 58.

¹⁶ Voir la rubrique « about us » sur le site officiel Rockman Australia.

¹⁷ Voir le courriel de la société Rockman Australia, annexe 9, cote 56.

¹⁸ Voir le procès-verbal d'audition de la société International Foodies, annexe 6, cote 43.

¹⁹ Voir le courrier de plainte de la société International Foodies, annexe 1, cote 2.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Voir le courriel de la société Rockman Australia, annexe 9, cote 56.

²² Voir le PV d'audition du représentant de la société International Foodies, annexe 6, cotes 43.

31. Le représentant de la société International Foodies indique avoir pu s'approvisionner une première fois mais lorsque la société a « *voulu passer une deuxième commande plus importante (...) cela n'a pas été possible* », la société Rockman Australia l'ayant informé par courriel de l'existence d'une exclusivité d'importation au profit de la société Kerl Distribution pour la Nouvelle-Calédonie²³. A l'appui de ses déclarations, le représentant de la société International Foodies a produit dans sa lettre de plainte une copie du courriel de la société Rockman Australia en date du 30 septembre 2021, précisant que « *Head office had informed us that Kerl Distribution will be our sole distributor for the rest of the year* »²⁴.
32. Le représentant de la société International Foodies estime cependant que l'accord exclusif d'importation est antérieur à sa première commande : « *Je ne comprends pas comment j'ai pu passer ma première commande car l'exclusivité d'importation était en cours depuis au moins deux ans, depuis que le magasin Good Food a ouvert* »²⁵. Selon le représentant de la société International Foodies, la livraison de cette première commande par la société Rockman Australia résulterait d'une absence de communication interne entre son siège social à Melbourne et l'un de leurs commerciaux basés à Sydney : « *Le siège social de Rockman Australia est à Melbourne mais je me suis adressé directement à un commercial de Sydney qui ne devait pas être au courant de ce contrat d'exclusivité* »²⁶.
33. Lors de son audition, le représentant de la société International Foodies a précisé : « *c'est par le mail du 30 septembre 2021 que Rockman Australia m'a informé avoir confié la distribution exclusive de leurs produits asiatiques sur le marché néo-calédonien à Kerl Distribution et que je devais, en conséquence, m'adresser au gérant de Kerl Distribution qui me revendrait les produits* »²⁷.
34. Interrogé par le service d'instruction sur le courriel de Rockman Australia du 30 septembre 2021, le représentant de la société Kerl Distribution a indiqué qu'il n'y avait, selon lui, aucune exclusivité mais a expliqué que « *Pour Rockman Australia il est plus simple d'avoir un distributeur. Si International Foodies n'a pas pu commander auprès de Rockman Australia elle aurait dû suivre la démarche indiquée [acheter les produits auprès de Kerl Distribution] dans le mail que vous me soumettez* »²⁸.
35. Dans un courriel en date du 21 août 2021, il apparaît toutefois que la société Kerl Distribution a pris l'initiative d'écrire à la société Rockman Australia pour dénoncer le fait qu'une autre société en Nouvelle-Calédonie ait pu importer les mochis de marque « Royal Family » et des chips d'algues qu'elle commercialisait déjà²⁹.
36. La société Rockman Australia répond le 23 août 2021 qu'elle est désolée de la situation³⁰. Le représentant de la société Kerl Distribution adresse un nouveau courriel à Rockman Australia le lendemain pour indiquer qu'elle n'entend pas commercialiser ses produits si d'autres distributeurs calédoniens le font également : « *We have been informed that others companies in New Caledonia offer Royal Family mochi to the same resellers of us. They would like to work with our customers and offer cheaper than us. (...) We want to support products/brand in our market that do the same with us. There are no sens to fight with prices to the same customers as*

²³ *Ibid.* cote, 43.

²⁴ Voir la lettre de dépôt de plainte de la société International Foodies, annexe 1, cote 6.

²⁵ Voir le PV d'audition du représentant de la société International Foodies, annexe 6, cote 45.

²⁶ *Ibid.* cote 43.

²⁷ *Ibid.* cote 44.

²⁸ Voir le PV d'audition du représentant de la société Kerl Distribution, annexe 7, cote 51.

²⁹ Voir la pièce jointe au courriel du représentant de la société Kerl Distribution, annexe 14, cote 68 : « *There is a other company in New Caledonia name 'international Foodies' that import the same Royal Family Mochi (120g & 210g) and roasted seaweed that we sell in our market already.* »

³⁰ *Ibid.* : « *Thanks for the email and sorry to hear that from you. I trust Michael will come back to you regarding the issues that you have mentioned. I have also included our Sales manager Ken Yang in the email.* »

long term. We will accept if you choose another company to distribute your products in our market. Please just let you know your decision, then we can see more clearly the way to choose »³¹.

37. En réponse à ce mail, la société Rockman Australia propose à la société Kerl Distribution, par courriel du 24 août 2021, de devenir importateur exclusif de ses produits : « *I understand that you have been our long term business partner (...) we decided to offer you a chance of being our sole distributor (...) Currently your monthly sales is around 6000 AUD, we will require sales increase up to 12000 AUD for the rest of 2021 (...) »³².*
38. Dans son message de refus de vente à la société International Foodies, la société Rockman Australia explique que l'exclusivité accordée à Kerl Distribution vise à accroître la notoriété des marques distribuées par Rockman Australia en Nouvelle-Calédonie : « *The purpose is to expand our brands exposure by increasing marketing activities through Kerl Distribution »³³.*
39. Le représentant de la société Kerl Distribution a reconnu avoir « *accepté sa proposition afin de continuer à fournir (ses) revendeurs »³⁴.*
40. Dès le 9 octobre 2021 cependant, la société International Foodies a averti la société Rockman Australia de l'existence d'une interdiction des exclusivités d'importation sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie : « *Kerl Distribution (Mr Bui Duyet) cannot be your exclusive distributor for New Caledonia, it is actually not permitted in our country if he asked you to do so »³⁵.*
41. Par un mail en date du 6 janvier 2022, la société Rockman Australia a indiqué à la société International Foodies la fin de l'exclusivité de distribution qu'elle avait accordée à la société Kerl Distribution : « *Rockman Australia are informing you that our sole distribution relationship with Kerl Distribution had been terminated on the 6th January 2022 due to unstable circumstances »³⁶.*
42. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le service d'instruction a considéré que la société Kerl Distribution bénéficiait de droits exclusifs d'importation sur certains produits vendus par la société Rockman Australia sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour la période du 24 août 2021 au 6 Janvier 2022.

2. L'accord sur les prix de vente sur le marché intermédiaire

43. Au regard des mails échangés entre le 21 et le 24 août 2021 entre les sociétés Kerl Distribution et Rockman Australia, le service d'instruction a constaté que l'exclusivité d'importation évoquée

³¹ Ibid. cote 67 : « *Nous avons été informés que d'autres compagnies en Nouvelle-Calédonie proposent les mêmes mochis Royal Family que nous à des distributeurs. Ils voudraient travailler avec nos clients et proposent des prix inférieurs aux nôtres. Nous voulons encourager les marques pour lesquelles nous travaillons si celles-ci font la même chose pour nous. Il n'y a pas de sens à se battre pour les prix aux mêmes clients sur le long terme. Nous comprendrons si vous choisissez qu'une autre société distribue vos produits sur notre marché. Merci de nous faire savoir votre décision, que nous puissions clairement choisir notre voie » (traduction libre).*

³² Ibid., cote 66 : « *Je comprends que vous êtes notre partenaire commercial depuis longtemps (...) nous avons décidé de vous donner une chance d'être notre distributeur exclusif (...). Actuellement, vos ventes mensuelles tournent autour de 6000 AUD, nous demanderons un accroissement des ventes à 12 000 AUD pour le reste de l'année 2021 » (traduction libre).*

³³ Voir la lettre de dépôt de plainte de la société International Foodies, annexe 1, cote 5 : « *le but est d'accroître la notoriété de nos marques en augmentant les activités de marketing à travers Kerl Distribution » (traduction libre).*

³⁴ Voir le courriel de Kerl Distribution, annexe 21, cotes 86.

³⁵ Voir le courrier de dépôt de plainte, annexe 1, cote 6 : « *Kerl Distribution (M. Dui-Buyet) ne peut pas être votre distributeur exclusif pour la Nouvelle-Calédonie, cela n'est pas autorisé dans notre pays » (traduction libre).*

³⁶ Voir le PV d'audition du représentant de la société Kerl Distribution, annexe 7, cote 52 : « *Rockman Australia vous informe que notre distribution exclusive avec Kerl Distribution s'est terminée le 6 janvier 2022 en raison de circonstances instables » (traduction libre).*

entre les deux sociétés avait pour but de « réguler le marché » en imposant des tarifs « cohérents », et de permettre aux entreprises d'établir un prix de vente sur le marché intermédiaire de la distribution en gros.

44. Par mail du 21 août 2021, le représentant de la société Kerl Distribution demande à la société Rockman Australia de ne pas vendre à la société International Foodies afin d'éviter toute compétition sur les prix. Il estime en effet que cette société souhaite perturber le marché en réduisant le prix de vente : « *They like to disturb the market and reduce selling price (...) Some of our dealers complain to us because they advertise with lower price. Our market is small, and we try to keep a price policy for everyone win win. Please support us on this way* »³⁷.
45. Par mail du 24 août 2021, la société Rockman Australia propose alors à Kerl Distribution d'être son distributeur exclusif en précisant que cette exclusivité permettra d'empêcher toute compétition sur les prix : « *our main goal is to increase all of our brands exposure all on top of Royal Family, we do not want our customer to compete in price* »³⁸.
46. La société Rockman Australia précise en outre que si la société Kerl Distribution n'est pas intéressée par la hausse des objectifs d'achats proposée, l'exclusivité sera proposée à un autre importateur calédonien afin de réguler le marché, de fournir un prix de vente conseillé et de distribuer uniquement aux clients qui vendront au prix de vente recommandé qu'elle aura déterminé : « *If you decide to turn down the opportunity, we will discuss with other New Caledonia competitor in order to regulate the market, providing a market RRP [recommended retail price] and we will only distribute to customers that sell by the RRP that we provided* »³⁹.

3. L'imputabilité des pratiques

a. Les principes applicables

47. La notion d'entreprise désigne toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. À cet égard, la jurisprudence a précisé, d'une part, que la notion d'entreprise, placée dans ce contexte, doit être comprise comme désignant une unité économique, même si du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales et, d'autre part, lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction.
48. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques⁴⁰.

³⁷ Voir les courriels transmis par la société Kerl Distribution, annexe 14, cotes 68 : « Ils aiment perturber le marché et réduire le prix de vente (...) Certains de nos revendeurs se plaignent auprès de nous parce qu'ils font de la publicité avec des prix plus bas. Notre marché est petit et nous essayons de garder une politique de prix gagnante pour tout le monde. Merci de nous soutenir dans cette démarche » (traduction libre).

³⁸ *Ibid.* cote 66 : « notre objectif principal est d'augmenter la notoriété de nos toutes nos marques, en plus de « Royal Family », nous ne voulons pas que nos clients se concurrencent sur les prix » (traduction libre).

³⁹ *Ibid.* : « Si vous décidez de ne pas saisir cette opportunité, nous discuterons avec vos concurrents calédoniens afin de réguler le marché, de fournir un prix de vente conseillé et nous distribuerons seulement aux clients qui vendront au prix de vente conseillé que nous aurons défini » (traduction libre).

⁴⁰ Voir arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 155. 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. 1-8237, point 55, du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, Rec. 2011 p. 1-2239, point 95, et CJUE 29 septembre 2011, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, Rec. 2011 p. 1-8947, point 53, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18

49. De ce fait, c'est l'unité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction.

b. Application au cas d'espèce

50. La société Kerl Distribution, mise en cause par la notification de griefs en date du 16 avril 2021, est gérée par M. Rolland Bui-Duyet qui est également le gérant, avec son épouse, de la société Digital Import dont ils détiennent chacun la moitié du capital. Les sociétés, à défaut d'avoir des participations réciproques, ont donc les mêmes actionnaires et un gérant commun.

51. L'application de la notion d'unité économique propre au droit de la concurrence, a conduit le service d'instruction à imputer les griefs à la société Kerl Distribution en qualité d'auteur et à la société Digital Import en qualité de co-auteur.

52. Le service d'instruction a estimé que ces deux sociétés n'avaient pas d'autonomie commerciale l'une par rapport à l'autre et qu'elles étaient toutes deux actives « *dans le secteur de la vente de produits électroniques et alimentaires* »⁴¹, la société Kerl Distribution pour les activités d'importation et de revente en gros et la société Digital Import pour la revente au détail. Le service d'instruction en a déduit que ces sociétés pouvaient être considérées comme faisant partie de la même unité économique, au sens du droit de la concurrence.

E. Les griefs notifiés

53. Sur la base des constatations qui précèdent, deux griefs ont été notifiés :

« Grief n°1 :

Il est fait grief à la société Kerl Distribution (RCS Nouméa 1333533), en qualité d'auteur des pratiques, et à la société Digital Import (RCS Nouméa 763029), en qualité de co-auteur des pratiques, d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation sur les produits vendus par la société Rockman Australia sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour la période du 24 août 2021 au 6 Janvier 2022.

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

Grief n°2 :

Il est fait grief aux sociétés ci-après :

- *la société Kerl Distribution (RCS Nouméa 1333533), en qualité d'auteur des pratiques ;*
- *la société Digital Import (RCS Nouméa 763029), en qualité de co-auteur des pratiques ;*

D'avoir conclu un accord et mis en œuvre une entente visant à fixer à un niveau artificiellement haut le prix de revente sur le marché des produits alimentaires vendus à titre exclusif par la société Rockman Australia à la société Kerl Distribution sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour la période du 24 août 2021 au 6 Janvier 2022.

Cette pratique a pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des produits alimentaires vendus à titre exclusif par la société Rockman Australia à la société Kerl Distribution sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie et est contraire à l'article Lp. 421-1 du code de commerce. »

⁴¹ Notification de griefs, point 183.

II. Discussion

A. Sur le bien-fondé des griefs

54. La notification de griefs fait état, d'une part, d'une exclusivité d'importation (1) et, d'autre part, d'une entente sur les prix (2). Il revient à l'Autorité d'apprécier si les pratiques reprochées sont établies en l'espèce au regard du droit applicable.

1. Sur le grief n° 1 relatif à une pratique d'exclusivité d'importation

a. Le droit applicable

55. 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* ».
56. Cet article est la transposition en Nouvelle-Calédonie de l'article L. 420-2-1 du code de commerce métropolitain qui interdit « *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* »⁴².
57. 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-Calédonie⁴³. 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.
58. L'interdiction des droits exclusifs d'importation entre professionnels en Nouvelle-Calédonie est donc en vigueur depuis près de 10 ans et les pratiques contraires sont, depuis lors, susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
59. S'agissant du marché pertinent, 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 concurrence.
60. 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.
61. 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 objet ou des effets anticoncurrentiels.
62. 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

⁴² Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite « loi Lurel ».

⁴³ <http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2013&page=9244>

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*.

63. L'Autorité rappelle que la forme de l'accord est indifférente dès lors que celui-ci a pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises.
64. Dans sa décision n° 2021-PAC-01, l'Autorité a néanmoins souligné que la démonstration de l'existence d'un accord exclusif d'importation pouvait également reposer sur un faisceau d'indices tels que la mention d'une clause d'exclusivité dans les contrats commerciaux, l'impossibilité pour les distributeurs, autres que celui bénéficiant d'un accord exclusif, de travailler avec le fournisseur et l'incapacité pour un distributeur calédonien de se procurer le produit par d'autres moyens⁴⁴.

b. Application au cas d'espèce

Les arguments de la société mise en cause

65. Dans ses observations en date du 7 juillet 2023, la société Kerl Distribution soutient, en premier lieu, qu'elle n'a pas sollicité la mise en œuvre d'une exclusivité auprès de la société Rockman Australia. Selon elle, elle a simplement contacté son fournisseur australien, après avoir constaté que « *deux autres commerçants propos(aient) les mêmes produits* » à un prix inférieur au leur, ceci afin d'« *avoir des informations sur les produits proposés à International Foodies car nous souhaitons continuer à distribuer correctement le produit mochi* »⁴⁵.
66. Dans son premier courriel à la société Rockman Australia en date du 24 août 2021, la société Kerl Distribution précise : « *we will accept if you prefer to choose another company to distribute your products in our market* »⁴⁶
67. La société Kerl Distribution s'est par la suite vue proposer par le chef des ventes de la société Rockman Australia « *de devenir leur seul distributeur de Mochis sur le marché Calédonien à la condition de doubler nos achats habituels, l'objectif étant de 12.000 AUD mensuel au lieu de 6.000 AUD avec une révision annuelle* »⁴⁷.
68. La société Kerl Distribution reconnaît dans ses écritures avoir accepté cette proposition et fournit un courriel en date du 24 août 2021 précisant : « *We accept your proposal and will ensure to give our effort to reach your target of sales.* »⁴⁸
69. Toutefois, la société Kerl Distribution estime avoir « *été trompé par ce fournisseur (...). Il nous a proposé une distribution 'exclusive' qui n'en est pas une puisque sans contrat, ni conditions particulières. Seulement un mail et une promesse de prix.* »⁴⁹
70. En deuxième lieu, la société Kerl Distribution fait valoir que l'exclusivité qui lui aurait été proposée par la société Rockman Australia n'a pas été mise en œuvre.
71. Elle produit plusieurs pièces démontrant que la société International Foodies a communiqué sur les réseaux sociaux au sujet de l'arrivage dans son magasin de produits vendus par la société Rockman Australia, en septembre puis en novembre 2021.
72. La société Kerl Distribution souligne dans ses observations qu'une « *commande prend en moyenne 4 à 5 semaines à arriver (surtout avec les retards des navires en période de fêtes)* »⁵⁰

⁴⁴ Voir décision n° 2021-PAC-01, points 18 et suivants.

⁴⁵ Voir les observations de la société Kerl Distribution, annexe 31, cote 117.

⁴⁶ *Ibid.*, cote 118.

⁴⁷ *Ibid.*, cote 119.

⁴⁸ *Ibid.*, cote 120.

⁴⁹ *Ibid.*, cote 146.

⁵⁰ *Ibid.*, cote 122.

et en déduit que la société International Foodies a pu passer commande auprès de Rockman Australia courant août puis courant octobre 2021⁵¹.

73. La société Kerl Distribution produit également une publication de la société Côte d'Asie mentionnant un « *gros arrivage de Mochis* »⁵² le 8 octobre 2021.
74. Selon la société Kerl Distribution : « *Cela signifie bien (...) qu'il n'existe pas d'exclusivité puisqu'ils [les concurrents] ont pu effectuer leur commande* »⁵³.
75. En troisième lieu, la société Kerl Distribution soutient en substance que le dommage à l'économie n'est pas avéré.
76. Elle relève que la société International Foodies a reconnu dans son audition par le service d'instruction qu'il était possible de s'approvisionner sans passer par la société Rockman Australia mais qu'elle n'avait « *pas encore trouvé* » comment faire⁵⁴.
77. Elle estime par ailleurs que le préjudice allégué par la société International Foodies, en termes de perte de chiffre d'affaires, n'est pas cohérent : « *International Foodies estime que les produits Rockman auraient représenté 20 à 25 % de leur chiffre d'affaires après un essai sur des produits à la mode (Mochis), des Bubble Tea et des algues. Nous mettons en doute cette affirmation qui n'est pas cohérente. Ces produits ne sont pas des produits de consommation courante, ce sont des produits de niche et je cite la déclaration de International Foodies 'le mochi est un produit de mode'* »⁵⁵.
78. La société Kerl Distribution indique enfin que la société International Foodies n'aurait pas, contrairement à ce qu'elle affirme dans son courrier de dépôt de plainte, approvisionné de revendeurs calédoniens et que, depuis janvier 2022, les mochis « *ne se trouvent plus ni en grande distribution ni dans les stations-services qu'International Foodies évoquait dans sa plainte (soit-disant avoir perdu du chiffre d'affaires...)* »⁵⁶. La société Kerl Distribution réfute donc la perte alléguée de chiffres d'affaires de la société International Foodies à l'égard de ses clients revendeurs.
79. En quatrième lieu, la société Kerl Distribution met en avant sa bonne foi en faisant valoir, d'une part, qu'elle a spontanément mis fin à l'accord exclusif en janvier 2022 et, d'autre part, qu'elle ignorait les règles du droit de la concurrence : « *J'ai été naïf d'accepter la proposition du fournisseur Rockman. Je vous assure de ma bonne foi mais je manque hélas de connaissances sur la réglementation en vigueur, raison pour laquelle je n'ai pas considéré cette proposition comme une exclusivité. Il est aussi sûr que nous n'aurions jamais accepté cette offre si nous avions su avoir un concurrent aussi décidé à nous nuire. Nous souhaitons aussi vous attester qu'à ce jour, nous n'avons aucune exclusivité avec quelque fournisseur que ce soit* »⁵⁷.
80. En cinquième et dernier lieu, la société Kerl Distribution dénonce une « *concurrence déloyale pour imitation* »⁵⁸ de la part d'International Foodies et produit un certain nombre d'éléments susceptibles de relever d'une pratique de concurrence parasitaire de la part de son concurrent International Foodies. En séance devant l'Autorité, elle indique que c'est principalement le

⁵¹ *Ibid.*, cote 130 : « *Le 29/12/2021, la société International Foodies annonce sur sa page Facebook l'arrivée de Mochis, il y a aussi de la gelée Royal Family que l'on peut voir sur la photo 2. Le délai d'approvisionnement en provenance d'Australie est d'environ 4 à 5 semaines, la commande a de facto dû être passée courant novembre 2021. Qui serait le fournisseur de ces produits si ce n'est pas Rockman lui-même ?* »

⁵² *Ibid.*, cote 122.

⁵³ *Ibid.*, cote 133.

⁵⁴ *Ibid.*, cote 131.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, cote 146.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, cotes 133 et suivantes.

comportement déloyal de son concurrent qui l'a conduit à accepter la proposition de la société Rockman Australia de devenir son distributeur exclusif en Nouvelle-Calédonie.

▪ [La réponse de l'Autorité](#)

81. L'Autorité rappelle que la démonstration de la mise en œuvre de pratiques exclusives d'importation requiert, comme en matière d'entente, que soit établi, par tout mode de preuves, un accord de volontés entre les parties⁵⁹.
82. En l'espèce, la présomption de la participation de la société Kerl Distribution à un accord exclusif d'importation sur les produits fournis par la société Rockman Australia repose non-seulement sur le signalement de la société International Foodies, fournissant la copie de courriels échangés entre le représentant de la société plaignante et le commercial de la société Rockman Australia, mais aussi sur les observations de la société Kerl Distribution.
83. En effet, la société mise en cause confirme, dans ses écritures en date du 17 juin 2023, son consentement à la mise en œuvre de la pratique d'exclusivité et fournit une copie des courriels échangés les 24 et 25 août 2021, établissant l'accord de volontés des deux parties : « *We accept your proposal and will ensure to give our effort to reach your target of sales* » / « *We welcome you as our sole distributor for New Caledonia* »⁶⁰.
84. L'Autorité constate néanmoins, à la lumière des éléments fournis par la société Kerl Distribution, que celle-ci n'est pas à l'origine d'une demande d'accord exclusif auprès de la société Rockman Australia, ce dont elle pourra tenir compte, au titre des circonstances atténuantes, dans l'appréciation des sanctions.
85. S'agissant des conditions dans lesquelles l'exclusivité d'importation aurait été mise en œuvre, l'Autorité rappelle que la qualification de la pratique en cause ne requiert pas, comme en matière d'entente, la preuve d'un effet sur le marché, la pratique étant sanctionnable *per se*⁶¹.
86. Il importe donc peu que la pratique reprochée ait eu, ou non, des effets réels ou potentiels sur les marchés concernés pour la qualifier en droit de la concurrence. L'Autorité pourra néanmoins tenir compte des éléments soulevés par la société mise en cause dans ses observations concernant les effets réduits de la pratique sur l'économie calédonienne dans son évaluation du dommage causé à l'économie.
87. S'agissant de la méconnaissance alléguée du droit de la concurrence par la société mise en cause, l'Autorité rappelle que les pratiques d'exclusivité d'importation sont interdites depuis le 21 mars 2014 en Nouvelle-Calédonie. Comme elle l'a souligné dans sa récente décision n° 2023-PAC-01, l'Autorité a, lors de son installation en mars 2018, pris soin d'informer largement, en partenariat avec la Chambre de Commerce et d'Industrie de Nouvelle-Calédonie, les opérateurs calédoniens sur les règles de droit de la concurrence. Depuis lors, l'Autorité a rendu six décisions à ce sujet, dont quatre ayant sanctionné onze opérateurs, en Nouvelle-Calédonie et en Europe, tous soumis à des obligations de publicité de la sanction.
88. La prohibition des accords exclusifs d'importation n'est donc pas si récente ni si peu signalée que la société mise en cause puisse exciper de sa méconnaissance de la loi.
89. Dans sa décision n° 2022-PAC-01 du 25 janvier 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de matériels et d'équipements agricoles en Nouvelle-

⁵⁹ Voir notamment CJUE, C 204/00 P, Aalborg Portland e.a./Commission, 7 juillet 2004 et C-407/08 P, Knauf Gips/Commission 1^{er} juillet 2010. Voir également Adlc, décision n° 20-D-16, relative à des importations exclusives de champagnes aux Antilles et en Guyane. Voir aussi décision n° 23-D-02 du 8 mars 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation du champagne Canard-Duchêne aux Antilles et en Guyane.

⁶⁰ Voir les observations de la société Kerl Distribution, annexe 31, cote 120.

⁶¹ Voir Cass. Com., 26 janvier 2022, n°20-14.000. Voir également CA Paris, 9 juin 2022, n°20/162887.

Calédonie, l'Autorité a également considéré que la méconnaissance de la loi ne constituait pas un facteur atténuant de la gravité des pratiques en cause⁶².

90. S'agissant, enfin, des éléments relatifs à des éventuelles pratiques d'imitation ou de parasitisme dont la société Kerl Distribution se dit victime, l'Autorité souligne qu'elle n'est compétente en matière de concurrence déloyale que dans l'hypothèse d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante de la part de l'auteur (ou des auteurs) de la pratique.
91. Si la société Kerl Distribution estime que le comportement de la société International Foodies relève de la concurrence déloyale à son égard, au titre de l'imitation ou du parasitisme, il lui appartient d'engager, le cas échéant, une action en responsabilité à son encontre auprès du tribunal mixte de commerce de Nouméa. En tout état de cause, l'Autorité souligne que le comportement de la société concurrente ne saurait justifier la commission d'une infraction aux règles de la concurrence de la part de la société Kerl Distribution.
92. En définitive, l'Autorité constate que la société Kerl Distribution a renoncé de façon expresse à contester la réalité de la pratique en cause, la qualification juridique et la validité du grief. Elle observe que les pièces que la société Kerl Distribution a fournies dans le cadre de ses observations établissent la réalité de l'accord d'exclusivité. Elle considère enfin que les arguments soulevés par la société Kerl Distribution quant au dommage modéré à l'économie peuvent, comme sa collaboration avec le service d'instruction tout au long de la procédure, constituer des facteurs d'atténuation du montant de la sanction susceptible de lui être infligée.
93. Il résulte de ce qui précède que le grief n° 1, relatif à une pratique d'exclusivité d'importation entre les sociétés Kerl Distribution et Rockman Australia, est établi.

2. Sur le grief n° 2 relatif à une pratique d'entente sur les prix

a. Le droit applicable

94. L'article Lp. 421-1 du code de commerce dispose que : « *Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à :*
- 1° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
 - 2° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
 - 3° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
 - 4° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique. »⁶³*
95. L'Autorité a rappelé, conformément à la pratique décisionnelle métropolitaine et européenne, qu'une pratique d'entente anticoncurrentielle prohibée suppose un accord de volontés entre des entités économiques disposant chacune d'une autonomie de décision suffisante. Cette autonomie se décline sous la forme d'une autonomie de stratégie commerciale, financière et technique⁶⁴.
96. L'existence d'un accord est établie dès lors que les entreprises ont exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée.

⁶² Décision n° 2022-PAC-01 du 25 janvier 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de matériels et d'équipements agricoles en Nouvelle-Calédonie, points 158 et suivants.

⁶³ Voir l'article Lp. 421-1 du code de commerce.

⁶⁴ Voir décision n° 2019-PAC-01 et n° 2022-PAC-02.

97. Par ailleurs, les autorités de concurrence métropolitaine et européenne ont précisé que si la notion d'accord (ou de convention) recouvre notamment l'hypothèse des contrats au sens du droit civil⁶⁵, elle s'applique également à des engagements dépourvus de force contraignante ou encore à un contrat frappé de nullité⁶⁶. Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour caractériser une entente, que les entreprises se soient engagées, par un accord formel, à adopter un comportement déterminé sur le marché⁶⁷.
98. Une entente a un objet anticoncurrentiel lorsque, en raison de sa teneur et de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est de nature à empêcher, fausser ou restreindre la concurrence⁶⁸. Ce sont ainsi des accords dont la mise en œuvre conduit nécessairement à restreindre la concurrence, si bien qu'il s'avère inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché⁶⁹.
99. Selon la pratique décisionnelle métropolitaine et européenne, la notion d'accord anticoncurrentiel par objet s'applique indépendamment de la circonstance éventuelle que les parties à l'accord n'ont pas eu l'intention, voire seulement la conscience de violer les règles de concurrence⁷⁰. Ainsi, la preuve de l'intention de restreindre la concurrence n'est pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a pour objet une telle restriction.

b. Application au cas d'espèce

▪ Les arguments de la société mise en cause

100. Dans ses écritures en date du 17 juin 2023, la société Kerl Distribution confirme avoir contacté la société Rockman au sujet des prix pratiqués par son concurrent International Foodies afin de « continuer à distribuer correctement le produit mochi et éviter une 'guerre des prix' »⁷¹. Elle indique : « ni International Foodies ni Cote d'Asie ne nous a contacté pour la vente des produits que Rockman nous proposait de distribuer en Nouvelle-Calédonie. Or, nous avons la volonté de collaborer avec ces enseignes, défendant une politique de prix cohérente pour que le consommateur et le vendeur soient gagnants »⁷².
101. En séance devant l'Autorité, le représentant de la société Kerl Distribution a contesté avoir eu l'intention de s'entendre sur les prix avec son fournisseur, la société Rockman, exposant notamment que les échanges étaient en anglais et ne traduisaient pas exactement son intention.
102. Il est ressorti des débats en séance que la société Kerl Distribution souhaitait structurer un réseau de revendeurs en Nouvelle-Calédonie pour les produits alimentaires d'origine asiatique qu'elle se procurait auprès de la société Rockman Australia. A cet effet, elle pratiquait dans sa propre boutique des prix identiques à ceux de ses revendeurs habituels, grandes surfaces et stations-service, afin de tenir compte de leurs marges et éviter des différences de prix sur les mêmes

⁶⁵ Voir par exemple la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football.

⁶⁶ Voir par exemple l'arrêt de la CJCE du 11 janvier 1990, aff. C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceuti.

⁶⁷ Voir en ce sens la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre ; voir CJCE 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic, cartel du polypropylène.

⁶⁸ Voir par exemple la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture.

⁶⁹ Voir en ce sens le rapport annuel du conseil de la concurrence métropolitain de 2003.

⁷⁰ Voir par exemple la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement ; les arrêts de la CJUE du 11 septembre 2014, aff. C-67/13, CB/Commission ; du 2 avril 2020, aff. C-228/18, Budapest Bank et a.

⁷¹ Voir les observations de la société Kerl Distribution, annexe 31, cote 117.

⁷² *Ibid.* cotes 126 et 127.

produits. Ses tarifs ont donc cessé d'être compétitifs lorsque la société International Foodies a pratiqué des prix inférieurs.

103. Selon le représentant de la société mise en cause, sa démarche auprès de la société Rockman Australia pour « *éviter une guerre des prix* » visait donc à maintenir la viabilité de son réseau de distribution de revendeurs.
- [La réponse de l'Autorité](#)
104. En l'espèce, les sociétés Rockman Australia et Kerl Distribution sont deux entreprises distinctes opérant sur des marchés différents.
105. Or, il ressort de l'instruction que ces deux sociétés ont échangés plusieurs courriels faisant état de leur volonté de coordonner leur action sur le marché de la distribution de produits alimentaires d'origine asiatique en Nouvelle-Calédonie, dans le but de « réguler le marché » et de contrôler les prix des produits en cause.
106. Ainsi, par courriel du 21 août 2021, le représentant de société Kerl Distribution expose à la société Rockman Australia que la société International Foodies perturbe le marché en réduisant le prix de vente. Elle demande donc son appui au fournisseur australien pour conserver sa politique de prix : « *They like to disturb the market and reduce selling price (...) Some of our dealers complain to us because they advertise with lower price. Our market is small, and we try to keep a price policy for everyone win win. Please support us on this way* »⁷³ (soulignements ajoutés).
107. La société Kerl Distribution confirme sa position dans un courriel du 24 août 2021, dans lequel elle précise que la compétition sur les prix n'a pas de sens : « *There are no sense to fight with prices to the same customers at long term* »⁷⁴ (soulignement ajouté).
108. Le même jour, la société Rockman Australia indique qu'elle adhère à cette volonté d'empêcher toute compétition sur les prix et propose à Kerl Distribution de devenir son distributeur exclusif : « *our main goal is to increase all of our brands exposure all on top of Royal Family, we do not want our customer to compete in price (...) we decided to offer you a chance of being our sole distributor of Rockman base on our long term relationship.* »⁷⁵ (soulignement ajouté).
109. En outre, la société Rockman Australia précise que, dans l'hypothèse où la société Kerl Distribution ne saisirait pas cette offre, elle discuterait avec ses concurrents calédoniens pour réguler le marché et, *in fine*, ne vendre qu'aux opérateurs qui respecteront le prix de vente recommandé (« *recommended retail price* », ou RRP) : « *If you decided to turn down the opportunity, we will discuss with other New Caledonia competitor in order to regulate the market, providing a market RRP and we will only distribute to customers that sell by the RRP that we provided* »⁷⁶ (soulignement ajouté).

⁷³ Copie des courriels transmis par la société Kerl Distribution, annexe 14, cote 68 : « *Ils aiment perturber le marché et réduire le prix de vente (...) Certains de nos revendeurs se plaignent auprès de nous parce qu'ils font de la publicité avec des prix plus bas. Notre marché est petit et nous essayons de garder une politique de prix gagnante pour tout le monde. Merci de nous soutenir dans cette démarche* » (traduction libre).

⁷⁴ Ibid. cote 67 : « *Se battre sur les prix auprès des mêmes clients n'a pas de sens à long terme* » (traduction libre).

⁷⁵ Ibid. cote 66 : « *notre objectif principal est d'augmenter la notoriété de nos toutes nos marques, en plus de « Royal Family », nous ne voulons pas que nos clients se concurrencent sur les prix (...) nous avons décidé de vous donner une chance d'être notre distributeur exclusif pour Rockman, en considération de notre partenariat de longue date* » (traduction libre).

⁷⁶ Ibid. : « *Si vous décidez de ne pas saisir cette opportunité, nous discuterons avec vos concurrents calédoniens afin de réguler le marché, de fournir un prix de vente conseillé et nous distribuerons seulement aux clients qui vendront au prix de vente conseillé que nous aurons défini* » (traduction libre).

110. Dans ses observations en date du 17 juin 2023, la société Kerl Distribution reconnaît avoir « *accepté sa proposition* », notamment pour « *continuer à approvisionner (ses) revendeurs qui sont principalement issus de la grande distribution* »⁷⁷.
111. Ces éléments confirment les propos du représentant de la société Kerl Distribution lors de son audition « *Rockman m'avait assuré qu'il n'y a aura pas de guerre de prix sur les mochi. Du coup pourquoi International Foodies met le mochi sur le marché à un prix si bas ?* »⁷⁸.
112. L'Autorité constate que, par ces différents échanges, les sociétés Kerl Distribution et Rockman Australia ont librement exprimé, de manière univoque, leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché de l'approvisionnement en produits alimentaires d'origine asiatique en Nouvelle-Calédonie, conduisant à fausser le libre jeu de la concurrence.
113. Ainsi, l'exclusivité d'importation négociée entre les deux sociétés était un moyen pour elles de contrôler le prix des produits en cause sur le marché calédonien.
114. En effet, la concertation et la coordination des comportements des deux opérateurs avait pour objectif de fixer conjointement les prix des produits vendus en Nouvelle-Calédonie à un niveau identique sur tout le territoire, en s'appuyant sur une exclusivité d'importation permettant de verrouiller l'accès aux produits vendus par la société Rockman Australia. Les produits en cause avaient ainsi vocation à n'être distribués que par la société Kerl Distribution ou, *a minima*, que par les distributeurs respectant le prix de vente recommandé par la société Rockman Australia.
115. L'objet de cette collusion était donc de s'entendre sur le prix de vente au consommateur calédonien.
116. Au regard de ce qui précède, l'Autorité considère que le grief d'entente anticoncurrentielle sur les prix est établi.

B. Sur l'imputabilité des pratiques

117. Comme vu *supra*, la notification de griefs impute les griefs à la société Kerl Distribution en qualité d'auteur des pratiques, et à la société Digital Import en qualité de co-auteur.
118. S'agissant de l'imputabilité, le juge de l'Union européenne a précisé que :
- La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement⁷⁹ ;
 - Elle doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales⁸⁰ ;
 - Ainsi, différentes sociétés appartenant à un même groupe constituent une entité économique, et donc une entreprise, si ces sociétés ne déterminent pas de façon autonome leur comportement sur le marché⁸¹.
119. Il en résulte que le comportement d'une filiale peut être imputé à sa société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui

⁷⁷ Voir les observations de la société Kerl Distribution, annexe 31, cote 136.

⁷⁸ Voir le PV d'audition de la société Kerl Distribution, annexe 7, cote 51.

⁷⁹ Voir l'arrêt CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser/Macrotron GmbH, C-41/90, Rec. I p.1979.

⁸⁰ Voir les arrêts CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. 1-8237, point 55 ; CJCE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C201/09 P et C-216/09 P, Rec. 2011 p. 1-2239, point 95.

⁸¹ Voir l'arrêt TPUE, 1er juillet 2010, AstraZeneca / Commission, T-321/05, Rec p.II-2805.

lui sont données par la société mère⁸² eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques⁸³.

120. La pratique décisionnelle de l'Autorité applique ces principes et a confirmé que la notion d'entreprise était large en droit de la concurrence et pouvait inclure toutes les entités appartenant à un même groupe⁸⁴.
121. Dans sa décision n° 2022-PAC-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie par les sociétés Pompes Funèbres Calédoniennes SNC et AZ Décès-Pompes Funèbres SARL, l'Autorité a également relevé l'existence d'une unité économique entre deux sociétés qui possédaient des activités complémentaires et des dirigeants communs⁸⁵.
122. En l'espèce, la notification de griefs relève que les sociétés Kerl Distribution et Digital Import ont le même gérant.
123. Toutefois, l'Autorité estime que cet élément en lui-même est insuffisant pour permettre d'établir l'existence de liens organisationnels, économiques et juridiques de nature à démontrer que ces deux sociétés constitueraient une seule entité ou unité économique.
124. Les autres pièces versées au dossier ne permettent pas non-plus de confirmer une telle présomption. Par conséquent, il y a lieu d'imputer les griefs à la seule société Kerl Distribution.

C. Sur la durée des pratiques

125. 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.
126. En l'espèce, la notification de griefs retient, pour les deux pratiques, une période allant « *du mois d'août 2021 jusqu'au mois de janvier 2022* »⁸⁶. Elle se fonde, pour dater le début de la pratique, sur les échanges de courriels du mois d'août 2021 entre les sociétés Kerl Distribution et Rockman Australia, et, pour dater la fin de la pratique, sur le courriel que la société Rockman Australia a adressé le 6 janvier 2022 à la société International Foodies précisant qu'il avait été mis fin à la relation commerciale exclusive avec la société Kerl Distribution.
127. La société Kerl Distribution a néanmoins soulevé dans ses observations écrites du 17 juin 2023 que ses concurrents, les sociétés International Foodies et Côte d'Asie, avaient pu se procurer des produits de la société Rockman Australia bien avant la date du 6 janvier 2022⁸⁷.
128. Les captures d'écran des publications sur les réseaux sociaux produites à l'appui de ces déclarations montrent en effet que la société Côte d'Asie a communiqué sur un arrivage de mochis le 8 octobre 2021, tandis que la société International Foodies a communiqué sur sa page

⁸² Voir notamment CJCE, Imperial Chemical Industries / Commission, 14 juillet 1972.

⁸³ Voir notamment CJCE, Dansk Rørindustri e.a./Commission, 28 juin 2005.

⁸⁴ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020- DCC-08 du 20 juillet 2020 relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Urban Solar par la Société d'équipement de la Nouvelle Calédonie (SECAL) aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles (EEN) : « *La notion d'entreprise en droit de la concurrence est large et inclut le chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie par l'ensemble des entreprises appartenant à un même groupe* ». Voir également la décision n° 2020- DCC-09 du 29 juillet 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti.

⁸⁵ Décision n° 2022-PAC-02, points 46 et suivants.

⁸⁶ Point 114 de la notification de griefs.

⁸⁷ Voir les observations de la société Kerl Distribution, annexe 31, cotes 120 et suivantes.

Facebook les 17 septembre, 2 novembre et 29 décembre 2021, respectivement pour des arrivages de chips d'algues, de boissons bubble tea et de mochis.

129. Compte tenu de ces différents éléments, et du fait que les deux pratiques reprochées sont intrinsèquement liées, l'Autorité considère que leur durée s'étend, pour chacune, du 25 août 2021, date à laquelle la société Kerl Distribution consent à la proposition de la société Rockman Australia de devenir son distributeur exclusif pour « réguler le marché », jusqu'au 2 novembre 2021, date à laquelle il est démontré que cet accord n'est, de fait, plus mis en œuvre en raison de l'importation par la société International Foodies de produits de la société Rockman Australia, soit une durée effective de deux mois et huit jours.

D. Sur les sanctions

130. Conformément au I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité « 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.
- 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. »*

1. Sur la gravité des pratiques

131. Lorsqu'elle apprécie la gravité d'une infraction, l'Autorité tient notamment compte de la nature de l'infraction, de ses caractéristiques objectives, des secteurs en cause et de la qualité des personnes susceptibles d'être affectées.
132. S'agissant, en premier lieu, de la nature de l'infraction, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence et une pratique décisionnelle constantes, les ententes de fixation de prix constituent, par nature, les infractions les plus graves. Dans un arrêt du 25 février 2009, la Cour d'appel de Paris confirme que « pour ce qui est de la gravité de la pratique d'entente sur les prix, le Conseil [de la concurrence] a rappelé à juste titre que les ententes ou actions concertées ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la libre fixation des prix par le jeu du marché sont de celles qui sont estimées injustifiables par l'OCDE dans sa recommandation du 25 mars 1998, qu'elles portent une atteinte grave au fonctionnement du marché et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs »⁸⁸.
133. Ainsi, le prix est un paramètre de concurrence essentiel, qu'il s'agisse du prix de vente ou du prix d'achat, et les pratiques qui tendent à fausser sa formation présentent, par nature, un objet anticoncurrentiel⁸⁹.
134. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence métropolitaine rappelle qu'en application d'une jurisprudence constante, 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

⁸⁸ Cour d'appel de Paris, 25 février 2009, Déménageurs. Voir également CAP, 4 avril 2006, Établissements horticoles Georges Truffaut et CAP, 24 février 2007, JH industries.

⁸⁹ ADLC décision n° 20-D-09 du 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie, point 509.

l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires ». Néanmoins, « *cette pratique ne saurait revêtir le même caractère de gravité que les ententes et abus de position dominante* »⁹⁰.

135. 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'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* ». Toutefois, elle précise 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* »⁹¹ (soulignement ajouté).
136. S'agissant, en deuxième lieu, des caractéristiques objectives de l'infraction, les autorités de concurrence apprécient le degré de sophistication de l'entente, tel que son caractère secret, le détournement d'une législation, l'existence de mécanismes de police ou de mesures de représailles⁹².
137. En l'espèce, il y a lieu de constater l'absence de caractère sophistiqué des pratiques en cause, les concurrents ayant réussi à s'approvisionner auprès de la société Rockman Australia à partir du mois de novembre 2021, alors que la société Kerl Distribution pensait bénéficier d'un accord exclusif d'importation jusqu'à la fin de l'année 2021.
138. En troisième lieu, s'agissant du secteur en cause, il ressort de l'instruction que le marché concerné est un marché de niche, les mochis, les chips d'algue et les boissons Bubble Tea ne faisant pas partie des produits de consommation courante.
139. Les personnes susceptibles d'être affectées par les pratiques en cause sont les importateurs-distributeurs concurrents de la société Kerl Distribution ainsi que la clientèle des magasins Good Food, appartenant à la société mise en cause, et des magasins concurrents proposant des produits alimentaires d'origine asiatique.
140. En quatrième et dernier lieu, comme il a été indiqué précédemment, les pratiques ont été mises en œuvre pendant une durée courte de deux mois et huit jours.
141. Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité considère que les infractions reprochées à la société Kerl Distribution sont graves mais qu'il pourra toutefois être tenu compte du fait qu'elles sont intervenues sur un marché limité et pendant une courte durée dans l'appréciation des sanctions.

2. Sur le dommage causé à l'économie

142. L'Autorité, si elle 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

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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.

⁹² Voir le communiqué de sanction 2021 de l'Adlc, point 28.

la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause⁹³.

143. 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 pertinentes du secteur concerné⁹⁴. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre⁹⁵.
144. Au cas présent, la société International Foodies soutient, dans sa lettre de dépôt de plainte, que les pratiques en cause auraient conduit à une perte de chiffre d'affaires « *estimée à hauteur de 10% -15% soit 7-10 millions du CA pour une année d'exercice* »⁹⁶. Lors de son audition par le service d'instruction, le représentant de la société International Foodies a indiqué qu'il envisageait d'augmenter le volume de ses commandes auprès du fournisseur australien, avant le refus de vente qui lui a été opposé, estimant que « *cela aurait pu représenter 20 à 25 % de (son) chiffre d'affaires* ».
145. La société International Foodies avance également que, lorsqu'elle a pu importer des mochis auprès de la société Rockman Australia, ses prix de vente étaient inférieurs de 15 à 17 % à ceux pratiqués par la société Kerl Distribution⁹⁷. Ainsi, la société International Foodies précise que : les « *prix pratiqués en magasin (...) permettaient à nos clients de bénéficier d'économies sur ces mêmes produits importés sur le Territoire* »⁹⁸.
146. Or, comme le fait valoir la société Kerl Distribution dans ses observations en date du 17 juin 2021, les pertes alléguées par la société International Foodies ne sont étayées par aucune donnée concrète, d'autant qu'il résulte de l'instruction que la société plaignante a pu rapidement passer ses commandes auprès de la société Rockman Australia.
147. La société Kerl Distribution conteste également le fait que la société International Foodies ait eu l'intention d'augmenter ses volumes de commande pour fournir d'autres revendeurs sur le territoire en soulignant que « *Depuis janvier 2022, nous avons arrêté de distribuer des Mochis et depuis, ils ne se trouvent plus ni en grande distribution ni dans les stations-services qu'International Foodies évoquait dans sa plainte* »⁹⁹.
148. Au regard de ce différents éléments, l'Autorité considère que le dommage à l'économie est resté limité.

3. Sur l'individualisation de la sanction

149. En application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, les sanctions « *sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné* ». L'individualisation des éléments déterminant la sanction conduit à traiter, pour chacune des entreprises en cause, tout d'abord, l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes, puis les autres éléments d'individualisation.

⁹³ 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.

⁹⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2011, Orange France, précité.

⁹⁵ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910.

⁹⁶ Voir la lettre de dépôt de plainte de la société International Foodies, annexe 1, cote 4.

⁹⁷ Voir la lettre de dépôt de plainte, annexe 1, cote 3.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Annexe 31, cote 146.

150. Ainsi, l'Autorité tient compte de la taille, de la puissance économique et des ressources des entreprises en cause, au regard notamment des activités dont elles disposent au-delà des seuls produits en relation avec l'infraction en cause et de leur chiffre d'affaires.
151. En l'espèce, il y a lieu de relever que la société Kerl Distribution est une petite entreprise dont le chiffre d'affaires pour l'année 2020 s'établit à 28 454 715 F. CFP et à 33 655 234 F. CFP pour l'année 2021.
152. L'Autorité constate que la société Kerl Distribution affiche un résultat de 164 708 F. CFP pour l'année 2020 mais un résultat négatif de - 2 487 989 F. CFP pour l'année 2021. La société Kerl Distribution enregistre également une perte de 3 307 222 en 2022.
153. L'Autorité considère qu'une situation financière difficile ne constitue pas en elle-même un motif d'exonération de la sanction prévue par l'article Lp. 464-2 du code de commerce, dès lors que la réalité de l'infraction est établie.
154. Il convient en revanche de prendre en compte les difficultés financières particulières de nature à limiter la capacité contributive d'une entreprise, celle-ci devant justifier l'existence de telles difficultés en s'appuyant sur des preuves fiables, complètes et objectives attestant de leur réalité et de leurs conséquences concrètes. Lorsque les éléments financiers et comptables communiqués par l'entreprise concernée attestent de l'existence de difficultés financières particulières affectant sa capacité à s'acquitter des sanctions qu'elle encourt, l'Autorité peut réduire les sanctions envisagées¹⁰⁰.
155. En l'espèce, l'Autorité considère, au regard des éléments financiers et comptables communiqués, que la société Kerl Distribution atteste de l'existence de difficultés financières susceptibles d'affecter sa capacité à s'acquitter des sanctions qu'elle encourt, risquant en outre de dégrader davantage sa situation économique et financière.
156. En conséquence, le montant de la sanction tiendra compte de la situation difficile de l'entreprise ainsi que du comportement de la société Kerl Distribution tout au long de la procédure, dont le service d'instruction a souligné en séance la pleine coopération.

4. Sur le montant de la sanction

157. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il y a lieu d'infliger à la société Kerl Distribution :
- Une sanction équivalent à 1 % de son chiffre d'affaires pour l'année 2021, au titre de la pratique d'accord exclusif d'importation prohibée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce ;
 - Une sanction équivalent à 1,5 % de son chiffre d'affaires pour l'année 2021, au titre de la pratique d'entente prohibée par l'article Lp. 421-1 du code de commerce.
158. Compte tenu de la situation individuelle de la société Kerl Distribution qui présente des difficultés économiques et financières, une réfaction de 40 % lui est accordée, réduisant le montant total de la sanction infligée à 500 000 F. CFP.

¹⁰⁰ Voir les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 22-D-02 du 13 janvier 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des huissiers de justice et n° 19-D-21 du 28 octobre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport routier de marchandises.

U(
DECIDE


Article 1^{er} : Il est établi que la société Kerl Distribution a enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce en bénéficiant d'un accord exclusif d'importation sur les produits vendus par la société Rockman Australia (grief n°1).

Article 2 : Il est établi que la société Kerl Distribution a enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-1 du code de commerce par la mise en œuvre d'une entente sur les prix (grief n°2).

Article 3 : Il est infligé à la société Kerl Distribution une sanction pécuniaire d'un montant de 500 000 F. CFP au titre des pratiques visées aux articles 1 et 2.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Sophie Charlot, rapporteure générale, par M. Stéphane Retterer, président, Mme Nadège Meyer, vice-présidente, et M. Walid Chaiehloudj, membre de l'Autorité.

Le secrétaire de séance



Grégory Beaufiles

Le président



Stéphane Retterer