



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2023-PAC-01 du 1er mars 2023

relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques en Nouvelle-Calédonie

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

Vu la saisine du 22 novembre 2021, enregistrée le même jour sous le numéro 21-0033F, par laquelle la société G10 Distribution a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par la société New Smart Vibes Import dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la saisine du 15 mars 2022, enregistrée le 16 mars 2022 sous le numéro 22-0003F, par laquelle la société CR Distribution a saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par la société New Smart Vibes Import dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la saisine du 15 mars 2022, enregistrée le même jour sous le numéro 22-0004F, par laquelle la société GLLNC a saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par la société New Smart Vibes Import dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables 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 son article Lp. 421-2-1 ;

Vu la décision de la rapporteure générale du 17 mars 2022 décidant de joindre l'instruction des trois procédures n° 21-0033F, 22-0003F et 22-0004F ;

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 notification des griefs du 15 septembre 2022 adressée à la société New Smart Vibes Import par le service d'instruction ;

Vu les observations de la société New Smart Vibes Import en date du 2 novembre 2022 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale par intérim, les représentants des sociétés G10 Distribution, CR Distribution, GLLNC et New Smart Vibes Import entendus lors de la séance du 7 février 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 New Smart Vibes Import (NSVI) pour avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation sur des cigarettes électroniques jetables de la marque Maskking, en contradiction avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Cet article dispose en effet 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* ».

En novembre 2021 et en mars 2022, trois sociétés actives dans le secteur de l'importation ont saisi l'Autorité de pratiques anticoncurrentielles de la part de la société NSVI, en raison de refus de vente de cigarettes électroniques jetables qui leur avaient été opposés par le fabricant chinois Maskking. Les sociétés plaignantes ont considéré que ces refus de vente étaient dus à l'existence d'un accord exclusif d'importation entre la société Maskking et la société NSVI pour le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

A la suite de ces plaintes, l'instruction a conduit à la notification de deux griefs à la société NSVI, l'un portant sur une exclusivité d'importation de cigarettes électroniques jetables de la marque Maskking, sur la période allant de mars 2021 au 26 avril 2022 (grief n° 1), l'autre portant sur une exclusivité d'importation de cigarettes électroniques semi-jetables de la même marque, sur la période allant du 29 août 2022 au 15 septembre 2022 (grief n° 2).

Bien que l'entreprise mise en cause ait sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs s'agissant du grief n° 1, la rapporteure générale n'a pas donné suite à cette demande dont les formes ne respectaient pas les principes attachés à cette procédure, qui implique notamment une renonciation expresse à contester l'ensemble des pratiques visées par la notification de griefs. Le service d'instruction a néanmoins opté pour une procédure simplifiée conduisant à plafonner le montant de la sanction pécuniaire à hauteur de 89 550 000 F. CFP pour l'entreprise auteure d'une pratique prohibée.

En l'espèce, l'Autorité considère que le grief n° 1 est avéré et que la société NSVI a bénéficié d'une exclusivité d'importation sur des cigarettes électroniques jetables de la marque Maskking, la positionnant en situation de monopole sur cette marque particulièrement recherchée par les consommateurs calédoniens. L'Autorité a par contre estimé qu'il n'existait pas d'éléments suffisamment probants pour démontrer la persistance d'une telle pratique s'agissant des cigarettes semi-jetables. Elle a en effet considéré que la société NSVI avait pris ses dispositions afin de se mettre en conformité avant la fin de la procédure devant l'Autorité en se distanciant publiquement de la pratique en cause. L'Autorité a donc décidé que le grief n° 2 n'était pas établi.

En définitive, l'Autorité rappelle que l'exclusivité d'importation dont a bénéficié la société NSVI constitue une pratique grave qui a causé un dommage certain à l'économie calédonienne du fait des refus de vente opposés aux concurrents de la société NSVI, de la perte de chiffre d'affaires qui en a découlé et du renchérissement du prix de vente au consommateur.

Compte tenu de ces éléments et du fait que la société NSVI est une petite entreprise, l'Autorité a accordé à la société NSVI une réfaction de 20% par rapport au montant maximal de la sanction et prononcé une sanction de 8,5 millions F. CFP à son encontre, ainsi qu'une sanction de publication dans le journal Les Nouvelles Calédoniennes.

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

Sommaire

RESUME	2
I. Constatations	5
A. Les saisines des sociétés plaignantes	5
1. La saisine de la société G10 Distribution	5
2. La saisine de la société CR Distribution	5
3. La saisine de la société GLLNC.....	6
B. Les secteurs concernés	6
1. La réglementation applicable	6
2. La commercialisation des cigarettes électroniques jetables et semi-jetables en Nouvelle-Calédonie..8	
a. Les cigarettes électroniques jetables	8
b. Les cigarettes électroniques semi-jetables	9
3. Le circuit d’approvisionnement des cigarettes électroniques jetables ou semi-jetables	10
C. Les entreprises concernées	10
1. La société G10 Distribution.....	10
2. La société CR Distribution	10
3. La société GLLNC	11
4. L’entreprise mise en cause : la société New Smart Vibes Import (NSVI)	11
5. Le fournisseur : la société Maskking.....	11
D. Les pratiques constatées	12
1. La commercialisation des produits Maskking en Nouvelle-Calédonie par la société NSVI	12
2. Les refus de vente de la société Maskking opposés aux sociétés G10, CR Distribution et GLLNC sur le marché des cigarettes électroniques jetables	13
a. Le refus de vente opposé à la société G10.....	13
b. Le refus de vente opposé à la société CR Distribution	14
c. Le refus de vente à la société GLLNC	15
3. Le refus de vente de la société Maskking opposé à la société CR Distribution sur le marché des cigarettes électroniques semi-jetables	15
4. L’imputabilité des pratiques	16
a. Les principes applicables	16
b. Application au cas d’espèce	16
E. Les griefs notifiés	17
F. La demande de la société NSVI de bénéficier des dispositions du III de l’article Lp. 464-2 du code de commerce	17
II. Discussion	19
A. Sur le bien-fondé des griefs	19
1. Sur le droit applicable.....	19
2. Application au cas d’espèce.....	20
a) Sur le grief n°1.....	20
b) Sur le grief n° 2.....	21
B. Sur les sanctions	23
1. Sur la gravité de la pratique.....	23

2. Sur le dommage à l'économie.....	25
3. Sur la situation individuelle de l'entreprise mise en cause.....	26
4. Sur le montant de la sanction	26
5. Sur l'obligation de publication	26
<i>DECIDE</i>	<i>27</i>

I. Constatations

A. Les saisines des sociétés plaignantes

1. La saisine de la société G10 Distribution

1. Par un courrier en date du 22 novembre 2021, la société G10 Distribution (ci-après « la société G10 ») a saisi l’Autorité de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de l’importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie.
2. La société G10, qui exerce en Nouvelle-Calédonie comme importateur grossiste, dit avoir « fait l’objet de multiples refus de la part du fournisseur/fabriquant, Maskking (Shenzhen) Technology CO., LTD, celui-ci argumentant qu’il disposait d’un accord de distribution avec une société en Nouvelle-Calédonie »¹.
3. Cet accord exclusif serait au profit de la société New Smart Vibes Import (ci-après « la société NSVI »).
4. La société G10 précise que la société Maskking qui « fabrique et produit également des cigarettes électroniques jetables pour le compte d’autres marques CITYPODS, HIIO, ENVI, TODOO » lui a également refusé « la fabrication de cigarettes électroniques jetables sous (sa) propre marque » au motif que « le marché Néo-Calédonien était trop petit et que cela allait nuire à la marque MASKKING déjà représentée sur le territoire »².
5. La société G10 indique que les pratiques d’exclusivité d’importation « nuisent à (son) activité économique »³ et demande à l’Autorité de les faire cesser.

2. La saisine de la société CR Distribution

6. Par courrier du 15 mars 2022, société CR Distribution a également saisi l’Autorité de pratiques mises en œuvre par la société NSVI dans le secteur de l’importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables et semi-jetables en Nouvelle-Calédonie.
7. Dans son courrier, la société CR Distribution dénonce « de multiples refus de la part du fournisseur/fabriquant Maskking »⁴ pour des commandes de cigarettes électroniques jetables, « à destination de la Nouvelle-Calédonie ».
8. Selon la société CR Distribution, les refus d’approvisionnement sont la conséquence de l’exclusivité d’importation dont bénéficie la société NSVI auprès du fournisseur chinois Maskking.
9. La société CR Distribution dit avoir contourné le refus de vente en prétextant que ses commandes « étaient à destination de Wallis et Futuna, destination pour laquelle le fournisseur Maskking n’avait pas de distributeur exclusif »⁵ mais signale que la société NSVI « tente à chaque nouvelle importation de notre part de bloquer nos approvisionnement auprès des agents chinois en envoyant régulièrement des photos des numéros de série des cigarettes que nous commercialisons afin que le fournisseur interdise les ventes auprès de l’agent concerné »⁶.
10. Dans sa saisine, la société CR Distribution demande à l’Autorité de faire cesser ce comportement mis en œuvre par la société Maskking du fait de l’existence de cet accord

¹ Voir l’acte de saisine de la société G10 en date du 22 novembre 2021, annexe 1, cote 4.

² *Ibid.* cote 5.

³ *Ibid.* cotes 4 et 5.

⁴ Voir l’acte de saisine de la société CR Distribution en date du 14 mars 2022, annexe 20, cote 87.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

exclusif d'importation au profit de la société NSVI sur ces produits⁷.

11. Le 2 septembre 2022, la société CR Distribution a fait parvenir à l'Autorité un courrier de signalement pour l'informer que, à la suite de l'arrêté gouvernemental du 27 avril 2022 interdisant l'importation de cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie⁸, elle avait cherché à s'approvisionner auprès de la société Maskking en cigarettes électroniques semi-jetables. Néanmoins, la société CR Distribution dit s'être « *à nouveau heurté à une fin de non-recevoir aux motifs qu'ils avaient une exclusivité avec (NSVI)* »⁹.
12. La société plaignante estime que la pérennisation de cette situation « *porte atteinte à la libre concurrence entre opérateurs* » et demande à l'Autorité de faire cesser ces pratiques¹⁰.

3. La saisine de la société GLLNC

13. Par courrier du 15 mars 2022, enregistré ce même jour, la société GLLNC a saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par la société NSVI dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie.
14. Selon la société plaignante, le fabricant de cigarettes électroniques jetables Maskking refuse de lui vendre ses produits en raison de l'exclusivité conférée à la société NSVI. Ainsi, la société Maskking l'aurait informée qu'il n'était « *pas possible pour (GLLNC) de commander en direct, ni pour la Nouvelle Calédonie, ni pour la Polynésie, ni Wallis et Futuna, ni le Vanuatu. Car c'est la société sur la Nouvelle Calédonie qui aurait (un) contrat toujours exclusif* »¹¹.
15. La société GLLNC soutient également dans sa plainte que la société Maskking imposerait « *une obligation de prix élevé* » puisque si un autre distributeur devait intervenir pour la marque sur le territoire calédonien, ce serait « *l'agent (exclusif) en Nouvelle-Calédonie qui fixerait le prix de vente* ». ¹²
16. La société GLLNC demande à l'Autorité de faire cesser ce comportement mis en œuvre par la société Maskking du fait de l'existence de cet accord exclusif d'importation au profit de la société NSVI sur ces produits¹³.

B. Les secteurs concernés

17. Les secteurs concernés par les pratiques en cause sont ceux de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques, jetables et semi-jetables, en Nouvelle-Calédonie.

1. La réglementation applicable

18. Aux termes du 4^o de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 Mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière « *d'hygiène publique et santé* »¹⁴.
19. On peut noter que, au niveau européen, les cigarettes électroniques sont définies par la directive sur les produits du tabac¹⁵, applicable depuis mai 2016, comme une catégorie

⁷ *Ibid.* cote 89.

⁸ Arrêté du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n 2022-1029/GNC du 27 avril 2022.

⁹ Voir P.J. du second signalement de CR Distribution en date du 2 septembre 2022, annexe 18, cote 71.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Voir saisine de la société GLLNC en date du 15 mars 2022, annexe 22, cote 117.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.* cote 118.

¹⁴ Voir la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁵ Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes.

spécifique de produits du tabac.

20. Dans son rapport au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'application de cette directive, la Commission européenne précise que *« les cigarettes électroniques, qui contiennent de la nicotine mais pas de tabac, constituent une catégorie de produits spécifique présentant une grande diversité qui atteint jusqu'à 7 % en valeur des marchés nationaux de l'UE des produits du tabac et des produits connexes¹⁶ »¹⁷.*
21. La Commission européenne note également que la directive *« donne une définition large de cette catégorie, qui englobe tant le dispositif et ses éléments constitutifs que les flacons de recharge renfermant un e-liquide contenant de la nicotine »¹⁸.*
22. En métropole, les articles L.3513-1 et suivants du code de la santé publique règlementent les produits de vapotage et les définissent comme *« 1° Les dispositifs électroniques de vapotage, c'est-à-dire des produits, ou tout composant de ces produits, y compris les cartouches, les réservoirs et les dispositifs dépourvus de cartouche ou de réservoir, qui peuvent être utilisés, au moyen d'un embout buccal, pour la consommation de vapeur contenant le cas échéant de la nicotine. Les dispositifs électroniques de vapotage peuvent être jetables ou rechargeables au moyen d'un flacon de recharge et d'un réservoir ou au moyen de cartouches à usage unique ; 2° Les flacons de recharge, c'est-à-dire les récipients renfermant un liquide contenant le cas échéant de la nicotine, qui peuvent être utilisés pour recharger un dispositif électronique de vapotage ».*
23. La présente saisine concerne plus spécifiquement un type de cigarette électronique ayant la particularité d'être « jetable » (également appelées « Puff ») c'est-à-dire qu'elles ne sont pas rechargeables. Elles sont composées principalement de matières plastiques et d'une batterie non-amovible et se présentent le plus souvent sous la forme d'un « stick ». Un nouveau type de cigarette électronique, à mi-chemin entre la cigarette électronique conventionnelle et la cigarette électronique jetable, a récemment été commercialisé et concerne également la présente saisine : la cigarette électronique « semi-jetable », dont le réservoir (aussi appelé « Pod ») se recharge et l'embout buccal se change.
24. Le ministère des solidarités et de la santé définit les dispositifs jetables comme *« des produits de vapotage »* qui se différencient toutefois *« des produits de vapotage couramment commercialisés qui sont rechargeables. Ils contiennent le plus souvent de la nicotine. Les pouvoirs publics ont été alertés sur la diffusion auprès d'un public jeune, y compris adolescents, de produits « puff » aux emballages colorés et aux arômes fruités ou sucrés, rendus particulièrement attrayants pour cette population. La consommation par un public mineur se développe aussi sous l'effet des pratiques de promotion et de vente via les réseaux sociaux »¹⁹.*
25. En Nouvelle-Calédonie, la cigarette électronique est soumise aux mêmes dispositions que le tabac. Il existe un principe général protecteur : celui d'interdire toute forme de publicité,

¹⁶ Plate-forme « Passeport » d'Euromonitor. La présence des cigarettes électroniques sur le marché est importante et les données de 2019 indiquent que le Royaume-Uni est le premier marché (2 417 millions d'euros), suivi de la France (847 millions d'euros), de l'Allemagne (673 millions d'euros) et de la Pologne.

¹⁷ Voir le rapport au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'application de la directive 2014/40/UE en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes.

¹⁸ Voir le rapport au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'application de la directive 2014/40/UE en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes.

¹⁹ Voir le site du ministère : <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/le-ministere-des-solidarites-et-de-la-sante-attentif-aux-produits-de-vapotage-431611>.

directe ou indirecte, et toute forme de propagande en faveur du tabac²⁰. De plus, à compter du 1^{er} janvier 2022, ce principe est étendu au vapotage, aux dispositifs électroniques de vapotages et à ses flacons de recharge contenant ou non de la nicotine²¹.

26. Devenue très accessible pour les adolescents et les plus jeunes, la vente des produits de vapotage (matériel et liquides), considérés comme des produits de tabac à part entière, a été interdite aux mineurs en décembre 2021. En outre, le vapotage dans les lieux collectifs est également interdit²².
27. Début 2022, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a renforcé sa réglementation sur le vapotage en interdisant l'importation de cigarettes électroniques jetables sur le territoire²³.
28. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a également réglementé le conditionnement et la teneur en nicotine des cigarettes électroniques²⁴. Tout produit de vapotage dont la teneur en nicotine est supérieure à 20 milligrammes par millilitre est désormais interdit à la vente.

2. La commercialisation des cigarettes électroniques jetables et semi-jetables en Nouvelle-Calédonie

29. Le marché de la cigarette électronique en Nouvelle-Calédonie est très récent et en plein essor : il connaît une très forte demande²⁵.
30. Il convient néanmoins tout d'abord de distinguer le marché des cigarettes électroniques de type « jetable » ou « semi-jetable » de celui des cigarettes électroniques conventionnelles (non jetables). En effet, ces deux produits, bien que similaires, sont destinés à deux clientèles distinctes, qui n'ont pas les mêmes besoins. La cigarette électronique non jetable peut être utilisée dans l'accomplissement d'un sevrage tabagique tandis que les modèles jetables et semi-jetables s'adressent à une clientèle plus large et bénéficient d'un « effet de mode »²⁶.
31. La cigarette électronique jetable ou semi-jetable se présente par ailleurs comme une alternative moins onéreuse à la cigarette électronique rechargeable. Elle est facilement disponible à la vente et coûte en moyenne entre 800 et 1 500 francs. Elle contient à peu près 500 bouffées, soit un équivalent de 50 cigarettes²⁷.
32. Depuis l'interdiction posée par l'arrêté n° 2022-1029/GNC du 27 avril 2022 d'importer en Nouvelle-Calédonie des cigarettes électroniques jetables²⁸, les opérateurs commercialisant ces produits se sont tournés vers du matériel réutilisable et rechargeable dont les caractéristiques sont en adéquation avec la réglementation en vigueur.

a. Les cigarettes électroniques jetables

33. La commercialisation de cigarettes électroniques jetables a connu une importante attractivité et une certaine ampleur en Nouvelle-Calédonie. Sa présentation colorée, sa déclinaison d'arômes et sa grande facilité à s'en procurer, la rendaient très attractive chez les jeunes

²⁰ Voir la délibération n° 79 du 15 juin 2005 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

²¹ Voir la délibération n° 203 du 27 décembre 2021 modifiant la délibération n° 202 du 6 août 2012 relative à l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif et la délibération modifiée n° 79 du 15 juin 2005 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

²² *Ibid.*

²³ Voir l'arrêté n° 2022-1029/GNC du 27 avril 2022 portant prohibition à l'importation en Nouvelle-Calédonie de cigarettes électroniques jetables.

²⁴ Voir l'arrêté n° 2022-1533/GNC du 29 juin 2022 relatif aux produits du vapotage contenant de la nicotine.

²⁵ Voir le procès-verbal d'audition de la société G10 en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 23.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Voir le communiqué du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur l'arrêté n° 2022-1029/GNC du 27 avril 2022 portant prohibition à l'importation en Nouvelle-Calédonie de cigarettes électroniques jetables.

²⁸ Arrêté n° 2022-1029/GNC du 27 avril 2022 portant prohibition à l'importation en Nouvelle-Calédonie de cigarettes électroniques jetables.

adolescents.

34. Le marché de la cigarette électronique jetable est partagé entre plusieurs marques concurrentes. On peut ainsi principalement retrouver sur le territoire calédonien les marques chinoises Maskking, Elfbar, GST, Vozol ou encore Dinner Lady²⁹. La fabrication des cigarettes électroniques jetables commercialisées en Nouvelle-Calédonie est exclusivement réalisée hors du territoire.
35. La marque Maskking ayant été commercialisée en premier en Nouvelle-Calédonie, elle est très connue localement et serait même devenue incontournable³⁰. La Nouvelle-Calédonie a d'ailleurs été le 7^{ème} plus gros partenaire commercial de la société Maskking au niveau mondial de 2019 à 2021, représentant plus de 600.000 cigarettes électroniques jetables vendues³¹.
36. Ces différentes marques chinoises sont distribuées par plusieurs opérateurs sur le territoire. Les importateurs et distributeurs concurrents sur le marché de la cigarette électronique jetable en Nouvelle-Calédonie sont principalement les sociétés Vap Store, Alias, Exa Cig, NSVI et ALDIS. Certains opérateurs sont également des importateurs non spécialisés dans la cigarette électronique comme Stimex, G10³² ou encore l'As de Trèfle et Edita³³.
37. Enfin, on retrouve ces produits dans d'autres points de ventes : les stations-service, tabacs et autres « Vape shop ».

b. Les cigarettes électroniques semi-jetables

38. L'arrêté pris par le gouvernement le 27 avril 2022 pour interdire l'importation de cigarettes électroniques jetables sur le territoire a conduit les opérateurs économiques concernés à privilégier les cigarettes électroniques « semi-jetables », compatibles avec la réglementation en vigueur.
39. La cigarette électronique semi-jetable est un produit innovant se composant d'une partie jetable (l'embout) et d'une partie non-jetable constituée d'un réservoir et d'une batterie rechargeable *via* un câble USB-C situé sous la cigarette électronique.
40. Ce modèle de cigarette électronique se rapproche de la cigarette électronique jetable en ce qu'elle ne nécessite aucune maintenance, est facile d'utilisation, propose des saveurs fruitées et est de dimension réduite. Néanmoins, comme la cigarette électronique conventionnelle, elle dispose d'une cartouche remplaçable, ou remplissable ; elle est donc plus durable.
41. Les cigarettes électroniques semi-jetables s'adressent aux vapoteurs utilisant déjà des « puffs jetables » ou aux personnes souhaitant découvrir la cigarette électronique.
42. Ce type de cigarette électronique n'est commercialisé en Nouvelle-Calédonie que depuis le deuxième semestre de l'année 2022³⁴ et leur fabrication est exclusivement réalisée hors du territoire. Différentes marques sont présentes sur le territoire et sont distribuées par les mêmes canaux que la cigarette électronique jetable.
43. La société NSVI commercialise des cigarettes électroniques semi-jetables de marque HIIO, marque fabriquée par la société Maskking. Il s'agit d'une cigarette électronique de petite taille (11 cm de hauteur), disponible en plusieurs couleurs vives. Les cartouches à remplacer se situent au niveau de l'embout buccal et sont proposées en une dizaine d'arômes fruités et

²⁹ Voir procès-verbal d'audition de la société G10 en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 24.

³⁰ Voir procès-verbal d'audition de la société GLLNC en date du 31 mars 2022, annexe 5, cote 30.

³¹ Voir demande d'informations de Maskking en date du 27 avril 2022, annexe 10, cote 54.

³² Voir procès-verbal d'audition de la société G10 en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 24.

³³ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 35.

³⁴ Voir mail du 6 septembre 2022, de Mme Chauvin au service d'instruction, annexe 11, cote 56.

sucrés³⁵.

3. Le circuit d'approvisionnement des cigarettes électroniques jetables ou semi-jetables

44. Le circuit long (ou intermédié) est le circuit d'approvisionnement historique dans les territoires ultramarins. La Nouvelle-Calédonie ne fait pas exception à la règle³⁶.
45. Ce modèle d'approvisionnement consiste à recourir à un intermédiaire, généralement désigné sous le terme de « grossiste-importateur » ou parfois d'« agent de marques ». Celui-ci assure l'importation et certaines opérations logistiques (stockage, livraison, etc.), revend aux clients les produits achetés auprès des fabricants et prend également en charge certaines actions commerciales (promotions, etc.) ou certains services après-vente.
46. L'instruction a démontré que le circuit d'approvisionnement en matière de cigarettes électroniques jetables et semi-jetables était le circuit long puisque les distributeurs (stations-service, tabacs, vape-shop) ne s'approvisionnent pas directement auprès du fabricant mais passent par des grossistes-importateurs, tels que les sociétés NSVI ou G10.
47. Dans son audition et en séance devant l'Autorité, la gérante de la société G10 a expliqué qu'elle assurait le service après-vente des cigarettes électroniques défectueuses pour ses clients : « *Ce sont les stations-service qui me préviennent des retours (les clients ramènent les cigarettes défectueuses), je leur fais des avoirs et je transmets les photos avec les numéros de série à la société Maskking. Celle-ci me les remplace lors de la livraison suivante.* »³⁷
48. Les grossistes importateurs ont donc un rôle incontournable sur le marché des cigarettes électroniques jetables ou semi-jetables.

C. Les entreprises concernées

1. La société G10 Distribution

49. La société G10 est une société à responsabilité limitée, immatriculée au R.C.S. de Nouméa, sous le numéro 861 674, depuis le 7 août 2007. M. Yoann Renaud en est un des gérants³⁸.
50. La société G10 a une activité de grossiste-importateur : elle revend essentiellement à un réseau de détaillants en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna³⁹.
51. La société G10 compte 5 employés et réalise un chiffre d'affaires d'environ 150 millions de Francs CFP⁴⁰.

2. La société CR Distribution

52. La société CR Distribution est une société à responsabilité limitée, immatriculée au R.C.S. de Nouméa, sous le numéro 1 346 477, depuis le 15 février 2017⁴¹. Elle a été créée comme société de négoce. Son activité a ensuite été étendue au transport de marchandises, à la vente en gros et à l'importation⁴². M. Yoann Renaud en est un des gérants.

³⁵ Voir vidéo présentant la marque HIIO, annexe 23.

³⁶ 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.

³⁷ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 39.

³⁸ Voir extrait K'bis de la société G10, annexe 6 de la saisine de la société G10, annexe 1, cote 14.

³⁹ Voir procès-verbal d'audition de la société G10 en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 23.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Voir extrait K'bis CR Distribution, annexe 11 de la saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cote 110.

⁴² Voir procès-verbal d'audition de la société G10 en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 23.

53. Le chiffre d'affaires de CR Distribution a été de 20/30 millions F. CFP par an au cours des premières années d'exploitation. Le chiffre d'affaires a néanmoins triplé à la suite de la commercialisation des cigarettes électroniques, atteignant environ 100 millions F. CFP en 2021⁴³.

3. La société GLLNC

54. La société GLLNC est une société à responsabilité limitée, immatriculée au R.C.S. de Nouméa, sous le numéro 1 383 256, depuis le 21 mars 2018⁴⁴. Son gérant est M. Didier Lamielle.
55. La société GLLNC avait pour but à l'origine d'importer des cigarettes électroniques. Cependant, compte tenu de l'impossibilité d'approvisionnement, la société s'est tournée vers l'importation de Lait MODILAC, de masques chirurgicaux et de tests Covid⁴⁵.
56. Le chiffre d'affaires de la société GLLNC est d'environ 25 millions de Francs CFP par an⁴⁶.

4. L'entreprise mise en cause : la société New Smart Vibes Import (NSVI)

57. Initialement créée sous la forme d'une entreprise individuelle le 11 janvier 2021 par Mme Gwénola Chauvin, elle est devenue une entreprise à responsabilité limitée immatriculée au R.C.S. de Nouméa, sous le numéro 1 512 888, depuis le 29 juillet 2021⁴⁷. Elle a pour activité l'importation et la revente en demi-gros. Mme Gwénola Chauvin en est la gérante.
58. En 2021, la société NSVI a vendu 318 520 cigarettes électroniques jetables de marque Maskking, dont 214 470 unités par la patente et 104 050 unités par la SARL. En mai 2022, la société NSVI avait vendu 157 245 unités⁴⁸. La société NSVI a ainsi progressivement augmenté ses ventes de cigarettes Maskking, avec un maximum de 48.000 unités pour le seul mois de février 2022⁴⁹.
59. Son chiffre d'affaires global pour la période allant de juillet 2021 à juin 2022 est de 214 004 294 F. CFP⁵⁰.
60. Lors de son audition en avril 2022, la représentante de la société NSVI avait indiqué que « 95% de ce que la société importe était constitué de cigarettes électroniques jetables » avant la décision du gouvernement d'interdire l'importation de ces produits. La représentante de la société NSVI avait donc expliqué qu'elle devait « réorienter son activité vers d'autres produits »⁵¹, notamment du matériel réutilisable et rechargeable, dont les premiers modèles doivent arriver sur le territoire fin septembre 2022⁵².
61. La société NSVI revend les produits qu'elle importe majoritairement en direct et, dans une moindre mesure, par l'intermédiaire de la société ALDIS⁵³.

5. Le fournisseur : la société Maskking

62. La société Maskking a été créée en 2015 à Beijing en Chine. Il s'agit d'un fabricant « engagé dans plusieurs domaines comme la recherche et développement, la production, la vente et la

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Voir extrait K'bis de la société GLLNC, saisine de la société GLLNC du 15 mars 2022, annexe 22, cote 119.

⁴⁵ Voir procès-verbal d'audition de la société GLLNC en date du 31 mars 2022, annexe 5, cote 30.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Voir extrait K'bis de la société New Smart Vibes Import, annexe 7, cote 43.

⁴⁸ Voir mail du 10 mai 2022, de Mme Chauvin au service d'instruction, annexe 13, cote 60.

⁴⁹ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 36.

⁵⁰ Voir annexe 53, cotes 203 à 221.

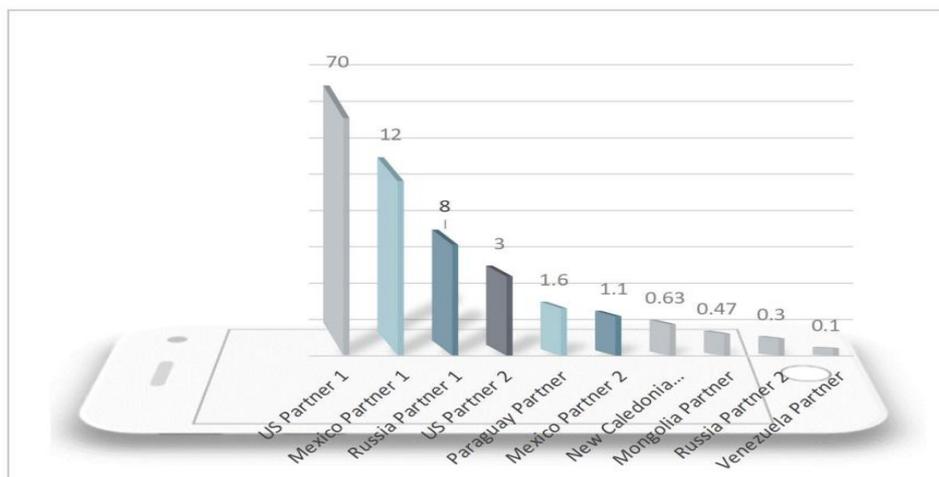
⁵¹ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 35.

⁵² Voir mail du 6 septembre 2022, de Mme Chauvin au service d'instruction, annexe 11, cote 56.

⁵³ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cotes 36.

fourniture de services »⁵⁴. Elle commercialise des cigarettes électroniques jetables de différents volumes, avec différents taux de nicotine, ainsi que du matériel semi-jetable, sous marques Maskking et HIIO.

63. Le volume annuel des ventes de la société Maskking est compris entre 2,5 millions et 5 millions de US \$⁵⁵. L'entreprise compte plus de 700 employés et détient plus de 200 partenaires mondiaux dans plus de 50 pays⁵⁶.
64. Elle se développe à l'international *via* un réseau de partenaires⁵⁷.



2019-2021 total selling of disposable e-cigarettes of Maskking's top 10 global business partners (Unit: Million Pieces)

Source : Annexe 10, cote 54

D. Les pratiques constatées

65. Dans leur courrier⁵⁸, les entreprises saisissantes indiquent déposer plainte en raison de problèmes d'approvisionnement sur une marque de cigarettes électroniques. Elles dénoncent des pratiques anticoncurrentielles « nuisant fortement à la libre concurrence entre les opérateurs sur le marché des cigarettes électroniques en Nouvelle-Calédonie »⁵⁹.
66. Selon les sociétés plaignantes, ce problème d'approvisionnement est la conséquence d'un accord exclusif d'importation entre la société Maskking et la société New Smart Vibes Import.
67. Sur cette base, le service d'instruction a procédé à plusieurs auditions et demandes d'informations complémentaires, lesquelles l'ont renseigné sur la nature des relations commerciales entre la société NSVI et la société Maskking.
68. En l'espèce, il ressort de l'instruction que les produits de la société Maskking ne seraient distribués que par un seul opérateur en Nouvelle-Calédonie depuis 2021⁶⁰.

1. La commercialisation des produits Maskking en Nouvelle-Calédonie par la société NSVI

69. Les marchés des cigarettes électroniques jetables et semi-jetables se structurent autour de deux

⁵⁴ Voir demande d'informations de Maskking en date du 27 avril 2022, annexe 10, cote 52.

⁵⁵ Voir le site internet de la société Maskking : <https://fr.maskkingtech.com/aboutus.html>.

⁵⁶ Voir demande d'informations de Maskking en date du 27 avril 2022, annexe 10, cote 53.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Voir saisine de la société G10 en date du 22 novembre 2021, annexe 1, cote 4, de la société CR Distribution en date du 15 mars 2022, annexe 20, cote 87, et de la société GLLNC en date du 15 mars 2022, annexe 22, cote 117.

⁵⁹ Voir lettre de dépôt de plainte de la société CR Distribution en date du 15 mars 2022, annexe 20, cote 89.

⁶⁰ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 38.

types d'acteurs : les fabricants et les importateurs-distributeurs. Ainsi, la commercialisation de ces cigarettes repose sur la relation directe qui existe entre les fabricants et les importateurs locaux établis en Nouvelle-Calédonie.

70. Les cigarettes électroniques jetables de marque Maskking sont particulièrement populaires auprès du consommateur local⁶¹. En séance devant l'Autorité, le représentant de la société G10 a indiqué qu'il avait cherché à importer les cigarettes Maskking en raison de la demande de ses clients pour cette marque spécifique.
71. En Nouvelle-Calédonie, Maskking commercialise des cigarettes électroniques jetables de modèle GT 2ml⁶², et, depuis 2022, des cigarettes électroniques semi-jetables sous marque HIO⁶³.
72. Il ressort de l'instruction que les produits de la marque Maskking ne sont importés et distribués que par un seul opérateur en Nouvelle Calédonie : la société NSVI. En effet, comme cela est établi par plusieurs éléments du dossier, la société NSVI est le revendeur exclusif de Maskking en Nouvelle Calédonie.
73. En premier lieu, la représentante de la société NSVI a elle-même reconnu lors de son audition « avoir une exclusivité de distribution depuis le mois de mars 2021 ». Cette exclusivité lui aurait été proposée par le fournisseur Maskking⁶⁴.
74. Les relations commerciales entre NSVI et Maskking n'ont toutefois jamais été formalisées par contrat : « tous les échanges se faisaient par courriels et par téléphone »⁶⁵. Dans un mail en date du 27 avril 2022, la société Maskking a confirmé que son accord avec la société NSVI était basé sur la confiance : « there is no official contract, the agreement is based on confidence »⁶⁶.
75. En deuxième lieu, le représentant des sociétés G10 et CR Distribution a précisé n'avoir réussi à passer commande auprès de la société Maskking qu'en contournant l'accord entre le fabricant chinois et la société NSVI, c'est-à-dire en prétextant une livraison à Wallis et Futuna ou en Afrique. La société CR Distribution a alors réussi à vendre environ 100 000 cigarettes électroniques jetables en six mois⁶⁷.
76. M. Renaud a ainsi réalisé plusieurs commandes en 2021 jusqu'à ce que la société Maskking apprenne que les cigarettes électroniques jetables qui lui avaient été vendues étaient commercialisées en Nouvelle-Calédonie. Toutes les tentatives de commandes ultérieures de sa part ont alors été bloquées.

2. Les refus de vente de la société Maskking opposés aux sociétés G10, CR Distribution et GLLNC sur le marché des cigarettes électroniques jetables

a. Le refus de vente opposé à la société G10

77. Dans sa plainte à l'encontre de la société NSVI, la société G10 fait état d'un refus de vente de la part de la société Maskking.
78. Les échanges entre la société G10 et Maskking, reproduits dans les annexes 1, 2 et 4 de la saisine déposée par la société G10, attestent d'un refus de vente précisant que la

⁶¹ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 35.

⁶² Voir demande d'informations de Maskking en date du 27 avril 2022, annexe 9, cote 48.

⁶³ Voir mail du 10 mai 2022, de Mme Chauvin au service d'instruction, annexe 13, cote 60.

⁶⁴ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 38 et voir mail du 10 mai 2022, de Mme Chauvin au service d'instruction annexe 13, cote 60.

⁶⁵ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 36.

⁶⁶ Voir demande d'informations de Maskking en date du 27 avril 2022, annexe 9, cote 48.

⁶⁷ Voir procès-verbal d'audition de la société G10 en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 24.

commercialisation de produits Maskking en Nouvelle-Calédonie ne peut avoir lieu sans passer par l'agent Maskking en Nouvelle-Calédonie.

79. Ainsi il peut être constaté à la lecture de la copie des échanges sur messagerie instantanée du 1^{er} juin 2021 entre M. Yohann Renaud, la société Maskking et M. D, directeur des ventes et du marketing de cette société, que M. Renaud pourra uniquement acheter des produits Maskking au distributeur calédonien : « *can only buy from our NC distributor* »⁶⁸.
80. Un lien vers le compte dudit distributeur lui est également communiqué : https://instagram.com/maskking_official_newcaledonia?utm_medium=copy_link.
81. Il apparaît ensuite des échanges du 30 juin 2021 entre M. Renaud et la société Maskking (en la personne de Mme P., responsable des ventes) la confirmation de cette exclusivité d'approvisionnement : « *Sorry friend, we have agent in NC, pls contact them* »⁶⁹.
82. Par mail du 18 novembre 2021, Mme P. demande à M. Renaud de contacter leur agent en Nouvelle-Calédonie, en lui communiquant un lien vers le compte Instagram de ce distributeur (« *Please contact our agent in New Caledonia. This is Instagram account of official agent. https://instagram.com/maskking_official_newcaledonia?utm_medium=copy_link.* »)⁷⁰.
83. En réponse, et par un mail du 18 novembre 2021, M. Renaud demande des précisions à Mme P. sur la qualité de l'agent en Nouvelle-Calédonie : « *Is it your exclusive agent or could I buy some stock with you ?* »⁷¹.
84. Le même jour, Mme P. répond : « *Please kindly directly buy from our agent in New Caledonia* »⁷².
85. En conséquence, il est établi que, depuis juin 2021, la société Maskking a opposé un refus de vente à la société G10 en raison de l'accord d'exclusivité d'importation dont bénéficiait la société NSVI.

b. Le refus de vente opposé à la société CR Distribution

86. Dans sa plainte à l'encontre de la société NSVI, la société CR Distribution fait état de multiples refus de vente et refus de fabrication de marque propre de la part de la société Maskking pour des commandes à destination de la Nouvelle-Calédonie.
87. Les annexes 1, 2, 3, 6 et 7 de la saisine déposée par la société CR Distribution attestent d'un refus de vente précisant que la commercialisation de produits Maskking en Nouvelle-Calédonie ne peut avoir lieu sans passer par l'agent Maskking en Nouvelle-Calédonie.
88. Ainsi, il peut être constaté à la lecture de la copie des échanges sur messagerie instantanée du 27 mai 2021 entre M. Renaud et une commerciale de la société Maskking que cette dernière s'inquiète de la destination de la commande de M. Renaud, Maskking ayant déjà un agent exclusif en Nouvelle-Calédonie : « *just a little concern, because we have exclusive agent at Nouvelle-Calédonie* »⁷³.
89. Est ensuite indiqué à M. Renaud qu'il devra effectuer un dépôt de garantie de 3000 USD, qui lui sera remboursé si les biens achetés ne sont pas vendus en Nouvelle-Calédonie : « *Security deposit is for a promise not to sell to NC. If you didn't sell to NC we will give the refund. (...) 3000usd will be fine* »⁷⁴.

⁶⁸ Voir échanges du 1^{er} juin 2021, annexe 1 de la saisine de la société G10, annexe 1, cote 6.

⁶⁹ Voir échanges du 30 juin 2021, annexe 2 de la saisine de la société G10, annexe 1, cote 8.

⁷⁰ Voir saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cote 109.

⁷¹ Voir échanges du 18 novembre 2021, annexe 1 de la saisine de la société G10, annexe 1, cote 12.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Voir échanges du 27 mai 2021, annexe 1 de la saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cote 90.

⁷⁴ *Ibid.* cote 92.

90. Par des échanges sur messagerie instantanée du 5 novembre 2021, M. Renaud a cependant été informé qu'il ne pourra recevoir le remboursement de ladite caution car des cigarettes ont été trouvées en Nouvelle-Calédonie. Toute commande future est alors bloquée⁷⁵.
91. La société CR Distribution a ainsi été contrainte de changer régulièrement d'agent pour pouvoir passer des commandes à la société Maskking⁷⁶.
92. Lorsque des cigarettes électroniques jetables commandées par CR Distribution ont de nouveau été trouvées en Nouvelle-Calédonie, une compensation de 3000 USD a été réclamée à la société CR Distribution par la société Maskking et toute autre commande lui est refusée⁷⁷.
93. Les échanges du 30 juin 2021 entre M. Renaud et Mme P. confirment l'existence de l'exclusivité d'approvisionnement : « *sorry friend, we have agent in NC, pls contact them* »⁷⁸.
94. Par des échanges du 8 février 2022 entre M. Renaud et la société Maskking (en la personne de Mme T., commerciale), la vente des cigarettes Maskking lui est de nouveau refusée et Mme T. indique à M. Renaud qu'il pourra uniquement les acheter au distributeur calédonien : « *We've already have an exclusive agent in New Caledonia* », « *I cant sell it to you. (...) But you can make an order from the agent* »⁷⁹.

c. Le refus de vente à la société GLLNC

95. Dans sa plainte à l'encontre de la société NSVI, la société GLLNC fait elle aussi état d'un refus de vente de la part de la société Maskking.
96. Ainsi, les échanges entre la société GLLNC et Maskking reproduits dans l'annexe 1 de la saisine déposée par la société GLLNC attestent de ce refus de vente au motif que la commercialisation de produits Maskking en Nouvelle-Calédonie ne peut avoir lieu sans passer par l'agent Maskking en Nouvelle-Calédonie.
97. Il peut en effet être constaté à la lecture de la copie des échanges sur messagerie instantanée du 1^{er} juin 2021, entre M. Didier Lamielle, gérant de GLLNC, et la société Maskking, en la personne de Mme P., que M. Lamielle pourra uniquement acheter des produits Maskking au distributeur calédonien NSVI, en sa qualité d'agent exclusif : « *Miss Gwenola is our exclusive agent in New Caledonia. (...) She is our brand exclusive agent in New Caledonia* »⁸⁰.

3. Le refus de vente de la société Maskking opposé à la société CR Distribution sur le marché des cigarettes électroniques semi-jetables

98. Dans son second signalement à l'encontre de la société NSVI, la société CR Distribution a fait de nouveau état d'un refus de vente de la part de la société Maskking pour des commandes à destination de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna.
99. Ainsi, les échanges du 29 août 2022 au 1^{er} septembre 2022, entre la société CR Distribution et Maskking, reproduits dans l'annexe 1 du second signalement de CR Distribution, mentionnent que la commercialisation de cigarettes électroniques semi-jetables Maskking et HIIO en Nouvelle-Calédonie ne pouvait avoir lieu sans passer par l'agent Maskking en Nouvelle-Calédonie : « *sorry, we can't sell MASKKING and HIIO to other customers in New*

⁷⁵ Voir échanges du 5 novembre 2021, annexe 3 de la saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cote 95.

⁷⁶ Voir saisine de la société CR Distribution en date du 15 mars 2022, annexe 20, cotes 87 et 88.

⁷⁷ Voir échanges du 11 mars 2022, annexe 7 de la saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cotes 105 et 106.

⁷⁸ Voir échanges du 30 juin 2021, annexe 2 de la saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cote 93.

⁷⁹ Voir échanges du 8 février 2022, annexe 6 de la saisine de la société CR Distribution, annexe 20, cote 104.

⁸⁰ Voir copie des messages entre GLLNC et Maskking en date du 15 mars 2022, annexe 1 de l'acte de saisine de GLLNC, cote 13.

Caledonia »⁸¹.

100. Le refus de Maskking serait motivé par l'exclusivité d'importation détenue par une société en Nouvelle-Calédonie « *s'agissant des pods pré-remplis avec les marques Maskking et HIIO* ». La commerciale informe la société CR Distribution des contacts de ce distributeur exclusif : « *Miss Gwenola Chauvin +687 83.23.50* »⁸².

4. L'imputabilité des pratiques

a. Les principes applicables

101. La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union européenne. Toutefois, même lorsque le droit de l'Union n'est pas applicable, l'Autorité retient l'interprétation qui en est faite afin d'assurer la cohérence de sa pratique décisionnelle en matière d'imputabilité.
102. 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 Cour 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, que, 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.
103. Par ailleurs, il ressort d'une jurisprudence constante que, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques enfreignant les règles de concurrence subsiste juridiquement, elle doit être tenue pour responsable de ces pratiques⁸³.
104. Si cette personne morale a changé de dénomination sociale ou de forme juridique, elle n'en continue pas moins à répondre de l'infraction commise.
105. Par contre, lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a commis les pratiques a cessé d'exister juridiquement, ces pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire celle qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur de l'infraction, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle⁸⁴.
106. Il en résulte qu'en cas de dissolution par absorption de la personne morale, les pratiques doivent être imputées à la société qui succède, sur le plan juridique, à la société auteure des pratiques, c'est-à-dire la société absorbante⁸⁵.
107. Le principe de cette jurisprudence repose sur l'idée selon laquelle la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit d'abord la personne morale.

b. Application au cas d'espèce

108. Dans un premier temps, l'entreprise New Smart Vibes Import a été créée par Mme Gwénola Chauvin le 11 janvier 2021 sous forme d'entreprise individuelle (1488 634 RCS Nouméa)

⁸¹ Voir échanges du 29 août 2022 au 1^{er} septembre 2022, annexe 1 du second signalement de CR Distribution en date du 2 septembre 2022, annexe 18, cote 80.

⁸² Voir échanges du 29 août 2022 au 1^{er} septembre 2022, annexe 1 du second signalement de CR Distribution en date du 2 septembre 2022 annexe 18, cote 81.

⁸³ Voir notamment Adlc, décision n° 21-D-10 du 3 mai 2021 relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par le groupe Fleury Michon §51 à §55.

⁸⁴ Cour d'appel de Paris du 14 janvier 2009, Eurelec Midi Pyrénées e.a., RG n° 2008/01095, page 5.

⁸⁵ Voir notamment Adlc, Décision n° 21-D-10 du 3 mai 2021 relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par le groupe Fleury Michon §51 et §52.

détenant une patente ⁸⁶.

109. Dans un second temps, Mme Gwénola Chauvin a transformé le 29 juillet 2021 ladite entreprise en une société à responsabilité limitée (SARL), la SARL New Smart Vibes Import (RCS Nouméa 1512888).
110. Le service d'instruction considère que l'entreprise New Smart Vibes Import a bénéficié d'une exclusivité d'importation s'agissant des cigarettes électroniques jetables de marque Maskking en Nouvelle-Calédonie pour la période allant de Mars 2021 au 26 avril 2022.
111. Il a donc retenu la responsabilité de l'entreprise individuelle New Smart Vibes Import de Mme Gwénola Chauvin (1488 634 RCS Nouméa), pour la période allant de Mars 2021 au 29 juillet 2021 puis de la SARL New Smart Vibes Import (RCS Noumea 1512888) pour la période allant 29 juillet 2021 au 26 avril 2021.
112. Par ailleurs, le service d'instruction considère que la SARL New Smart Vibes Import a également bénéficié d'une exclusivité d'importation et de distribution s'agissant des cigarettes électroniques semi-jetables de marques Maskking et HIIO en Nouvelle-Calédonie, pour la période allant du 29 août 2022 à la présente notification des griefs. Cette pratique lui est imputable.

E. Les griefs notifiés

113. Sur la base des constatations qui précèdent, les deux griefs suivants ont été notifiés :

« Grief n°1 :

Il est fait grief à la SARL New Smart Vibes Import (RCS Noumea 1512888), en qualité d'auteur des pratiques, d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation sur les cigarettes électroniques jetables vendues par la société Maskking Technology Co., Ltd sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour la période allant de Mars 2021 au 26 avril 2022.

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

Grief n°2 :

Il est fait grief à la société New Smart Vibes Import (RCS Noumea 1512888), en qualité d'auteur des pratiques, d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation sur les cigarettes électroniques semi-jetables vendues par la société Maskking Technology Co., Ltd sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour la période allant du 29 août 2022 à la présente notification des griefs.

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

F. La demande de la société NSVI de bénéficiaire des dispositions du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce

114. Dans ses observations en date du 2 novembre 2022, en réponse à la notification des griefs adressée par le service d'instruction, la société NSVI a sollicité « le bénéfice de la mise en œuvre de la non-contestation des griefs prévue par l'article Lp. 464-2 III du code de commerce pour le grief n° 1 qui lui est reproché »⁸⁷.
115. Toutefois, la société NSVI précise qu'elle « entend contester le grief n° 2 »⁸⁸.

⁸⁶ La patente est un impôt dû par toute personne physique ou morale qui entreprend en Nouvelle-Calédonie l'exercice d'une activité, pour son propre compte dans un but lucratif.

⁸⁷ Voir observation de la société NSVI en date du 2 novembre 2011, annexe 38, cote 159.

⁸⁸ *Ibid.* cote 160.

116. Les dispositions du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce prévoient que :
- « 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 »* (soulignement ajouté).
117. En l'espèce, la rapporteure générale de l'Autorité n'a pas donné suite à la demande de la société NSVI. En séance devant l'Autorité, la rapporteure générale a rappelé que la demande formulée par NSVI n'était pas éligible dans la mesure où la procédure de non-contestation des griefs implique notamment que l'auteur renonce à contester *« l'ensemble des pratiques visées par la notification des griefs »*⁸⁹.
118. Par ailleurs, la rapporteure générale a indiqué en séance que, au cas présent, l'acceptation de la procédure de non-contestation n'était pas de nature à permettre une quelconque accélération ni simplification du dossier.
119. Au surplus, la rapporteure générale a souligné que l'affaire étant examinée dans le cadre d'une procédure simplifiée, sans établissement préalable d'un rapport, le montant maximal des sanctions susceptibles d'être infligées à la société mise en cause ne pouvait dépasser 89 550 000 F. CFP.

⁸⁹ Voir la 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, point 108.

II. Discussion

A. Sur le bien-fondé des griefs

1. Sur le droit applicable

120. 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* ».
121. 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'outre-mer] 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* »⁹⁰.
122. Cette disposition tient compte de la spécificité des petites économies insulaires et a pour objectif d'augmenter la concurrence intra et intermarques entre grossistes-importateurs au sein d'un même territoire.
123. Les exclusivités d'approvisionnement prohibées par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce peuvent toutefois être admises sur le fondement de l'article Lp. 421-4 (IV) du même code, dans sa version applicable en 2017 et 2018, 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.
124. En dehors de ces cas d'exception, les 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 prohibés sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
125. 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. En outre, il suffit que le secteur soit déterminé avec assez de précision pour permettre d'apprécier l'incidence des pratiques en cause sur la concurrence.
126. 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.
127. Il est ainsi consacré l'existence d'infractions *per se*, dont la qualification est indépendante de leur effet 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*.
128. En présence d'une exclusivité de fait non-formalisée dans un document contractuel, il est toutefois nécessaire de réunir un faisceau d'indices concordants susceptible de démontrer l'existence d'un accord de volontés, d'une pratique concertée entre le fournisseur et

⁹⁰ Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite « loi Lurel ».

l'importateur visant à conférer à ce dernier un droit exclusif d'importation sur les produits du fournisseur.

129. A ce titre, dès lors qu'ils attestent de la mise en œuvre effective de l'exclusivité de fait, les refus de vente opposés à d'autres importateurs par le fournisseur constituent des indices privilégiés de l'existence et de la robustesse de l'accord de volontés entre le fournisseur et l'importateur.
130. L'Autorité a ainsi, sur la base de l'article Lp. 421-2-1 susmentionné, sanctionné plusieurs fournisseurs et distributeurs dans le secteur des ascenseurs, des glaces et des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie⁹¹.

2. Application au cas d'espèce

a) Sur le grief n°1

- Les arguments de la société mise en cause

131. Les constatations présentées *supra* démontrent que la société NSVI a bénéficié d'un accord exclusif d'importation sur les cigarettes électroniques jetables de marque Maskking de mars 2021 jusqu'au 26 avril 2022.
132. Dans ses observations en date du 2 novembre 2022, la société NSVI reconnaît d'ailleurs la réalité de la pratique qui lui est reprochée par le grief n° 1⁹², confirmant les propos de la gérante de la société NSVI lors de son audition par le service d'instruction⁹³.
133. La société mise en cause fait cependant valoir, d'une part, que le fabricant Maskking est à l'origine de cette exclusivité, d'autre part, que cette pratique a été acceptée par Mme Chauvin en raison de son ignorance de l'interdiction posée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
134. Elle soutient n'avoir pas « voulu (...) écarter » ses concurrents⁹⁴.

- La réponse de l'Autorité

135. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que les pratiques d'exclusivité d'importation sont interdites *per se* depuis le 21 mars 2014 en Nouvelle-Calédonie. Lors de son installation en mars 2018, l'Autorité a d'ailleurs 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 cinq décisions à ce sujet, dont trois ayant sanctionné onze opérateurs, en Nouvelle-Calédonie et en Europe, tous soumis à des obligations de publicité de la sanction.
136. 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.
137. Par ailleurs, la qualification de la pratique en cause ne requiert pas, comme en matière d'entente, la preuve de l'intention subjective de porter atteinte à la concurrence. Le Conseil de la concurrence a ainsi rappelé que : « *n'échappent donc pas à ces règles les pratiques ayant un effet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché sans qu'il soit besoin d'établir l'intention de les enfreindre* »⁹⁵.

⁹¹ [Décision n° 2019-PAC-04 du 11 décembre 2019](#), [Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019](#), [Décision n° 2020-PAC-03 du 7 septembre 2020](#) et [Décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022](#).

⁹² Voir observation de la société NSVI en date du 2 novembre 2011, annexe 38, cote 159.

⁹³ Voir procès-verbal d'audition de la société NSVI en date du 28 avril 2022, annexe 6, cote 36.

⁹⁴ Voir observation de la société NSVI en date du 2 novembre 2011, annexe 38, cote 160.

⁹⁵ Conseil de la concurrence, décision n° 94-D-21 du 22 mars 1994 relative à des pratiques de l'Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom.

138. Dans une décision de 2021 relative des pratiques d'exclusivité d'importation à la Réunion, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé que « *l'article L. 420-2-1 du code de commerce 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.* » Il a en outre été relevé dans cette décision que l'absence de volonté délibérée d'entraver le jeu de la concurrence était sans portée sur la qualification même d'exclusivité d'importation : « *la seule existence de stipulations contractuelles prévoyant une exclusivité d'importation (...) suffit à la qualification de l'infraction prévue par l'article Lp. 420-2-1 du code de commerce, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une volonté délibérée de la part de la société Cattier* »⁹⁶ (soulignement ajouté).
139. 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-Calédonie, l'Autorité a également considéré que la méconnaissance de la loi ne constituait pas un facteur atténuant de la gravité des pratiques en cause⁹⁷.
140. En définitive, l'Autorité constate que la société NSVI a renoncé de façon expresse à contester la réalité de la pratique en cause, la qualification juridique, la régularité de la procédure et la validité du grief. Elle observe qu'en tout état de cause l'instruction a établi la réalité de l'accord d'exclusivité. Elle considère enfin que les arguments de la société NSVI pour atténuer la portée des pratiques exclusives d'importation ne peuvent pas prospérer.

b) Sur le grief n° 2

- Les arguments de la société mise en cause

141. La société NSVI « *conteste formellement* »⁹⁸ le deuxième grief qui lui est reproché, s'agissant de l'exclusivité d'importation de cigarettes électroniques semi-jetables de marque Maskking, pour la période allant du 29 août au 15 septembre 2022, date de la notification de griefs.
142. La société NSVI soutient en effet avoir « *immédiatement contacté Madame Nicole Peng, son interlocutrice de la société Maskking, en charge du secteur Pacifique* » pour lui faire part du fait que « *les exclusivités accordées par des fournisseurs métropolitains ou étrangers à des revendeurs calédoniens (étaient) interdites* », lorsqu'elle a été informée de cette interdiction en avril 2022.
143. En séance devant l'Autorité, la représentante de la société NSVI a indiqué s'être renseignée sur les dispositions régissant les exclusivités d'importation à la réception de la convocation à audition adressée par le service d'instruction de l'Autorité, le 20 avril 2022.
144. A l'appui de ses déclarations, la société NSVI produit un courriel en date du 26 avril émanant de la société Maskking, faisant référence à une conversation téléphonique du 20 avril 2022 et « *confirmant que la société NSVI ne serait plus son représentant exclusif en Nouvelle-Calédonie* »⁹⁹.
145. Par ailleurs, la société NSVI soutient que les pièces transmises par la société CR Distribution dans son signalement du 2 septembre 2022 témoignent du fait que la conversation instantanée engagée par la société plaignante avec une commerciale de la société Maskking avait « *pour seul objectif de faire écrire à cette dernière que la société Maskking a un agent exclusif en*

⁹⁶ Adlc, décision n° 21-D-23 du 7 octobre 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation du champagne et de spiritueux à La Réunion (Cattier), points 45 et 46.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Voir observation de la société NSVI en date du 2 novembre 2011, annexe 38, cote 161.

⁹⁹ *Ibid.*, cotes 160 et 163.

Nouvelle-Calédonie et de disposer ainsi d'une preuve écrite à transmettre à l'(Autorité) »¹⁰⁰.

146. La société NSVI transmet en annexe de ses observations¹⁰¹ des copies de messages échangés entre le représentant de la société G10 et une autre commerciale de la société Maskking. Ces copies de messages sont datées du même jour (29 août 2022) que celles transmises par la société CR Distribution à l'appui de son signalement du 2 septembre 2022. La société NSVI fait valoir qu'aux termes de ces échanges entre la société Maskking et la société G10 « *un devis en date du même jour lui a été adressé* », le devis mentionnant « *clairement que les produits seront destinés à la Nouvelle-Calédonie* »¹⁰².
147. Enfin, la société NSVI fait valoir que, informée dans le cadre de la procédure devant l'Autorité du signalement de la société CR Distribution, elle était revenue vers la société Maskking pour l'en informer : « *Madame Peng a aussitôt émis une note d'information destinée à l'ensemble de ses collègues afin que cette situation ne se produise plus* »¹⁰³. Cette note est produite en annexe des observations de la société NSVI¹⁰⁴.
- La réponse de l'Autorité
148. En matière d'entente comme en matière de pratiques exclusives d'importation, la preuve de l'accord de volontés s'établit à la lumière d'un faisceau d'indices concordants, les indices devant être considérés ensemble, conformément à la jurisprudence applicable¹⁰⁵.
149. Ainsi, à l'occasion d'une décision relative à des accords exclusifs d'importation à Wallis et Futuna, l'autorité métropolitaine a considéré que la persistance alléguée de telles pratiques devait être étayée par des éléments suffisamment probants de la part le plaignant :
- « bien que des déclarations unilatérales de cessation d'une pratique par son auteur n'aient qu'une très faible valeur probante, force est de constater que, dans le cas d'espèce, le plaignant n'a versé aucune pièce postérieure au 16 avril et au 11 juillet 2015 susceptible d'établir que les pratiques d'exclusivité relevées se seraient poursuivies au-delà de ces dates. Dès lors, il y a lieu de considérer que les dates à partir desquelles General Import annonce unilatéralement qu'elle ne dispose plus d'une exclusivité d'importation sont, par défaut, pertinentes pour marquer la fin des pratiques, comme l'a justement retenu la notification des griefs »*¹⁰⁶ (soulignement ajouté).
150. En l'espèce, la présomption de la participation de la société NSVI à un accord exclusif d'importation sur les cigarettes électroniques semi-jetables de marque Maskking repose sur le seul signalement de la société CR Distribution, fournissant la copie de messages instantanés échangés entre le représentant de la société plaignante et une commerciale de la société Maskking.
151. Entendus en séance, les représentants des sociétés plaignantes n'ont toutefois pas été en mesure de confirmer que la société Maskking aurait refusé de leur livrer des cigarettes électroniques semi-jetables, le représentant de la société G10 n'ayant pas contesté la réalité du devis transmis le 29 août 2022 ni justifié le fait qu'il n'y aurait pas été donné suite par la société Maskking ; celui de la société GLLNC ayant déclaré qu'il n'avait pas tenté de passer de commandes pour ce type de produits, dont le marché serait saturé.

¹⁰⁰ Voir observation de la société NSVI en date du 2 novembre 2011, annexe 38, cote 161.

¹⁰¹ *Ibid.* cote 165 à 167.

¹⁰² *Ibid.* cote 160.

¹⁰³ *Ibid.* cote 161.

¹⁰⁴ *Ibid.* cote 168.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Adlc, décision n° 18-D-21 du 8 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits de grande consommation sur les îles du territoire de Wallis-et-Futuna, point 63.

152. A l'inverse, la société NSVI a déclaré s'être immédiatement mise en conformité et avoir rompu l'accord exclusif qui la liait à la société Maskking, sans attendre la fin de la procédure devant l'Autorité.
153. Elle a produit à cet effet deux pièces tendant à démontrer qu'elle s'était publiquement distancée de la pratique en cause, à savoir le courriel de confirmation de la société Maskking précisant que la société NSVI ne serait plus agent exclusif (« *we will not continue our business with you as our representative agent but we are pleased to keep you as our regular customers* »¹⁰⁷) et une note d'information interne, émanant de Mme P., rappelant aux commerciaux de la société Maskking que les exclusivités d'importation sont prohibés par la Nouvelle-Calédonie, si bien que tous les accords de ce type avec des agents calédoniens étaient nuls et non-avenus¹⁰⁸.
154. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère que les reproches des sociétés plaignantes s'agissant du grief n° 2 sont insuffisamment fondés et que la déclaration de cessation de la pratique par la société mise en cause étant appuyée par une démarche de mise en conformité et de distanciation de la pratique auprès de son fournisseur, il est permis d'écarter la persistance de la pratique sur le marché en cause.
155. En conséquence, l'Autorité considère que le grief n° 2 n'est pas établi.

B. Sur les sanctions

156. Le quatrième alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce 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 entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe 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* ».
157. 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* ».

1. Sur la gravité de la pratique

158. En premier lieu, l'Autorité 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 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* »¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Voir observation de la société NSVI en date du 2 novembre 2011, annexe 38, cote 163.

¹⁰⁸ *Ibid.* cote 168.

¹⁰⁹ 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.

159. Dans sa décision précitée n° 2019-PAC-05¹¹⁰ 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, l'Autorité a 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* »¹¹¹ (soulignement ajouté).
160. Au cas présent, il ressort de l'instruction que le marché affecté, bien que très récent, connaît une forte demande et que la marque Maskking est particulièrement recherchée par les consommateurs calédoniens.
161. En deuxième lieu, s'agissant des caractéristiques objectives de l'infraction, les autorités de concurrence apprécient le degré de sophistication de la pratique anticoncurrentielle, tel que son caractère secret, le détournement d'une législation, l'existence de mécanismes de police ou de mesures de représailles¹¹².
162. Dans ses observations, la société NSVI réfute le caractère sophistiqué de la pratique. Elle soutient n'avoir jamais voulu « *dénoncer (ses concurrents) auprès de la société Maskking* », les photos prises par la représentante de la société NSVI visant seulement à assurer le remboursement de lots défectueux.
163. Interrogée en séance, la représentante de la société NSVI a confirmé que ses clients pouvaient s'adresser à elle pour des lots défectueux en ignorant qu'elle ne les avait pas fournis. Le représentant de la société G10 a confirmé en séance qu'il ne vérifiait pas les numéros de série des paquets de cigarettes électroniques Maskking qu'il avait réussi à se procurer.
164. Cependant, l'instruction a fait apparaître que les photos prises par la gérante de la société NSVI ont conduit à des mesures de représailles de la part du fabricant Maskking. En effet, les sociétés ayant tenté de contourner l'accord d'exclusivité en place se sont vues infliger des pénalités de 3 000 US \$.
165. En troisième et dernier lieu, la durée de l'infraction 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.
166. En l'espèce, les pratiques en cause ont été mises en œuvre sur une période relativement courte. Toutefois, il ressort de l'instruction qu'elles ont affecté un marché porteur et en plein développement, leur ampleur est donc importante. La durée de la pratique ne constitue donc pas un facteur d'atténuation de sa gravité.
167. Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité considère que l'infraction reprochée à la société

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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.

¹¹² Voir le communiqué de sanction 2021 de l'Adlc, point 28.

NSVI est grave.

2. Sur le dommage à l'économie

168. 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 la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause¹¹³.
169. 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 concerné¹¹⁴. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre¹¹⁵.
170. Selon la société NSVI, « *la concurrence entre les marques s'est (...) faite dans des conditions normales de marché* »¹¹⁶. Elle indique en effet que « *plusieurs marques étaient commercialisées sur le marché calédonien des cigarettes électroniques jetables avant l'arrivée de la marque Maskking (la marque Elf Bar vendue par VAPE STORE implantée sur l'ensemble du territoire calédonien en raison notamment de la présence de trois magasins VAPE STORE dont un à KONE et la marque Again) et le consommateur calédonien disposait donc d'un choix assez large* »¹¹⁷.
171. Néanmoins, l'Autorité constate que les pratiques en cause portent sur l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie et ont conduit à placer la société NSVI en situation de monopole pour la distribution des produits de la marque Maskking. Dans son acte de saisine en date du 14 mars 2022, la société plaignante CR Distribution estime que « *l'exclusivité actuelle force une hausse du prix du consommateur de près de 22 %, ce qui est considérable* »¹¹⁸.
172. Le représentant des sociétés G10 et CR Distribution indique par ailleurs que l'exclusivité d'importation au profit de NSVI a induit une perte de chiffres d'affaires¹¹⁹, ce que confirme également le représentant de la société GLLN dans son audition, estimant que les pratiques en cause ont causé « *une perte de temps et un bénéfice perdu qui aurait pu être d'environ 600.000 à 800.000 F CFP / mois* »¹²⁰.
173. L'instruction a donc démontré qu'en empêchant la commercialisation par d'autres importateurs-distributeurs des cigarettes électroniques jetables fabriquées par la société Maskking, la société NSVI a porté atteinte au libre jeu de la concurrence sur les marchés de l'importation et de la distribution des cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie.
174. Cette pratique a ensuite causé un dommage à l'économie certain, en raison de sa durée et des refus de vente effectivement opposés aux sociétés G10, CR Distribution et GLLNC.
175. Il résulte de ce qui précède que le dommage à l'économie causé par les pratiques est important.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2011, Orange France, précité.

¹¹⁵ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910.

¹¹⁶ Voir observations de la société NSVI en date du 2 novembre 2022, annexe 38, cote 160.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Voir saisine de la société CR Distribution en date du 15 mars 2022, annexe 20, cote 89.

¹¹⁹ Voir procès-verbal d'audition des sociétés G10 et CR en date du 29 mars 2022, annexe 4, cote 27.

¹²⁰ Voir procès-verbal d'audition de la société GLLNC en date du 31 mars 2022, annexe 5, cote 32.

3. Sur la situation individuelle de l'entreprise mise en cause

176. 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.
177. Ainsi, l'Autorité tient compte de la taille, de la puissance économique et des ressources de l'entreprise en cause, au regard notamment des activités dont elle dispose au-delà des seuls produits en relation avec l'infraction en cause et de leur chiffre d'affaires.
178. L'examen de la situation financière de l'entreprise mise en cause permet à l'Autorité d'apprécier sa capacité contributive. Les chiffres utilisés à cet égard sont généralement le chiffre d'affaires et le résultat net figurant sur les liasses fiscales déposées par les sociétés auprès de l'administration fiscale et communiquées au service d'instruction ou au bureau de la procédure par les parties. Le cas échéant, l'Autorité peut également prendre en compte le fait qu'une société soit la filiale d'un groupe plus important, qu'elle soit la maison-mère d'autres filiales ou qu'elle ait plusieurs activités.
179. Concernant la situation individuelle de l'entreprise poursuivie, l'Autorité observe tout d'abord qu'elle est en bonne santé financière et capable d'assumer le montant maximal de la sanction pécuniaire encourue.
180. Néanmoins, à titre de circonstances atténuantes, l'Autorité retiendra que la société NSVI est une entreprise de petite taille, de création récente et qu'elle a engagé sa mise en conformité sans attendre la fin de la procédure devant l'Autorité en se distançant publiquement de l'accord qu'elle avait auparavant avec la société Maskking.

4. Sur le montant de la sanction

181. Pour mémoire, le chiffre d'affaires le plus élevé réalisé par la société NSVI au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre est de 214 000 000 F.CFP en 2021-2022.
182. En conséquence, le montant maximal de la sanction pécuniaire susceptible de lui être infligée est de 10,7 millions F. CFP.
183. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il est infligé à la société NSVI une sanction d'un montant de 8, 5 millions F. CFP.

5. Sur l'obligation de publication

184. Par application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut ordonner « *la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».
185. En l'espèce, il y a lieu, compte tenu des faits constatés par la présente décision et de la gravité de l'infraction relevée, d'ordonner à la société NSVI de publier un résumé de la présente décision dans le journal « Les Nouvelles-Calédoniennes » dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

DECIDE

Article 1^{er} : Il est établi que la société New Smart Vibes Import 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 cigarettes électroniques jetables de marque Maskking (grief n°1).

Article 2 : Il est infligé à la société New Smart Vibes Import une sanction pécuniaire d'un montant de 8,5 millions F.CFP au titre de la pratique visée à l'article 1er.

Article 3 : La société New Smart Vibes Import fera publier à ses frais, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant dans le journal papier (Le Mag) et dématérialisé des Nouvelles Calédoniennes :

« La société New Smart Vibes Import a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir bénéficié d'un accord exclusif d'importation avec son fournisseur dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques jetables en Nouvelle-Calédonie, alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur le marché des cigarettes électroniques jetables était grave, même si en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu. Elle a prononcé à son encontre une sanction pécuniaire d'un montant de 8 500 000 F.CFP, en tenant compte des circonstances de l'espèce et de la situation individuelle de la société New Smart Vibes Import ».

Cette publication devra comprendre le logo de la société NSVI et intervenir dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc en police de taille 12 sous le titre suivant, en caractères gras de même taille : « **Décision de l'Autorité de la concurrence n° 2023-PAC-01 du 1^{er} mars 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la distribution de cigarettes électroniques en Nouvelle-Calédonie** ». Elle pourra être suivie de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. Les personnes morales concernées adresseront au bureau de la procédure de l'Autorité copie de cette publication, dès sa parution.

Article 4 : Le grief d'accord exclusif d'importation sur les cigarettes électroniques semi-jetables de marque Maskking notifié à la société New Smart Vibes Import sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce n'est pas établi (grief n°2). Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure.

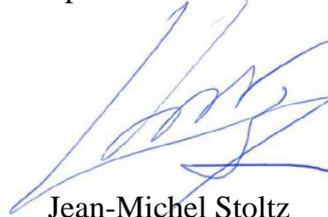
Délibéré sur le rapport oral de Mme Virginie Elissalde, rapporteure générale par intérim, par M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, MM. Robin Simpson et Walid Chaiehloudj et Mme Nadège Meyer, membres de l'Autorité.

La secrétaire de séance



Marie-Bernard Munikihafata

Le président de séance



Jean-Michel Stoltz
Vice-Président