

Décision n° 11-D-03 du 15 février 2011
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du
commerce de gros des fruits et légumes
et produits de la mer frais⁽¹⁾

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 29 juillet 2008, sous le numéro 08/0086 F, par laquelle la société Pomona a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupement Creno ainsi que par les grossistes indépendants membres de ce groupement, sur le marché de gros des fruits et légumes et des produits de la mer frais ;

Vu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 10-DSA-90 à 93 du 21 mai 2010, n° 10-DSA-94 du 1^{er} juin 2010, n° 10-DECR-12 du 30 juin 2010, n° 10-DSA-121 du 28 juin 2010, n° 10-DSA-136 du 15 juillet 2010 et n°10-DSA-245 du 15 novembre 2010 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société Pomona et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, et les représentants de la société Pomona entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 17 novembre 2010, le commissaire du Gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

(1) Version non confidentielle

I. Constatations

1. Seront successivement abordés :
 - la saisine,
 - les secteurs et les entreprises concernés,
 - les pratiques dénoncées.

A. LA SAISINE

2. Par lettre enregistrée le 29 juillet 2008, sous le numéro 08/0086 F, la société Pomona (ci-après « Pomona ») a saisi le Conseil de la concurrence de clauses figurant dans des documents contractuels liant le groupement Creno (ci-après le « Creno ») à ses adhérents.
3. Creno fédère des grossistes indépendants en fruits et légumes et produits de la mer frais. Il opère en amont comme une centrale de référencement pour l'approvisionnement de ses adhérents auprès de fournisseurs sélectionnés, et en aval pour la commercialisation des produits de ses adhérents auprès d'une clientèle « grands comptes » (ci-après les « grands comptes ») spécialisée dans le secteur de la restauration hors domicile (ci-après la « RHD »).
4. La stipulation principalement concernée par la présente saisine est une clause de non-réaffiliation post-contractuelle aux termes de laquelle l'adhérent du groupement Creno, qualifié ci-après de "créniste" : *« s'interdit d'appartenir ou de participer directement ou indirectement (...) à la structure ou aux activités d'une société ou d'un groupement concurrent de Creno, c'est-à-dire regroupant des grossistes en fruits et légumes ou animant un réseau de grossistes en fruits et légumes et ce pour un délai de deux années à compter du retrait ou de l'exclusion du membre à peine de dommages intérêts, sans préjudice du droit qu'aurait la société de faire cesser cette convention »*. L'efficacité de cette stipulation serait renforcée par une clause de préférence post-contractuelle prévoyant que : *« pendant la durée de son adhésion et pendant les 12 mois qui suivent son retrait de Creno, le Créniste confère un droit de préférence au groupe Creno sur tout autre personne à égalité de prix et de conditions, en cas de mise en location-gérance de tout fonds de commerce exploité par lui ou en cas de transfert de propriété (...) »*.
5. D'après la saisissante, par le biais de ces clauses, Creno aurait mis en place *« un arsenal contractuel ayant pour objet et pour effet d'empêcher la sortie de ses adhérents [et] leur prise de contrôle par des grossistes concurrents (...) »*. Ce dispositif anti-sortie aurait été appliqué par Creno à deux reprises afin d'empêcher la cession au profit de Pomona des anciens "crénistes" Colom Alberti en 2005 et AFL en 2007/2008. L'objectif principal serait ainsi d'éviter le risque pour la collectivité des adhérents de Creno, à savoir les "crénistes", de voir un jour l'un d'eux entrer en concurrence avec eux.

B. LES SECTEURS D'ACTIVITÉ ET LES ENTREPRISES CONCERNÉS

1. LES SECTEURS D'ACTIVITÉ

6. Les secteurs d'activité concernés par la saisine sont la distribution en gros de fruits et légumes frais, d'une part, et la distribution en gros de produits de la mer frais (poissons, coquillages et crustacés), d'autre part, sur le territoire français.
7. Pomona, comme les adhérents du groupement Creno, opère sur ces secteurs en qualité de grossiste. Les grossistes achètent leurs produits auprès de producteurs, d'organisations de producteurs, d'importateurs et de mareyeurs. Ces produits sont ensuite revendus à une clientèle de professionnels qui, en fonction de leur activité, soit les revendent en l'état au consommateur final (les grandes et moyennes surfaces appelées les « GMS »), soit les transformeront ou les intégreront dans un produit élaboré (repas vendus par un restaurateur, par exemple).

a) Les grossistes en fruits et légumes et produits de la mer frais

8. Les grossistes sont divisés en trois catégories :
 - les opérateurs de carreau ou de marché qui vendent leurs produits sur une place de marché de gros comme celle de Rungis. Les clients de ces grossistes sont essentiellement des détaillants, des restaurateurs indépendants, voire des demi-grossistes, ou des grossistes, qui se déplacent généralement pour s'approvisionner chez eux ;
 - les cash généralistes, qui assurent la vente de produits alimentaires et non alimentaires à destination des métiers de bouche. Les clients se déplacent en magasin chez ces opérateurs qui n'assurent pas la livraison de leurs produits ;
 - les grossistes à service complet (appelés les « GASC ») dont Pomona et les adhérents "*crénistes*" relèvent et qui assurent l'achat, la vente, la préparation des commandes, et la livraison chez les clients. Ils sont spécialisés par famille de produits (fruits et légumes frais et/ou produits de la mer frais) et livrent le dernier maillon de la filière, c'est-à-dire l'ensemble des opérateurs directement en contact avec des consommateurs.
9. Selon l'étude Xerfi du mois de décembre 2008 (cotes 2362-2364), le nombre de grossistes en fruits et légumes est en baisse constante depuis une dizaine d'années. D'après les déclarations du président de l'Union nationale du commerce de gros en fruits et légumes (ci-après l'« UNCGFL »), il existait en 2009 entre 1 110 et 1 150 entreprises de gros.
10. Le secteur, dont le chiffre d'affaires stagne, connaît un mouvement de concentration dû notamment au changement de comportement des GMS, qui ont depuis plusieurs années limité leurs recours aux grossistes en développant leurs propres structures d'achat (les centrales d'achat) pour mieux contrôler leurs approvisionnements. Ainsi, en 2008, le marché de la distribution de gros de fruits et légumes frais était partagé entre les centrales d'achat qui approvisionnent la grande distribution à hauteur de 80 % (6,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires), et les grossistes (5,1 milliards d'euros de chiffre d'affaires).

11. Les premiers grossistes concernés par la baisse de la demande ont été les GASC qui, après avoir connu une période de prospérité en approvisionnant notamment les hypermarchés et supermarchés, ont été contraints de trouver d'autres débouchés commerciaux et de se tourner vers la RHD, seul secteur en croissance. Actuellement, le nombre de GASC serait compris entre 280 et 300, dont 200 appartenant à des réseaux tels que Pomona, Creno ou Hexagro.

b) Les clients des grossistes

12. La clientèle des grossistes recouvre trois catégories :
- les GMS qui représentent actuellement 43 % de l'activité des grossistes ;
 - les détaillants de proximité et spécialistes (détaillants dont le chiffre d'affaires en fruits et légumes et produits de la mer est supérieur à 50 %). Ils sont approvisionnés par les GASC, pour qui ils représentent 38 % des débouchés, par les grossistes de carreaux et également par les centrales d'achat et les cash généralistes.
 - les opérateurs de la restauration hors domicile (RHD) (19 % des débouchés) au sein desquels on distingue :
 - les sociétés de restauration collective avec comme principaux opérateurs Sodexo, Compass, Elixor, Sogères, Score, etc., qui interviennent dans le cadre de marchés publics ou privés pour la restauration des entreprises, des centres de vacances et des établissements d'enseignements ;
 - la restauration collective autogérée : restauration directement gérée par la collectivité publique concernée, par opposition à la restauration concédée à une société de restauration tierce qui vise les mêmes domaines (CHU, Economat des armées) ;
 - les chaînes commerciales de restauration avec pour principaux opérateurs Accor, Buffalo Grill et le groupe Flo ;
 - la restauration commerciale dite indépendante (restaurants locaux, traiteurs).
13. En 2007, la RHD représentait un chiffre d'affaires total de 1 100 millions d'euros. Ce type de clientèle s'approvisionne à hauteur d'environ 60 % auprès de GASC intégrés ou fédérés ayant une couverture nationale ou quasi-nationale, à savoir Pomona, entreprise intégrée, ainsi que Creno et Hexagro, réseaux d'indépendants (cote 2370). Pour ces entreprises, la part de chiffre d'affaires réalisée avec la RHD se situe entre 38 et 42 %.
14. Au sein de la RHD, les sociétés de restauration collective, la restauration collective autogérée ainsi que les chaînes de restauration commerciale, appelées les « clients grands comptes » se distinguent des autres clients par un volume d'activité important ainsi que par des exigences de prestations élevées en termes de suivi et de qualité des produits qui leur sont livrés. Les grands comptes ont donc développé une politique de référencement de fournisseurs au niveau national afin d'obtenir des conditions de prix et de qualité harmonisées sur l'ensemble du territoire. La négociation se déroule sous forme d'appels d'offres de périodicité diverse (deux ou trois ans en général) aux termes desquels sont référencés les réseaux de GASC capables de répondre à leur demande, tels que Pomona, Creno et Hexagro. Selon les éléments du dossier, il arrive

cependant que les établissements locaux de certains clients grands comptes traitent avec des GASC locaux indépendants, lorsqu'il s'agit d'anciens affiliés. De même, tous les grands comptes n'imposent pas à leurs établissements locaux de recourir aux GASC référencés par appels d'offres.

2. LES ENTREPRISES

15. Les entreprises concernées par la saisine sont des GASC.

a) Le groupe Pomona

16. Pomona est un groupe intégré importateur, transformateur et distributeur de produits agroalimentaires. Son activité se divise en deux branches : une activité de distribution, et une activité d'agro-industrie. En 2009, le groupe Pomona avait réalisé un chiffre d'affaires global de 2,6 milliards d'euros. Selon le groupement Creno, Pomona disposerait en France de 150 implantations sous forme de succursales.
17. Dans le cadre de son activité de distribution, qui est plus particulièrement concernée par la présente affaire, Pomona commercialise auprès des clients professionnels de la RHD, de la grande distribution et des spécialistes, une gamme large de produits, qui s'étend notamment à l'épicerie, aux surgelés et aux produits de boulangerie-pâtisserie. Cette activité se décompose en quatre branches organisées en réseaux spécialisés par gamme de produits. La distribution au stade de gros des fruits et légumes et des produits de la mer frais s'opère via la filiale Pomona TerreAzur, dont le chiffre d'affaires s'est élevé en 2009 à 919 millions d'euros (cote 3059). Pomona est en position de leader parmi les GASC.
18. Sur le marché de gros des fruits et légumes frais, tous clients confondus, Pomona évaluait sa part de marché à hauteur de 19,33 % en 2008. Sur le segment de la RHD, celle-ci était de [20-45] %. La même année, le chiffre d'affaires réalisé avec les grands comptes était, quant à lui, de [110-160] millions d'euros, soit [30-45] % de parts de marché (cotes 775-781, 2415-2416).
19. En 2008, sur le marché de la distribution en gros des produits de la mer frais, Pomona évaluait sa part de marché à 9,33 % (cotes 774-780).

b) Le groupement Creno

20. Le groupement Creno fédère 51 distributeurs régionaux indépendants en fruits et légumes ainsi que 14 distributeurs régionaux en produits de la mer. Le groupement, né en 1974, est issu de l'association de plusieurs grossistes en fruits et légumes qui souhaitaient disposer de moyens plus importants pour mieux répondre à l'évolution de leur métier.
21. La fonction initiale du Creno était de centraliser les achats de ses adhérents auprès des fournisseurs afin d'obtenir des conditions commerciales plus favorables. Du fait de la diminution du recours aux GASC par les GMS, à la fin des années 1980, Creno a été obligé de se restructurer et de développer son activité en aval, en assistant ses adhérents pour démarcher la clientèle grands comptes de la RHD qui débutait son expansion.

22. Le groupement repose aujourd'hui principalement sur deux entités juridiques distinctes.
23. La société coopérative Creno SA (structure décisionnelle) dont une partie des adhérents (les "crénistes") est actionnaire, définit la politique commerciale du Creno. Cette structure est régie par les statuts et le règlement intérieur de Creno SA, auxquels chaque adhérent actionnaire souscrit expressément (cotes 380-413).
24. La société Creno Impex SAS (structure opérationnelle) a quant à elle pour objet de mettre en œuvre la politique commerciale décidée par Creno SA. Selon le président de Creno Impex, « *cette structure emploie environ 85 salariés dont 50 cadres et agents de maîtrise et réalise un volume d'activité annuelle de près de 250 millions d'euros, qui correspond en majeure partie à des fournitures de produits et de services au profit des Crénistes.* » (cote 2377). Chaque adhérent du groupement Creno est lié à Creno Impex par un contrat d'affiliation.
25. Creno Impex exerce l'activité de centrale de référencement à l'achat pour le compte des adhérents afin de leur permettre de bénéficier de conditions commerciales plus favorables en groupant leurs achats. Dans ce cadre, Creno Impex se porte du croire à l'égard des fournisseurs concernés, ce qui permet à ces derniers de bénéficier d'une garantie de paiement.
26. Creno Impex a également une activité de référencement à la vente à l'intention des clients grands comptes souhaitant globaliser leurs achats sur une base nationale. Le groupement Creno fait ainsi valoir que c'est afin de préserver l'accès à cette clientèle spécifique qu'a été mis en place au sein du groupement un mécanisme permettant de préserver la couverture nationale et la pérennité du réseau, à savoir la clause de non-réaffiliation post-contractuelle et le droit de préférence.
27. Ci-après sont reproduites les explications du président de Creno à cet égard : « *On a commencé à s'intéresser au marché de la RHD qui était en plein essor à cette époque. La restauration autogérée passait à la restauration concédée. Chez Sodexo, par exemple, CRENO n'était pas du tout connu. Pomona qui avait une part de marché considérable était perçue comme la seule entreprise capable de répondre à une telle demande d'achat. Si nous voulions attaquer ce type de marché, nous devions assurer à nos clients une pérennité du réseau. Nous avons mis en place dans le règlement intérieur un droit de préférence à égalité de prix et de conditions afin d'éviter de reproduire ce qui s'était passé en 1989-1992. Cela nous a paru indispensable d'avoir une certaine pérennité. En outre Sodexo nous a demandé des engagements quant à notre situation d'indépendants qui peuvent entrer et sortir librement avec donc un risque de défaut d'approvisionnement de ses restaurants (...). En 2003, donc, nous avons refondu le contrat d'affiliation en y incorporant la politique qualité de CRENO et l'obligation de s'y conformer, ainsi que le mandat de CRENO Impex pour négocier au nom des crénistes auprès des clients grands comptes. Nous avons incorporé le droit de préférence et la clause de non-concurrence* » (cotes 790-801).
28. Il résulte en effet de l'instruction que la clientèle grands comptes insiste fortement à la fois sur l'importance d'un dialogue national avec un petit nombre de groupes autorisant une négociation centralisée (cf. §§ 85 à 87), et sur l'importance accordée à l'existence au niveau local d'une pluralité de GASC référencés permettant aux établissements locaux de disposer d'un choix ouvert en toutes circonstances.

29. Les responsables du groupe Accor ont ainsi déclaré : « *on sélectionne les fournisseurs de manière à en avoir toujours au moins deux capables de répondre sur une zone (...)* » (cotes 926-936). Ceux de Saros/La Criée ont, quant à eux, précisé : « *On s'approvisionne chez les trois principaux grossistes (...). On a fait un référencement large avec quatre sources d'approvisionnement pour nos magasins. C'est un choix stratégique de ne pas avoir un seul fournisseur, pour pouvoir négocier les tarifs. Les négociations ont lieu toutes les semaines. Nous faisons jouer la concurrence en sorte que les prix soient alignés (...). Les restaurants choisissent une de ces quatre sources* » (cotes 1150-1158).
30. Creno permet ainsi à ses adhérents, dont la zone de chalandise est infra-nationale, d'être référencés auprès des clients grands comptes.
31. Le champ d'action des adhérents "*crénistes*" est variable, de dimension locale ou régionale. Les crénistes opèrent sur des périmètres territoriaux qui ne se recoupent que peu, de manière à couvrir l'ensemble du territoire national.
32. Le chiffre d'affaires individuel des adhérents peut varier considérablement, de 5 millions d'euros à plus de 110 millions d'euros. Le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des adhérents s'élevait en 2008 à 520 millions d'euros.
33. Sur le marché de gros des fruits et légumes frais, tous types de clientèle confondus, Creno évaluait sa part de marché à 9,2 % en 2008. Sur le segment de la RHD, cette part de marché était de [15-25] % (cote 2384). La même année, le chiffre d'affaires réalisé avec les grands comptes était, quant à lui, de [75-95] millions d'euros, soit [21-26] % de parts de marché (cotes 2391 et 2392). Ces clients représentent un pourcentage variable du chiffre d'affaires des adhérents, en moyenne entre 14 et 18 %.
34. Sur le marché de la distribution en gros de produits de la mer frais, la part de marché de Creno était évaluée en 2008 par Pomona à hauteur de 2,74 % (cotes 774-780).

c) Le groupement Hexagro

35. Hexagro a été créé en 1994 par d'anciens adhérents de Creno désireux de trouver une structure plus souple. Contrairement à Creno et Pomona, Hexagro n'est pas présent sur le marché de la distribution en gros de produits de la mer frais. Avec un réseau national composé d'une cinquantaine de grossistes indépendants en fruits et légumes, il figure parmi les trois principaux acteurs du secteur.
36. Le groupement repose sur une structure légère, sans condition particulière d'entrée ou de sortie pour ses adhérents. Il n'intervient pour leur compte qu'en aval en proposant une offre spécifique destinée aux clients grands comptes. L'unique objectif poursuivi par Hexagro est d'assurer un maillage territorial suffisant en vue de satisfaire cette clientèle (cotes 599-603). Il ne dispose cependant d'aucun instrument ou mécanisme spécifique lui permettant de garantir la pérennité de son réseau.
37. En 2009, le chiffre d'affaires d'Hexagro s'est élevé à 415 millions d'euros. En 2007, sa part de marché en RHD s'élevait à 16,5 % (cote 2370). Le chiffre d'affaires réalisé avec les grands comptes était, quant à lui, de 50 millions d'euros en 2008, soit 14 % de part de marché (cotes 599-603).

C. LES PRATIQUES DÉNONCÉES

38. Le dispositif encadrant la sortie des "crénistes" est prévu dans le règlement intérieur de Creno SA auquel chacun d'eux adhère lors de son entrée au sein du groupement (cotes 405 à 413) ainsi que dans le contrat-type d'affiliation conclu entre Creno Impex et chaque adhérent (cotes 463-490).

1. LA CLAUSE DE NON-RÉAFFILIATION POST-CONTRACTUELLE

39. Un engagement de non-réaffiliation figure dans le règlement intérieur de Creno SA (depuis au moins 1997) et dans des termes similaires au sein de chaque contrat d'affiliation depuis 2003.

40. L'article 11 du règlement intérieur prévoit ainsi :

« Tout membre s'interdit d'appartenir ou de participer directement ou indirectement et notamment par personne physique ou morale interposée, à la structure ou aux activités d'une société ou d'un groupement concurrent de Creno, c'est-à-dire regroupant des grossistes en fruits et légumes ou animant un réseau de grossistes en fruits et légumes.

L'interdiction de participer directement ou indirectement à la structure ou à l'activité d'une société ou d'un groupement exerçant une activité concurrente de celle de Creno continuera de produire ses effets pendant un délai de deux années à compter du retrait ou de l'exclusion, à peine de dommages intérêts, sans préjudice du droit qu'aurait la société de faire cesser cette contravention. »

41. L'article 8.4 du contrat d'affiliation stipule :

« Le créniste s'interdit de s'affilier à un groupement concurrent de Creno Impex et cette interdiction se prolonge pendant un délai de deux années à compter du retrait ou de l'exclusion du créniste, par référence au règlement intérieur de Creno SA (...) ».

42. Pomona fait valoir que ce dispositif contractuel a pour effet de rigidifier et de cloisonner le marché en empêchant des changements d'affiliation et, par conséquent, d'entraver le développement normal de la concurrence. Pomona explique notamment qu'à deux reprises, elle a entamé des discussions en vue d'acquérir des distributeurs adhérents au groupement Creno, mais que ces négociations auraient échoué à un stade pourtant très avancé (accord sur la chose et le prix) en raison de l'impossibilité pour l'adhérent "créniste" de se retirer du groupement pour rejoindre un concurrent.

43. Cette clause de non-réaffiliation post-contractuelle s'opposerait donc aux projets d'affiliation d'un "créniste" à toute société ou groupement concurrent du Creno, et donc également à la prise de contrôle d'un adhérent démissionnaire par le groupe intégré Pomona.

2. LE DROIT DE PRÉFÉRENCE POST-CONTRACTUEL

44. Un droit de préférence post-contractuel figure dans le règlement intérieur de Creno SA (depuis au moins 1997) et dans des termes similaires au sein de chaque contrat d'affiliation depuis 2003.

45. L'article 21 du règlement intérieur prévoit ainsi :

« Pendant la durée de son adhésion et durant douze mois après son départ de Creno, l'actionnaire confère à Creno, ou à toute personne physique ou morale qu'il lui plaira de se substituer, un droit de préférence sur toute autre personne à égalité de prix et de conditions :

- en cas de mise en location-gérance de tout fonds de commerce exploité par lui ;

- en cas de transfert de propriété, sous quelque forme que ce soit (cession, apport, ...) du fonds de commerce, de tout droit au bail dans lequel le ou les fonds de commerce exploités par lui, de titre de toute société propriétaire ou exploitant d'un fonds de négoce de fruits et légumes, dans laquelle il possède au moins une minorité de blocage, que cette cession se réalise notamment par vente, apport en société, fusion, scission, la présente énumération étant énonciative et non limitative. (...) ».

46. Un changement de contrôle non-agréé peut ainsi entraîner l'exclusion de plein droit du groupement, la résiliation de plein droit du contrat d'affiliation, la mise en œuvre d'une clause pénale assortie de la possible mise en œuvre d'une action judiciaire en réparation du préjudice subi par le groupement, ainsi que l'exercice du droit de préférence.

47. Selon Pomona, le droit de préférence post-contractuel aurait *« pour objectif de renforcer l'objet et l'effet anticoncurrentiels de la clause de non-réaffiliation »*.

D. LA PROPOSITION DE NON-LIEU DU 30 JUILLET 2010

48. Sur la base de ces constatations, une proposition de non-lieu à poursuivre la procédure a été adressée à Pomona le 30 juillet 2010.

II. Discussion

49. Seront successivement abordés :

- l'applicabilité du droit de l'Union européenne,
- la définition des marchés pertinents,
- l'appréciation de l'accord instituant le groupement Creno,
- l'examen de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle et du droit de préférence au regard des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

A. SUR L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

50. Dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO 2004, C 101, p. 81), la Commission européenne rappelle que « *les articles 81 et 82 du traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont "susceptibles d'affecter le commerce entre États membres"* » (point 1).
51. La Commission a précisé que « *[l]es ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Du reste, les juridictions communautaires considèrent souvent que l'entente qui s'étend à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité. [...] En principe, ces accords peuvent également, par leur nature même, affecter sensiblement le commerce entre États membres, compte tenu de la couverture de marché requise pour assurer l'efficacité de ces ententes* » (points 78 et suivants).
52. En l'espèce, les pratiques dénoncées portent sur l'activité de grossistes en fruits et légumes et produits de la mer frais. Ces opérateurs s'approvisionnent en partie dans les autres États membres de l'Union européenne et fournissent des clients installés sur l'ensemble du territoire national, notamment les clients grands comptes. Dans ces conditions, des pratiques qui visent à entraver leur activité commerciale, telles que celles dénoncées dans la présente affaire, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. En effet, la circulation des produits en cause peut s'en trouver perturbée. De plus, il existe un risque de cloisonnement du marché national.
53. Le caractère sensible de l'affectation du commerce intracommunautaire dépend, quant à lui, des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits ou services concernés, ainsi que de la position de marché des entreprises en cause (point 45 des lignes directrices de la Commission précitées).
54. Au cas présent, les deux grossistes concernés par l'affaire sont les opérateurs Creno et Pomona qui se présentent respectivement comme « *le premier groupement français de commerce de gros de fruits et légumes frais* » et un groupe « *leader dans le secteur de la distribution de produits alimentaires auprès de clients professionnels de la RHD, de la grande distribution et des spécialistes* » (sites internet des opérateurs). Le caractère sensible de l'affectation du commerce intracommunautaire est donc établi.
55. Il résulte de ce qui précède que les pratiques en cause dans la présente affaire sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États membres et doivent, par conséquent, être analysées au regard des règles nationales et européennes de concurrence.

B. SUR LA DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS

56. Selon la communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE n° C 372 du 09/12/1997 p.5), le marché pertinent est « *le lieu où se confrontent l'offre et la*

demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts ». La substituabilité y est définie comme l'interchangeabilité des produits ou services « en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ».

57. Suivant la même approche, l'Autorité de la concurrence a rappelé récemment, notamment dans sa décision n° [10-D-17](#) du 25 mai 2010 qu' « il y a lieu de rappeler que se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les acheteurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Dans son rapport annuel pour 2001, le Conseil de la concurrence a précisé que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent ».
58. Le marché géographique, quant à lui, comprend le territoire sur lequel les entreprises sont engagées dans l'offre et la demande en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont homogènes.
59. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a rappelé plusieurs fois que la délimitation précise du marché pertinent n'est pas nécessaire lorsque les pratiques sont recherchées au titre de la prohibition des ententes (voir la décision du Conseil de la concurrence [09-D-17](#) du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie).
60. En l'espèce, la présente affaire porte sur les fonctions de grossistes en fruits et légumes et produits de la mer frais. Ces fonctions comprennent, en amont, une activité d'approvisionnement et, en aval, une activité de distribution. Seule l'activité de distribution est concernée par les pratiques dénoncées.

1. SUR LES MARCHÉS DE PRODUITS

a) Le marché de la distribution en gros de fruits et légumes frais

61. En matière de fruits et légumes, les autorités de concurrence dénombrent habituellement six types de produits (les « gammes »), qui constituent autant de marchés de produits pertinents (voir lettre du ministre de l'Économie n° C2008-24 du 31 mars 2008 au conseil de la société Geest Foods Limited relative à une concentration dans le secteur des salades préparées). En l'espèce, le marché de produits concerné par les pratiques relève de la première gamme, celle des fruits et légumes frais.
62. Les pratiques dénoncées sont mises en œuvre au stade du commerce de gros mettant en relation les grossistes et les clients professionnels. Elles concernent plus spécifiquement les « grossistes à service complet », à savoir les « GASC », dont l'activité consiste à assurer non seulement la vente, mais également la préparation et la livraison des commandes à leurs clients. La clientèle des GASC, constituée de la GMS, des détaillants spécialisés et de la RHD peut recourir également aux autres types de grossistes (opérateurs de carreaux, cash-généralistes, centrales d'achat) pour l'approvisionnement en fruits et légumes frais.
63. Il convient de déterminer si les prestations offertes par les GASC sont spécifiques et différentes de celles des autres grossistes au point de constituer un marché pertinent

distinct de celui de la distribution en gros de fruits et légumes frais. En effet, contrairement aux GASC, les autres types de grossistes n'assurent ni la préparation des commandes, ni la livraison des produits à leurs clients, qui doivent donc se déplacer jusqu'aux lieux de vente en gros et prévoir une logistique de transport propre ainsi qu'un mode d'organisation prenant en compte les temps de déplacement nécessaires.

64. Au vu des considérations qui précèdent, il n'est pas exclu qu'il existe un marché des prestations offertes par les grossistes à service complet (ci-après le « marché des GASC »), sans qu'il soit cependant nécessaire de conclure de manière définitive sur ce point, dès lors que les conclusions de l'analyse concurrentielle resteront inchangées quelle que soit la dimension du marché retenu.
65. La question se pose également de savoir s'il convient de segmenter le marché en fonction des différents débouchés commerciaux, comme l'ont déjà retenu les autorités de concurrence nationale et communautaire en matière de produits alimentaires. En effet, ces autorités ont distingué la GMS, la RHD et les industries agroalimentaires en raison de l'existence de besoins différents selon le type d'acheteurs (voir les décisions de la Commission européenne du 8 mars 2000 dans l'affaire M 802 - Unilever/Amora Maille et du 28 septembre 2000 dans l'affaire M-1990 Unilever/Bestfoods ; C2008-24/Lettre du ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi du 23 avril 2008, au conseil de la société Transgourmet France, relative à une concentration dans le secteur du commerce de gros de légumes, de fruits et des produits frais de la mer).
66. Dans le cas présent, une telle segmentation du marché n'apparaît cependant pas pertinente puisque, comme l'a souligné Pomona dans sa saisine, la mise en œuvre de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle est de nature à affecter l'évolution du chiffre d'affaires des anciens adhérents de Creno. Or, ce chiffre d'affaires ne se limite pas à l'approvisionnement des grands comptes mais s'étend également aux autres clients de la RHD, de la GMS et des détaillants spécialisés. Rien ne distingue, par ailleurs, les services fournis par les GASC à ces différentes clientèles.
67. Enfin, il résulte des éléments du dossier que les établissements locaux des grands comptes gardent la possibilité de passer des commandes à des grossistes non affiliés.
68. Il résulte de ce qui précède qu'il conviendra de mener l'analyse concurrentielle des pratiques dénoncées sur le marché de la distribution en gros des fruits et légumes frais, sans distinction de clientèle.

b) Le marché de la distribution en gros de produits de la mer frais

69. En matière de contrôle des concentrations, il a été conclu à l'existence d'un marché des produits aquatiques (poissons, coquillages et crustacés) sans devoir segmenter, au sein de l'activité de commerce de gros, en fonction de la nature des produits vendus. Au stade de la distribution en gros, les conditions de commercialisation sont identiques quel que soit le produit en cause dans la gamme poissons/coquilles/crustacés (voir lettre du ministre de l'Économie du 21 juin 2004 au conseil de la société Charly Guennec Entreprises relative à une concentration dans le secteur alimentaire).
70. Le marché pertinent peut donc se définir comme étant celui de la distribution en gros des produits de la mer frais.

2. SUR LA DIMENSION GÉOGRAPHIQUE DES MARCHÉS

71. Certaines des déclarations des grossistes en fruits et légumes ou en produits de la mer tendent à indiquer que le marché du commerce de gros serait de dimension infra-nationale ou locale. Selon le président de Creno, « *le périmètre d'intervention d'un grossiste hors marché, ça peut être comme pour les Crénistes, d'un rayon variable pouvant atteindre 100 km au plus (...)* » (cote 796). De même le président de l'UNCGFL explique que « *le métier de GASC est un métier local. Avec les crises d'énergie, il faut être près de nos clients, à mon avis à 80 km maximum de son client d'ici 2015.* » (cote 640).
72. Parallèlement, toutefois, d'autres déclarations, notamment de la part des clients des grossistes, se réfèrent à un marché d'envergure nationale, voire supranationale. Ainsi, la saisissante relève que « *les parties considèrent que les marchés de produits relatifs au secteur de la distribution en gros de fruits et légumes frais ainsi que de produits de la mer frais sont de dimension nationale* » (cote 315). Le directeur général de Convergence achat (groupe Flo et Eurodisney) indique également lors de son audition que « *pour nous, c'est national. Cependant, le marché de Rungis fait toute l'Europe et expédie à l'étranger (...)* » (cote 1411). De même selon le directeur général délégué de Saros/La Criée, « *le marché est national (...) mais par exemple nous pourrions peut-être à terme nous approvisionner à l'étranger (...)* » (cote 1157).
73. La pratique décisionnelle des autorités de concurrence en matière de vente en gros de produits alimentaires considère que le marché géographique est national du fait, notamment, des préférences, des goûts et des habitudes alimentaires des consommateurs, des différences de prix, et des variations des parts de marché détenues par les principaux opérateurs selon les Etats membres (voir lettre du ministre de l'Économie du 23 avril 2008, C2008-24, précitée).
74. Au cas d'espèce, la question d'une délimitation régionale ou nationale du marché pertinent peut demeurer ouverte dans la mesure où la réponse n'influe pas sur l'analyse concurrentielle des pratiques en cause. En effet, d'une part, les pratiques mises en œuvre ne présentent aucune spécificité ou différenciation régionale, la clause de non-réaffiliation et le droit de préférence en cause s'appliquant à l'ensemble des membres du réseau Créno indépendamment de leur région d'implantation. D'autre part, aucun élément présent au dossier ne laisse supposer que les conditions de concurrence pourraient différer selon les régions, par exemple du fait de la concentration des parts de marché des opérateurs qui y sont présents, justifiant que les pratiques en cause puissent entraîner des effets distincts selon les régions dans lesquelles elles sont mises en œuvre.

C. SUR L'APPRÉCIATION DES PRATIQUES DÉNONCÉES

75. L'article 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, dispose que : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui*

ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats (...) ».

76. De même, aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce : « *Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir 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, notamment lorsqu'elles tendent à :*
- 1. limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
 - 2. faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
 - 3. limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
 - 4. répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».*
77. Pomona soutient, à titre préalable, que l'accord entre entreprises fondant le groupement Creno est susceptible de constituer une entente anticoncurrentielle au sens des articles précités. Elle soutient, ensuite, que la clause de non-réaffiliation post-contractuelle ainsi que le droit de préférence figurant dans les documents contractuels liant Creno à ses adhérents sont restrictifs de concurrence au sens de ces mêmes articles et ne peuvent, en tout état de cause, pas bénéficier d'une exemption au titre des articles 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du code de commerce.

1. SUR L'APPRÉCIATION DE L'ACCORD INSTITUANT LE GROUPEMENT CRENO

78. Trois points seront successivement examinés :
- l'existence d'un accord entre entreprises concurrentes ;
 - l'application de l'exception prévue au point 24 des lignes directrices de la Commission européenne (2001/C 3/02) sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale¹ ;
 - l'examen des pratiques mises en œuvre au sein de Creno au titre du fonctionnement de l'accord d'entreprises susceptibles d'apparaître anticoncurrentielles.

¹ Devenues les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01).

a) Sur l'existence d'un accord entre entreprises concurrentes

79. Selon les lignes directrices de la Commission européenne citées ci-dessus : « *Les accords de commercialisation (...) ne relèvent des règles de concurrence que si les parties concernées sont des concurrents. Si elles ne se livrent manifestement pas concurrence pour les produits ou services couverts par l'accord, celui-ci ne soulèvera pas de problèmes de concurrence de caractère horizontal* » (point 143).
80. En l'espèce, la logique de Creno repose sur le regroupement de grossistes indépendants, dont la zone de chalandise est locale ou régionale, dans le but de parvenir à un maillage du territoire et à une couverture nationale. Les adhérents sont donc plus complémentaires que concurrents. Toutefois, il ne peut être exclu que les zones de chalandise de certains adhérents se recoupent partiellement et qu'il existe entre eux une certaine concurrence, même marginale. Il ne peut non plus être exclu que certains adhérents soient des concurrents potentiels d'autres adhérents, dès lors qu'ils sont susceptibles d'étendre leur rayon d'action à la suite d'une acquisition ou d'une opération de croissance interne.
81. Dès lors, et même si la concurrence actuelle entre adhérents semble relativement limitée, l'Autorité de la concurrence considèrera, pour les besoins de l'analyse, que le regroupement des grossistes au sein de Creno constitue un accord entre entreprises concurrentes (potentielles ou actuelles) ayant pour objet, au vu du règlement intérieur de Creno SA, de « *réduire, au bénéfice de ses membres, le prix de revient des produits qu'ils commercialisent, de favoriser, développer, adapter l'activité commerciale de ses membres aux besoins du marché et à son évolution* » (cotes 405-413). A ce titre, le rassemblement des grossistes au sein du groupement Creno constitue bien une coopération horizontale au sens des lignes directrices de la Commission européenne précitées.

b) Sur l'exception prévue au point 24 des lignes directrices de la Commission européenne

82. Au vu de ces lignes directrices, certains types d'accords de coopération horizontale peuvent par nature échapper au champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE. A cet égard, la Commission évoque notamment « *[parmi] des coopérations qui n'impliquent aucune coordination du comportement concurrentiel des parties sur le marché, le cas d'une coopération entre des entreprises concurrentes qui ne peuvent mener à bien indépendamment le projet ou l'activité visés par la coopération* » (point 24).
83. La Commission indique plus particulièrement au sujet des accords de commercialisation, que ne devrait pas tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, un accord de coopération objectivement nécessaire pour permettre à une partie de pénétrer sur un marché sur lequel elle ne pourrait pas entrer individuellement. La Commission cite expressément le cas où plusieurs sociétés « *constituent un groupement d'entreprises afin de pouvoir élaborer une offre crédible pour des projets pour lesquels elles n'auraient pas été en mesure de soumissionner individuellement* » (point 143).
84. Au cas présent, outre la coopération au stade de l'approvisionnement qui s'opère par le biais d'achats groupés auprès de fournisseurs communs, l'activité du groupement Creno consiste en une coopération au stade de la commercialisation des produits des

adhérents, à travers le référencement de ces derniers auprès des clients grands comptes souhaitant globaliser leurs achats sur une base nationale ou régionale. En l'absence d'une telle coopération, les grossistes indépendants n'auraient pas les moyens, à titre individuel, de démarcher la clientèle grands comptes, puisque celle-ci a pour habitude de lancer des appels d'offres au niveau national.

85. Lors de son audition, le directeur général de Convergence Achats a ainsi expliqué : « *pour couvrir les enseignes du groupe Flo, il nous faut référencer les grands réseaux, ce qui nous permet une négociation centralisée. Il serait impossible de négocier avec tous les petits fournisseurs, nous devons rationaliser la négociation. La négociation est nationale* » (cote 1410).
86. Le directeur du service des achats alimentaires du groupe Accor a indiqué pour sa part : « *Nous travaillons avec Pomona au national (...). Quant à Hexagro il est spécialisé en F&L avec un contrat au niveau national. (...)* » (cotes 926 à 936).
87. Enfin, le directeur des achats alimentaires de Sodexo a expliqué, au sujet de Pomona, Creno et Hexagro : « *En ayant recours aux trois gros opérateurs, ça nous permet d'avoir une couverture nationale conforme à notre cahier des charges qui est national. (...) Dans le métier de la distribution des F&L, il y a un gros écart entre les trois gros nationaux [Pomona, Creno, Hexagro] et des distributeurs régionaux. Le groupement [sous-entendu le groupement Creno] met à la disposition des membres, des services en matière de qualité, marketing et logistique. Ils se sont groupés pour pouvoir répondre aux clients importants et pour pouvoir fournir des services absolument déterminants* » (cotes 1119 à 1129).
88. Au vu de ce qui est exposé ci-dessus, il n'apparaît pas établi, en l'espèce, que la décision des adhérents "*crénistes*" de se regrouper au sein de Creno, bien que constituant un accord entre concurrents actuels ou potentiels, présente en elle-même un caractère anticoncurrentiel au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

c) Sur les pratiques du groupement Creno susceptibles d'apparaître anticoncurrentielles

89. Bien que, dans sa saisine, Pomona ait concentré son analyse sur la clause de non-réaffiliation post-contractuelle, elle a fait valoir, au stade de ses observations sur la proposition de non-lieu, qu'il existerait, au sein du groupement Creno, une série d'indices de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, les articles 11 et 12 du règlement intérieur de Creno SA prévoiraient une répartition homogène du territoire entre les "*crénistes*" ainsi qu'une obligation de concurrence loyale en matière de vente pour l'ensemble de leur activité. Par ailleurs, des pratiques d'échanges d'informations seraient mises en œuvre au sein du groupement. La saisissante met particulièrement en cause la rédaction du règlement intérieur qui imposerait à chaque adhérent une stricte transparence vis-à-vis du groupement ainsi que la réalisation d'audits et de politique de formation par la voie notamment d'échanges de personnels.
90. Cependant, il n'est pas démontré en quoi les termes utilisés aux articles 11 et 12 du règlement intérieur iraient au-delà de ce requièrent l'organisation et le fonctionnement pérenne d'une coopération du type de celle mise en place par Creno.
91. Par ailleurs, si le règlement intérieur met bien en évidence l'existence d'une obligation de transparence à la charge du "*créniste*", celle-ci est limitée dans le

règlement intérieur à « *tous les aspects susceptibles d'intéresser le fonctionnement de la coopérative* ». A cet égard, Pomona n'apporte aucun élément de preuve permettant d'établir que l'obligation de transparence irait également au-delà de ces limites et serait, de ce fait, anticoncurrentielle. De même, les audits imposés semblent se justifier par la nécessité de garantir, vis-à-vis de la clientèle des grands comptes, la fiabilité et la pérennité financière du réseau, qui ont motivé la création du groupement, ainsi que par l'existence de la politique d'achat commune dans le cadre de laquelle le groupement Creno se porte du croire. Enfin, la politique commune de formation vise également à assurer la promesse de continuité de qualité et de respect des normes que le groupement souhaite offrir aux grands comptes.

92. Les éléments du dossier ne suffisent donc pas à établir de façon probante que des pratiques anticoncurrentielles seraient mises en œuvre au sein du groupement Creno.

2. SUR L'APPRÉCIATION DE LA CLAUSE DE NON-RÉAFFILIATION POST-CONTRACTUELLE

93. Pomona met principalement en cause le caractère restrictif de concurrence de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle au regard des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. L'appréciation de la clause litigieuse au regard de ces articles suppose en l'espèce de déterminer, tout d'abord, si la clause peut être analysée en tant que restriction accessoire à l'opération principale que constitue la coopération horizontale mise en œuvre au sein de la structure Creno (a). Ensuite, il conviendra d'examiner si la clause en question constitue une restriction de concurrence par objet et/ou par effets (b).

a) Sur l'analyse de la clause litigieuse en tant que restriction accessoire

94. Dans ses lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE, la Commission européenne a indiqué que : « *si on parvient à la conclusion que la principale opération couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner si les restrictions individuelles contenues dans cet accord sont également compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, dans la mesure où elles sont accessoires à l'opération principale, non restrictive* ».
95. Dans son arrêt M6 e.a./Commission du 18 septembre 2001, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a précisé la portée de la notion de restriction accessoire, qui « *couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale* » (T-112/99, Rec. II-2459, points 104 et s.). A cet égard, le Tribunal a indiqué que « *Si, en l'absence de la restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation* » (point 109).
96. En l'espèce, il ne peut être considéré que la clause de non-réaffiliation post-contractuelle est une restriction accessoire à l'opération principale que constitue la coopération horizontale mise en œuvre au sein de la structure Creno. En effet, les éléments du dossier montrent que le groupement Hexagro, concurrent du Creno, opère auprès des clients grands comptes bien qu'il ne dispose d'aucun instrument comparable à la clause de non-réaffiliation post-contractuelle figurant dans les documents contractuels liant le Creno à ses adhérents et permettant de garantir la pérennité du réseau. Dans ces conditions, la clause litigieuse ne peut être analysée

comme nécessaire à l'existence et au fonctionnement du groupement Creno, au sens de la jurisprudence communautaire précitée. Il convient donc d'examiner si elle présente un caractère restrictif de concurrence.

b) Sur le caractère restrictif de concurrence de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle

97. Selon la jurisprudence des juridictions européennes, pour analyser l'applicabilité à un accord de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, il convient de tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des produits et/ou services visés par cet accord, ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché (voir, notamment, arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, 56/65, Rec. 1966 p. 337).

La jurisprudence relative aux clauses de non-réaffiliation post-contractuelle

98. Comme l'Autorité de la concurrence l'a récemment indiqué dans son avis n° [10-A-26](#) du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, la jurisprudence distingue les clauses de non-réaffiliation des clauses de non-concurrence post-contractuelles, au motif que les premières imposent une restriction à la poursuite de l'activité de commerçant, et non une interdiction : « (...) *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* » (voir arrêt Cass. com., 28 septembre 2010, n° de pourvoi : 09-13888).
99. La Cour de cassation a néanmoins eu à plusieurs reprises l'occasion de soumettre les clauses de non-réaffiliation aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence post-contractuelles (Cass. com. 17 janvier 2006, n° pourvoi : 03-12382 ; Cass. civ. 2^{ème} 10 janvier 2008, n° pourvoi : 07-13558). En effet, dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce en compromettant sa rentabilité, la clause de non-réaffiliation peut valablement être assimilée à une clause de non-concurrence. Tel pourrait être le cas si un GASC ne pouvant se réaffilier n'était pas en mesure de se maintenir sur le marché.

Les arguments de Pomona

100. Dans sa saisine et ses observations, Pomona estime que la clause litigieuse, présentée comme une clause de non-réaffiliation post-contractuelle est, en réalité, une clause de non-concurrence post-contractuelle qui présente clairement un objet et un effet anticoncurrentiels.
101. Ainsi, la clause constituerait une restriction de concurrence par objet en ce qu'elle limiterait la capacité d'un ancien "*créniste*" à entrer en concurrence à l'égard des adhérents de Creno.
102. S'agissant des effets anticoncurrentiels, Pomona fait valoir qu'il est difficile, voire impossible pour un grossiste indépendant et non-affilié à un groupement organisé à

l'échelle nationale, tel qu'un ex-"*créniste*" soumis à la clause de non-réaffiliation de deux années, de poursuivre son activité de façon pérenne. En effet, la clause litigieuse pourrait avoir pour conséquence de lui fermer l'accès à ce segment de marché et donc de faire baisser brutalement le chiffre d'affaires de l'entreprise. La disparition, en amont, des conditions d'achat favorables offertes par la centrale d'achat du groupement concourrait également à dégrader la structure financière. Une telle perte de chiffre d'affaires, même sur une période limitée à deux ans, entraînerait, selon Pomona, une dévalorisation du fonds de commerce rendant toute vente ultérieure impossible.

103. Il convient donc de rechercher, d'une part, si un ancien adhérent de Creno peut, sans l'appui d'une affiliation à une structure de référencement nationale, poursuivre son activité et concurrencer les autres grossistes et, d'autre part, si la clause litigieuse est susceptible de remettre en cause la capacité des concurrents à se développer sur le marché.

Sur la capacité d'un adhérent ayant quitté le groupement à rester un concurrent sur le marché

104. Il est à noter, en premier lieu, que l'activité grands comptes ne représente, en moyenne, qu'entre 14 et 18 % du chiffre d'affaires des adhérents de Creno. En effet, ces derniers traitent avec un large éventail de clientèle, composé de la GMS, des autres clients de la RHD et des détaillants spécialisés. Ainsi, à leur sortie du groupement, les anciens adhérents de Creno sont en mesure de poursuivre au minimum 80 % de leur activité.
105. En deuxième lieu, contrairement à ce que soutient Pomona et d'après les éléments réunis par l'instruction, il est peu probable qu'un adhérent cessant d'appartenir au groupement perde brutalement, de ce fait, sa clientèle locale de grands comptes. En effet, si tous les clients grands comptes auditionnés soulignent l'importance pour un grossiste de disposer d'une couverture nationale pour être référencé auprès d'eux (cf., à titre d'illustration, l'audition de Sodexo, cote 1123), il apparaît néanmoins qu'une fois que des relations commerciales ont été nouées avec des grossistes locaux adhérents à un groupement, celles-ci peuvent perdurer à la suite de leur sortie du réseau.
106. Ainsi, à la question posée par la rapporteure, « *le recours à des grossistes indépendants hors d'un groupement est-il une solution envisageable pour Accor* », les représentants de cette entreprise ont répondu « *Oui. Par exemple, Balicco [ancien "créniste"], nous donne entière satisfaction, en étant extrêmement local, en ayant une excellente connaissance du local* » (cote 933). Lors de leur audition, les responsables du groupe Accor ont également indiqué « (...) *Charraire était membre d'Hexagro et en est sorti en juin 2009. Mais nous continuons à travailler avec eux* » (cote 935).
107. Les représentants du groupe Sodexo ont pour leur part expliqué au cours de leur audition qu'« *un indépendant, ex membre de Creno par exemple, constitue un interlocuteur de plus. Il peut apporter une réponse plus locale à des besoins spécifiques qu'une organisation plus nationale ne serait pas capable de servir* » (cote 1124). Ils ont également souligné que la sortie du réseau d'un grossiste fournisseur n'entraîne pas nécessairement la rupture du contrat : « *Cela dépend toutefois de la taille de l'indépendant en question. Un gros distributeur parisien pourrait tout à fait servir Sodexo, cela lui ferait un interlocuteur de plus. (La région IdF est cependant un cas spécifique). En théorie, il n'est pas automatique que*

l'indépendant perde ses contrats simplement en sortant du réseau, car les contrats continuent à s'appliquer d'un point de vue juridique. Préférentiellement on travaille avec des réseaux, donc si un indépendant en sort, on peut envisager la résiliation, mais ce ne sera pas automatique. On examine la situation du distributeur avant de rompre nos relations avec lui éventuellement (on regarde s'il est capable de respecter notre cahier des charges en terme de sécurité, qualité (...)) » (cote 1128).

108. La Criée et Convergence Achat ont présenté le même point de vue (voir respectivement les cotes 1156 et 1413). Enfin, le président de l'UNCGFL a indiqué que « *de petits indépendants peuvent parfois passer [servir les clients grands comptes de la RHD] au niveau de la région* » (cote 642).
109. Il en résulte que la sortie du réseau d'un adhérent de Creno ne conduit pas nécessairement à une perte sensible de chiffre d'affaires avec les grands comptes, en particulier durant les deux premières années pendant lesquelles les contrats conclus peuvent se poursuivre.
110. Ce point est confirmé par les documents fournis par Creno retraçant l'évolution des chiffres d'affaires réalisés par certains ex-"*crénistes*" restés indépendants, pendant les années suivant leur sortie du groupement. Contrairement à ce que tendraient à démontrer les simulations présentées par Pomona dans sa saisine (cotes 322-323), les treize adhérents ayant quitté le groupement entre janvier 1998 et septembre 2009 conservent dans la totalité des cas, à une exception près, des chiffres d'affaires stables. Si, comme l'estime Pomona, cette stabilité des chiffres d'affaires peut dissimuler une diminution de leur activité en volume ou peut résulter dans chaque cas d'avantages spécifiques, structurels ou ponctuels (cotes 3059-3061), elle démontre néanmoins que les grossistes indépendants demeurent des opérateurs économiques viables capables de poursuivre leur activité sur le marché.
111. Enfin, sur la perte de rentabilité qu'impliquerait la renonciation aux services de la centrale d'achat Creno, comme l'a confirmé Pomona en séance (diapositives 16 et 17), bien que les membres du groupement Hexagro ne bénéficient pas d'une centrale d'achat intégrée, ils parviennent néanmoins à concurrencer les grossistes intégrés de Pomona ou les adhérents de Creno.
112. Ces différents éléments attestent de la pression concurrentielle que les anciens adhérents peuvent continuer d'exercer à leur sortie du réseau à l'égard des autres opérateurs sur les marchés de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais.

Sur la capacité des concurrents à se développer sur le marché

113. Pomona estime que la clause fait obstacle à tout rachat de GASC adhérent de Creno, figeant ainsi le paysage concurrentiel, et cite deux tentatives récentes de rachat de deux adhérents importants qui ont échoué du fait de l'application de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle.
114. Il apparaît, tout d'abord, que le maintien de Creno en tant que structure pérenne et présente sur la quasi-totalité du territoire national est, en soi, un facteur d'animation de la concurrence sur le marché, comme la clientèle grands comptes l'a souligné lors des auditions. La clause de non-réaffiliation post-contractuelle n'empêche pas les "*crénistes*" de quitter le groupement, mais en rendant un tel départ moins probable, elle permet de répondre à l'attente de la clientèle des grands comptes en ce qui concerne la fiabilité de leur partenaire.

115. Par ailleurs, il semble établi que du fait de zones de chalandise très largement distinctes et du poids des contraintes logistiques qui figent partiellement ces zones de chalandise, la mobilité d'un "créniste" vers l'une des deux structures concurrentes, Hexagro ou Pomona, en permettant à l'une de ces dernières de disposer de deux sites sur une même région, conduirait à affaiblir la concurrence sur le segment des grands comptes plutôt qu'à la promouvoir. En effet, les éléments présents au dossier tendent à indiquer que dans la très grande majorité des cas, les trois principaux opérateurs (Creno, Pomona et Hexagro) ne comptent chacun, lorsqu'ils sont présents sur une zone, qu'un seul grossiste (cotes 2912, 3001). Dès lors, le départ d'un grossiste d'un groupement vers un autre aurait pour conséquence d'atténuer l'intensité de la concurrence en réduisant le nombre de groupements concurrents présents sur la zone. Ce risque est d'autant plus élevé qu'un nombre significatif d'adhérents de Creno réalisent un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros et que leur rachat éventuel par Pomona ne serait donc pas notifié à l'Autorité de la concurrence².
116. De façon plus générale, il n'est pas évident que la clause litigieuse conduise à entraver l'expansion des groupes concurrents sur le marché en cause, qu'ils soient intégrés ou organisés en réseau de grossistes indépendants. En effet, un tel marché se caractérise par des barrières à l'expansion ou à l'entrée relativement faibles. Les conditions d'emplacement et les coûts d'installation d'un commerce de gros, ainsi que les barrières réglementaires en la matière, sont incomparablement moins strictes que celles présidant à l'installation d'un commerce de détail. Dans ces conditions, la clause de non-réaffiliation post-contractuelle ne paraît pas constituer un obstacle dirimant au développement des concurrents sur le marché des grossistes.
117. Pomona explique cependant que du fait de la stagnation du marché et de la faiblesse des marges, combinées à l'importance des coûts d'investissement en logistique, le seul mode de développement possible pour un grossiste réside dans le rachat de GASC existants, qui apportent leur clientèle de « diffus » et leurs capacités logistiques.
118. Rien ne démontre cependant dans le dossier que le rachat d'un grossiste de carreau ne fournissant pas un service complet ne puisse constituer une opportunité significative de développement pour Pomona, qui dispose des moyens financiers et organisationnels de faire évoluer les services de ce grossiste.
119. En admettant même que seuls les GASC, en l'état actuel de la situation de marché, constituent de telles opportunités, Pomona ne démontre pas en quoi il ne pourrait pas se développer en rachetant un adhérent d'Hexagro ou encore un des GASC demeurés indépendants, dont le nombre s'élèverait, selon le président de l'UNCGFL, à un total de 80 sur 300 (cote 640).
120. Enfin, compte tenu de la durée relativement courte de deux ans de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle, il n'est pas démontré que Pomona ne puisse également, dans un délai limité, racheter les anciens adhérents du Creno, sachant, comme il a été démontré plus haut, que le chiffre d'affaires de ces anciens adhérents sera selon toute probabilité préservé durant les deux ans de non réaffiliation.

² Cf. cote 793 : « Les crénistes sont à l'origine des entreprises familiales, régionales, avec des gens du crû. On trouve des crénistes plus petits qui font 5 à 6 millions de CA, mais aussi des grossistes plus gros comme AFL, qui fait 100 millions de CA ».

121. Il résulte des considérations qui précèdent que les éléments figurant au dossier ne démontrent pas, à suffisance de droit, que la clause de non-réaffiliation post-contractuelle très spécifique en l'espèce serait assimilable à une clause de non-concurrence et produirait des effets anticoncurrentiels.

3. SUR LE DROIT DE PRÉFÉRENCE POST-CONTRACTUEL

122. Selon Pomona, le droit de préférence post-contractuel devrait être considéré comme anticoncurrentiel en ce qu'il n'aurait « *manifestement pas d'autre objectif que de renforcer l'objet et l'effet anticoncurrentiels de la clause de non-réaffiliation* ».

123. Cependant, dans la mesure où le caractère anticoncurrentiel de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle n'est pas constitué aux termes des développements ci-dessus, l'objection formulée par Pomona à l'encontre du droit de préférence post-contractuel apparaît dès lors dépourvue de pertinence.

124. Il résulte de ce qui précède que, sur la base des informations dont l'Autorité de la concurrence dispose, il n'est pas démontré que les pratiques en cause violent les articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, du TFUE, de sorte qu'il convient de faire application de l'article L. 464-6 du code de commerce et dire qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

DÉCISION

Article unique : Sur la base des informations dont l'Autorité de la concurrence dispose, il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Marie Didierlaurent et l'intervention de M. Stanislas Martin, rapporteur général adjoint, par Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Pierrette Pinot et MM. Emmanuel Combe, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen et Pierre Godé, membres.

La secrétaire de séance,

Véronique Letrado

La vice-présidente,

Elisabeth Flüry-Hérard