

Coopérative, groupement ou franchise ?

Le point de vue du juriste.

LA LOURDE CONdamnATION du Gitem et de ses coopératives membres par le Conseil de la concurrence a jeté le trouble dans tous les réseaux du "commerce associé". Dans le cas où ce jugement serait confirmé en appel et ferait jurisprudence, les autres coopératives et groupements devraient *modifier leur mode de fonctionnement*.

L'avantage, pour les détaillants, de se grouper (entre eux : forme coopérative ; sous l'égide d'un grossiste ou d'un collectif de grossistes : forme d'un groupement) est d'obtenir des *prix d'achat compétitifs*, mais aussi de pouvoir faire savoir aux consommateurs que leurs *prix de vente*

sont (de ce fait) *compétitifs eux-aussi*. La mise à disposition de catalogues et de PLV affichant ces prix constitue une forte motivation à se grouper.

Certes, les prix affichés peuvent se transformer en "prix conseillés", mais l'impact n'est plus le même. Devant l'importance de cette question, nous avons demandé à *Me Olivier Gast*, spécialiste bien connu du *droit de la franchise et des réseaux*, qui possède un cabinet à Paris et un autre à Bruxelles, animateur du Club Européen des Directeurs de Réseau (le CEDRE), de faire le point sur le sujet, tant au regard du droit français que du droit européen, et de proposer une solution.

LE 25 JUIN 1992, le Conseil de la concurrence a condamné le GIE *Gitem* et plusieurs coopératives membres du GIE à une série d'amendes pour plus de 9 millions de francs. Il leur a été reproché une violation des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui réprime les ententes restrictives de concurrence.

Cette décision, si elle est confirmée par la Cour d'Appel, porterait un rude coup au système coopératif mais également à tous les groupements de commerçants, grossistes, etc.

Cette affaire révèle la situation, source de tous les dangers, dans laquelle se trouvent les coopératives et les groupements et pose le problème de leur cadre juridique dans l'avenir face aux impératifs du droit de la concurrence, tant français que communautaire.

La réglementation française à laquelle se superposent les dispositions communautaires des articles 85 et 86 du Traité de Rome, réprime les *pratiques anticoncurrentielles* que constituent les *ententes* et les *abus de position dominante*.

Si les entreprises françaises ne peuvent méconnaître la législation interne, elles ne sauraient pas davantage ignorer les règles européennes qui sont d'application directe.

Le droit interne

En *droit interne*, l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 prohibe, 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* ou *coalitions*, notamment lorsqu'elles tendent à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

● répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Sont ainsi visées toutes les concertations entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Les sanctions encourues sont de divers types. Il peut s'agir de la nullité de tout engagement, toute convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par l'ordonnance, mais aussi de la responsabilité civile des auteurs de telles pratiques, d'injonction et d'amendes.

Ces pratiques peuvent cependant être justifiées et échapper ainsi à la sanction, notamment lorsqu'elles réalisent un *progrès économique* et en font *bénéficier les utilisateurs*.

Le droit communautaire

Le droit communautaire, quant à lui, prohibe tous les *accords entre entreprises, 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*.

Sont seuls prohibés, cependant, les accords qui affectent de manière significative la concurrence : les accords sont considérés comme d'importance mineure lorsque les produits ou services concernés ne représentent pas plus de 5% du marché de l'ensemble de ces produits ou services dans le territoire du marché commun en cause et lorsque le C.A. total, réalisé au cours d'un exercice par les entreprises participantes, ne dépasse pas 200 millions d'écus (soit environ 1,3 milliard de francs).

De manière générale, l'accord a un effet anticoncurrentiel quand il permet d'influer sur le comportement des entreprises qui en font partie : restriction de la liberté d'action autonome des parties, restriction de leur indépendance dans leur politique commerciale et leur possibilité de se concurrencer.

L'analyse de la *jurisprudence communautaire* révèle la plus grande variété des éléments de la liberté de décision concernés par l'accord ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il peut s'agir, par exemple, de la liberté pour l'entreprise de choisir ses fournisseurs, de déterminer les types et les caractéristiques des produits qu'elle veut lancer sur le marché, de fixer ses propres conditions de vente, etc...

Cependant l'article 85 § 3 du Traité de Rome prévoit la possibilité d'une exemption pour tout accord ou pratique concertée qui *"contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte"*.

En résumé, la Commission recherche si les avantages découlant de l'accord compensent les inconvénients dus à la restriction de concurrence.

Franchises, coopératives...

Les accords de franchise bénéficient d'une telle exemption par catégorie depuis le 30 novembre 1988.

Certaines clauses du contrat de franchise, indispensables à la protection du savoir faire, à l'identité et à la réputation du réseau, pouvaient apparaître a priori comme contraires au droit de la concurrence. Cependant, l'exemption bénéficie aux clauses restrictives de concurrence telles que l'obligation pour le franchisé de ne vendre que des produits répondant aux spécifications objectives de qualité fixées par le franchiseur, ou l'obligation de ne vendre que des produits fabriqués par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui, ou encore celle de n'exercer aucune activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un autre membre du réseau franchisé...

Les coopératives, en revanche, ne sont pas parvenues jusqu'à présent à obtenir une exemption similaire.

Elles ont pour objet d'améliorer, par l'effort commun de leurs associés, les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur profession commerciale. A cet effet, elles fournissent les marchandises, denrées ou services, l'équipement ou le matériel nécessaires à l'exercice de leur commerce. Et aussi, parfois, une assistance en matière technique, financière et comptable. De plus, il arrive qu'elles mettent à disposition de leurs associés une enseigne ou une marque dont elles ont la propriété ou la jouissance.

De telles activités sont très proches de celles d'un réseau de franchise. On peut se demander où se situe la différence sur le terrain entre la coopérative et la franchise. Quelle différence constate-t-on entre Visual (coopérative) et Afflelou (franchise)? Monsieur Bricolage : il s'agit d'une coopérative, mais qu'est-ce qui la distingue dans un même créneau de distribution, de Bricofrance (franchise)?

... et groupements

De même, il existe des groupements informels, ayant adopté, peut-être même sans le savoir, un mode d'organisation qui place leurs adhérents, chaînés, dans une situation proche de celle des franchisés ou des adhérents de coopératives. Ainsi, certains grossistes fournissent-ils à leurs détaillants les mêmes services qu'une coopérative, en leur concédant une enseigne qui leur appartient, en publiant un catalogue dans lequel figurent des prix conseillés (comme le faisait le GIE Gitem).

Et si les détaillants n'ont pas signé de contrat d'achats exclusifs, en pratique l'exclusivité existe bien... Or, en évoluant de cette façon en dehors de tout cadre juridique, les parties au groupement s'exposent à une sanction comparable à celle qui a frappé le Gitem.

La condamnation du Gitem

Dans la décision précédemment citée, le Conseil de la concurrence a considéré que certaines activités du GIE Gitem et des coopératives membres de ce GIE étaient constitutives d'ententes restrictives de concurrence au sens de l'ordonnance de 1986.

En effet, le Gitem interdisait à ses adhérents d'acheter directement aux fournisseurs qu'elle référençait, interdisait de faire des rétrocessions à d'autres adhérents que les coopérateurs, permettait aux adhérents de s'opposer à l'ouverture d'un point de vente concurrent et s'entendait sur les prix à pratiquer (les prix figuraient dans des catalogues et des prospectus Gitem).

Le Conseil a conclu à l'entente restrictive de concurrence, a condamné en conséquence le Gitem et les coopératives au paiement d'amendes et a demandé que certaines clauses soient supprimées dans les statuts du GIE (interdiction des rétrocessions notamment).

Pour gérer le transitoire, le GIE a modifié ses prospectus en y apportant la mention "tous les prix sont des prix courants relevés au (...). Pour en profiter, rendez-vous dans votre magasin Gitem. Chaque magasin fixe et affiche librement ses prix de vente".

Nul doute que des adaptations au coup par coup resteront insuffisantes. Une décision telle que celle qu' a rendu le Conseil remet en cause le

fonctionnement même des groupements coopératifs et leur avenir.

Une solution

On a pu constater les similitudes existant entre le système coopératif et la franchise. Pourquoi, alors, ne pas aller plus loin et envisager une mutation des coopératives comme des autres systèmes de groupements vers les réseaux de distribution de type franchise ?

Ces différents systèmes sont loin d'être incompatibles et on peut fort bien passer de l'un à l'autre : en ce sens, citons l'exemple de ces franchisés qui, à la suite du dépôt de bilan de leur franchiseur, ont choisi la solution coopérative.

Une fois conceptualisé et formalisé un savoir faire, les coopératives et autres groupements de commerçants pourraient enfin jouer dans la "cour des grands", en se libérant, au moins en partie, des contraintes du droit interne et communautaire de la concurrence. Certains ont déjà un savoir faire et une marque qui leur sont propres. Une modification de structure leur permettrait une fusion avec la franchise et le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie.

C'est une solution d'avenir à laquelle les groupements et coopératives devraient réfléchir, d'autant plus que la loi Doubin du 31 décembre 1989 et son décret d'application leur sont applicables.

Me Olivier Gast — Avocat à la Cour de Paris