

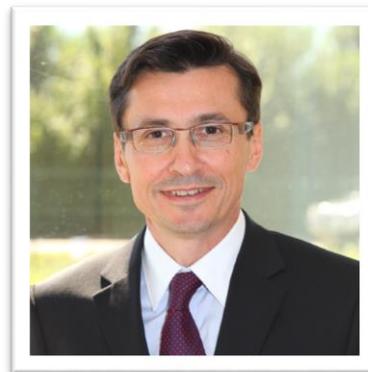


P.-V. ARCHASSAL (animateur) - « On va essayer de répondre à cette question, de travailler sur différents sujets avec nos intervenants au cours de cette matinée. Je souhaite tout d'abord me présenter : je m'appelle Pierre-Valéry ARCHASSAL. Je serai votre animateur ce matin, à la fois pour faciliter les échanges entre les intervenants mais aussi pour vous garantir, à vous qui avez des questions dans la salle, que vous puissiez les poser. Il y a des micros qui vont circuler, dans les moments de tables rondes, d'échange, pour que vous puissiez intervenir et interroger nos différents intervenants.

Cette matinée se découpera en deux modules. Dans chaque module, il y aura deux interventions magistrales et puis, à chaque fois, une partie justement d'échanges et de tables rondes. Entre les deux modules, nous ferons une pause-café comme tout à l'heure, si vous voulez, pour des échanges plus personnels, pause courte pour que l'on puisse reprendre pour la deuxième partie de cette conférence, de ce colloque ce matin. Et puisque nous avons voulu inscrire ce colloque dans l'actualité du commerce coopératif et associé, nous avons le plaisir d'accueillir parmi nous les représentants d'OPTIC 2000, qui viendront commenter en plus des juristes qui feront leurs interventions magistrales, l'arrêt de la Cour d'appel qui a été rendu le 6 septembre dernier en leur faveur. On en reparlera donc en deuxième partie.

(...)

Afin que nous partagions la même définition du commerce coopératif et associé, j'invite Eric Plat à gagner le pupitre. Je rappelle que vous êtes Président de la FCA mais également d'Atol les opticiens, une enseigne renommée, entreprise coopérative, vous allez nous en parler dans votre introduction, vous avez la parole. »



Eric Plat

Introduction - Eric PLAT

E. P. : « Très bien, écoutez, merci ! Effectivement, d'abord je vais remercier le Crédit coopératif qui nous reçoit ici dans cette magnifique salle, je voudrais aussi remercier vous tous qui avez fait l'effort d'être présents ce matin et puis rapidement vous présenter le commerce coopératif et associé.

Mais en préambule, je voudrais vous raconter une petite anecdote. Cela a été plus qu'une anecdote pour nous chez Atol puisqu'il y a une douzaine d'années, Atol a été condamné après avoir rendu service à un de ses associés. On avait fait un prévisionnel pour cet associé qui s'installait à Lyon et l'associé n'a pas atteint

les objectifs qu'il s'était fixés et il nous a attaqué devant le Tribunal de commerce. On s'est défendu, on est allé en Cour d'appel, en Cour de cassation et systématiquement, devant toutes les juridictions devant lesquelles nous avons eu à plaider, et bien, Atol a été assimilé à un franchiseur. Et on avait beau argumenter sur le fait que non, nous n'étions pas des franchiseurs, et je vais vous expliquer la petite nuance qu'il y a, à mon avis, nuance de taille, entre des franchiseurs et des coopératives. On a eu beau plaider, au final on a été condamné. Cette histoire met en évidence la méconnaissance dans la société française du système coopératif et en particulier du système coopératif dans le monde du commerce. Car en fait, les coopératives, agricoles, de salariés, de producteurs, sont assez bien connues, et sont même assez plébiscitées. Les coopératives de commerçants le sont moins.

Je voudrais rapidement vous rappeler qu'entre déjà un franchiseur et une coopérative il y a une différence de taille, c'est que le franchiseur est propriétaire de sa marque, de la société qu'il développe. C'est une organisation verticale, il y a un contrat d'affiliation, d'une durée fixée mais qui ne donne aucun droit au franchisé sur le capital du franchiseur. Au mieux, si le franchiseur est en bourse, il peut prendre des actions par le canal de la bourse, mais c'est tout ce qu'il peut faire. En revanche, le contrat d'affiliation entre finalement un associé comme moi et ma coopérative, ce contrat il a une double spécificité ; d'abord il me permet de bénéficier des services de mon enseigne, mais ensuite il me permet surtout, c'est là la grande différence, il me permet d'être actionnaire de cette coopérative. A ce titre, d'être éligible au conseil d'administration et au poste que j'occupe. Cela fait là une différence de taille.

La deuxième différence, c'est que dans une coopérative comme la nôtre, et bien, les centres de profits ne sont pas au niveau de la structure centrale, et c'est là la grande différence entre une entreprise intégrée et nous, ou bien une coopérative, par exemple agricole, et nous. Vous voyez, les différences sont à deux niveaux. Dans la coopérative agricole par exemple, le producteur de blé ou

de maïs revend sa production brute à la coopérative qui va transformer cette production et c'est la coopérative qui va créer la richesse à partir de ce produit brut. La coopérative va donc chercher à augmenter son chiffre d'affaires le plus possible. Elle va augmenter sa marge, elle va chercher à augmenter au maximum son EBITDA. Et bien dans les coopératives comme nous on cherche à augmenter le chiffre d'affaires d'abord de nos associés. L'EBITDA, ce n'est pas la préoccupation majeure dans les coopératives. La marge, on en a tous besoin évidemment, mais l'EBITDA n'est pas notre préoccupation majeure puisque le bénéfice dans nos entreprises coopératives, on en a besoin comme tout le monde, on a besoin d'excédents, mais en tout cas il est redistribué dans la majeure partie des cas, et la notion de fonds propres qui est si importante dans une entreprise capitalistique traditionnelle ou même dans une entreprise coopérative d'ouvriers ou agricole, et bien cette notion de capital n'existe quasiment pas chez nous. C'est d'ailleurs une faiblesse de nos coopératives. Quand elles veulent investir, elles manquent de fonds propres. Alors, en général, il y a des similis fonds propres comme des fonds de garantie parce qu'on fonctionne en centrale d'achats, de paiement donc il y a des systèmes de du croire, donc on va prendre des cautions en monnaie sonnante et trébuchante qui vont constituer des similis fonds propres pour notre coopérative.

Bref, vous voyez toute la nuance qui existe entre coopérative de commerçants comme les nôtres et les autres coopératives mais aussi le reste du monde entrepreneurial.

Cette spécificité, elle est méconnue, des tribunaux, elle est méconnue des hommes politiques et elle est méconnue du grand public. Donc je peux vous dire qu'effectivement la situation n'est pas confortable.

Quand effectivement, la loi Macron dont on retient principalement qu'elle a modifié le mode de transports des Français en bus, pour tout le reste on a oublié que cela avait été une somme d'ennuis, en particulier lorsque, sous

l'influence de l'Autorité de la concurrence, et bien un Député, pardonnez-moi, ignare dans notre domaine, a proposé un amendement, Monsieur Brottes, qui limitait la durée des contrats d'affiliation. Imaginez que, par exemple, en bourse on limite la durée de détention d'actions. Parce que c'est de cela dont il s'agit finalement ! Imaginez un seul instant l'incongruité et la remise en cause totale du modèle capitaliste que l'on connaît aujourd'hui si d'aventure on disait : « ah bah non, si vous voulez devenir actionnaire, allez tiens au hasard puisque je suis opticien, d'Essilor, et bien dans 9 ans, c'est terminé, vous devez revendre vos actions ». Vous imaginez un peu la perturbation que cela engendrerait dans le fonctionnement de notre modèle économique actuel.

E. Plat : « *Nous avons besoin de muscler la doctrine juridique du commerce coopératif et associé* »



Eric Plat

Et bien c'est ce qu'un député, poussé par l'Autorité de la concurrence, a souhaité mettre en place, c'est-à-dire limiter la durée d'affiliation, sous des prétextes divers et variés cela serait trop long de s'étendre là-dessus. Alors, évidemment, on a combattu cela avec la plus grande fermeté et pour ce faire on a pris rendez-vous avec Monsieur le Ministre [Monsieur Macron]. Et je dois dire que je garde un souvenir mémorable de cette rencontre. Hormis le fait que c'est quelqu'un de sérieux qui nous a écouté, quand on lui a présenté la brochure de la FCA, au centre, je la connais bien à force de la présenter, vous avez

l'ensemble des enseignes, c'est impressionnant parce que parmi les enseignes de la FCA vous avez par exemple dans l'optique toutes les grandes enseignes dont celles de mes confrères qui sont là, Krys, Optic 2000, Atol, qui sont leaders du marché, dans le domaine alimentaire vous avez l'ensemble des trois big, Intermarché, Leclerc, Système U, dans le sport vous avez Intersport qui est quand même le numéro 1 mondial de la distribution des articles de sport, enfin j'en passe plein, et pardonnez-moi si je ne les cite pas toutes parce qu'il y en a quand même un paquet chez nous.

La première réaction de Macron c'était : « *Oh là là toutes ces franchises, qu'est-ce que vous êtes puissant !* ». Je dis : « *Non, Monsieur le Ministre, nous ne sommes pas des franchises, nous sommes des coopératives et je vais vous expliquer* ». Alors l'avantage avec lui, c'est qu'il comprend vite, faut pas lui expliquer longtemps et effectivement, c'est un des rares ministres que j'ai vu, alors je ne milite pas pour Macron en cette période électorale, rassurez-vous, je ne suis pas du tout un soutien de Macron, surtout qu'il ne s'est pas encore officiellement présenté, mais en tous les cas, on a réussi à obtenir le retrait de cet amendement. Mais alors des exemples comme ça je pourrais vous en citer des tas. Quand on est allé rendre visite au Secrétaire d'Etat au commerce et bien là on était face à des murs qui ne comprenaient rien au commerce.

Et nous, le commerce coopératif, et bien, nous représentons 30 % du commerce et 7 % du PIB donc 150 milliards environ. On pèse tout de même quelque chose dans l'économie française ! Et en plus de cela, il se trouve que nos résultats économiques sont, depuis 12 ans, depuis que nous tenons un Observatoire de l'évolution du chiffre d'affaires du commerce coopératif et associé, nous sommes systématiquement en termes de croissance, deux à trois fois au-dessus du commerce traditionnel. C'est vous dire si nous sommes un acteur économique qui compte, et en plus un acteur économique qui est dynamique puisqu'il crée la croissance, il crée de l'emploi, cette croissance assortie systématiquement d'une croissance de l'emploi largement supérieure à celle de la France. On a vu depuis 5 ans la

croissance de l'emploi plutôt être une décroissance, une croissance négative comme dirait l'autre, ce qui est une incongruité sur le plan du vocabulaire. Le commerce coopératif est un acteur extrêmement dynamique dans l'économie française.

Voilà, que dire d'autre sur notre monde ? Oui c'est vrai ! Nous avons besoin de muscler la doctrine juridique du commerce coopératif et associé puisqu'elle manque cruellement.

Sans plus tarder, je vais vous proposer d'écouter d'éminents avocats.

Avant, je voudrais remercier l'AFEC, l'Association Française d'Etudes de la Concurrence qui est partenaire de cette opération, ainsi que le Journal Des Sociétés, qui, je vous le rappelle, consacre un article complet sur la problématique juridique que nous allons vous présenter dans quelques instants.

Voilà, je laisse la place au premier Cabinet, pour répondre à cette question qu'est : Le commerçant sous enseigne commune, encore un indépendant ? »

Monsieur Fourgoux et Monsieur Gueguen, à vous l'honneur. Merci. »

P.-V. A. : « Merci Monsieur le Président. Bien sûr, même si vous regagnez votre place, vous pouvez intervenir comme vous le souhaitez tout à l'heure au moment des échanges. Alors effectivement vous l'avez cité, le Journal Des Sociétés, qui vous sera remis à la sortie de ce colloque a consacré un dossier complet avec quatre articles, et nous avons réuni aujourd'hui les quatre auteurs de ces articles sur le commerce coopératif et associé pour venir effectivement faire des focus sur des points juridiques particuliers.

Donc j'appelle Jean-Louis Fourgoux, j'appelle également Jean-Charles Gueguen, Gilbert Parléani et Jean-Louis Lesquins à me rejoindre ici sur scène.

Messieurs, bonjour, prenez place.

On l'a dit, vous êtes tous les quatre avocats, vous avez donc accepté de rédiger chacun un article et dans ces articles nous avons

demandé à chacun de faire une synthèse d'une vingtaine de minutes au pupitre, après quoi nous échangerons. C'est pourquoi je demande à vous qui êtes dans la salle de prendre en note éventuellement les questions que vous auriez à poser, on ne va pas les poser au fil de l'eau pendant l'intervention, mais on les posera à la fin quand les intervenants reviendront. Je vous ai dit, deux modules, deux premières interventions, une table ronde et ensuite deux modules, deux interventions et ensuite la deuxième partie de la table ronde.

Sur le thème du « commerçant indépendant, est-il encore un indépendant ? », nous avons l'intervention de Monsieur Jean-Louis Fourgoux. C'est le titre de votre article, d'ailleurs. Vous êtes Avocat au Barreau de Paris et de Bruxelles, vous êtes du Cabinet Fourgoux et Associé. Vous êtes spécialisé dans le droit économique et le droit des affaires. Si vous voulez bien, pour vingt minutes, c'est la consigne, gagner le pupitre et ensuite revenir avec nous ici...Jean-Louis Fourgoux, vous avez la parole. »

// Le commerçant sous enseigne commune, encore un indépendant ?

Jean-Louis FOURGOUX

J.-L. : « Merci. Je veux remercier en premier lieu la Fédération du Commerce Associé d'avoir associé l'AFEC, l'Association Française d'Etude de la Concurrence, dont je m'occupe, et je vais en profiter pour faire un petit de publicité pour l'AFEC ; c'est une association qui réunit des juristes mais elle présente une particularité : c'est qu'elle accueille, des fonctionnaires, membres de la DGCCRF ou de l'Autorité de la concurrence, des magistrats du Tribunal de commerce, de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation, des juristes d'entreprise, aussi bien fournisseurs que distributeurs, des avocats et des économistes. Le droit économique et le droit de la concurrence évoluent considérablement ; l'AFEC participe à l'évolution, à la réflexion sur le droit de la concurrence. Dernièrement l'AFEC a notamment été interrogée par la Chancellerie sur la transposition de la directive sur la réparation des dommages concurrentiels.

Donc si vous êtes intéressés par toute l'actualité sur le droit de la concurrence, je vous invite à vous inscrire et à adhérer à l'AFEC.

J.-L. Fourgoux : « *L'indépendance c'est un petit peu comme le pastis, voyez-vous : c'est concentré ou dilué* »



Jean-Louis Fourgoux

Je remercie la FCA aussi pour le sujet passionnant qui m'a été donné, même s'il est peut-être un tout petit peu déceptif par rapport à vos attentes, monsieur le Président qui venez de nous dire : « les juristes ne connaissent pas les particularités du commerce coopératif ». Le titre que l'on m'a imposé est un titre plus large. Je ne vais pas traiter que du commerce coopératif, parce que l'enseigne commune, l'entrepreneur qui veut s'établir, il a le choix, soit de rester isolé, soit de rechercher la protection d'un réseau ou d'une enseigne commune. Et à ce moment-là, il a aussi un certain nombre de choix : le commerce coopératif, le commerce associé, c'est bien évident, mais il a aussi le choix de la franchise, de l'affiliation, de la commission-affiliation, de la concession.

Donc pour l'entrepreneur qui veut être à son compte, toutes ces options sont possibles et finalement, et je remercie la FCA, le sujet revient à essayer de mettre noir sur blanc les avantages et les inconvénients que le conseil peut prodiguer à un indépendant qui hésite entre rester seul ou trouver une protection dans un réseau, quelle que soit sa structure. Et je dois dire qu'être obligé de préparer un papier au mois d'août, pendant les vacances, cela

mérite des remerciements particuliers. Et, résultat, cela m'a donné une petite idée quand j'étais sur ma terrasse au soleil, je me suis dit finalement ces avantages et ces inconvénients c'est quoi ? Il y a un peu de pour, un peu de contre, et finalement l'indépendance c'est un petit peu comme le pastis, voyez-vous : c'est concentré ou dilué. Un peu aidé par la chaleur estivale, je vous propose de voir effectivement les avantages et la concentration de l'indépendance que peut offrir un réseau et aussi, il faut bien en être conscient, une certaine forme de dilution, car il ne faut pas être naïf, être sous enseigne commune, fut-il associé, entraîne aussi une dilution de l'indépendance.

Alors, pour le premier point, pour l'indépendance concentrée, renforcée, je crois qu'il n'y a pas beaucoup d'hésitation à avoir ; le commerçant indépendant qui rejoint une enseigne commune, qui choisit de rejoindre une enseigne commune, reste une entreprise indépendante. Sa structure juridique, quand bien même il y'aurait des liens capitalistiques ou des liens capitalistiques croisés, reste autonome. Sur l'aspect tout simplement terre à terre très corporate, c'est lui qui doit tenir ses assemblées, gérer la vie sociale de son entreprise et en assurer la responsabilité, parce qu'il n'y a pas de liberté sans responsabilité. C'est une vraie difficulté. L'indépendant, fut-il membre d'un réseau, est responsable. Il est responsable vis-à-vis de son banquier, vis-à-vis de son propriétaire s'il est locataire, il n'y a pas difficulté.

Et là, on aborde malgré tout un des points, et l'arrêt qui sera commenté tout à l'heure permet de mettre en évidence dans le secteur de l'optique les « gentillesse » que l'on peut s'adresser de réseau à réseau, mais rappelle un principe de base : la tête de réseau c'est la tête du réseau, les membres du réseau sont autonomes et responsables, c'est-à-dire que si le franchiseur, si le coopérateur, la coopérative diffuse une publicité, pour mettre en avant un produit, pour lancer une opération commerciale, c'est bien la tête de réseau qui va en être responsable. Le franchisé ou le coopérateur indépendant, qui de son côté va mettre en place une communication

commerciale, va être responsable de sa propre communication commerciale, de son éventuelle déloyauté à l'égard des consommateurs. Il y a eu quelques exceptions, vous trouverez les références dans la publication. En matière de franchise, le franchiseur a pu être tenu responsable de son franchisé. C'était une histoire Eléphant bleu¹ pour un trouble de voisinage. Il a été tenu solidairement responsable parce que l'implantation du centre de lavage haute pression était faite dans de telles conditions que les voisins ne pouvaient plus, ni dormir, ni manger raisonnablement et que le franchiseur, c'était son savoir-faire, l'implantation, le contrôle de l'implantation, et qu'il avait manqué à une obligation essentielle de son contrat en laissant s'implanter un franchisé trop près d'un petit pavillon. Donc, voilà pour l'autonomie juridique, je crois qu'il n'y a pas trop de difficultés.

L'avantage évident du renforcement de l'indépendance du franchisé c'est l'autonomie économique. Il n'y a pas besoin d'être grand clerc pour comprendre que quand on est ensemble on est plus fort. Quand on est dans un réseau, on est plus fort. On est plus fort, vis-à-vis de ses fournisseurs. L'Autorité de la concurrence, certains la redoutent, d'autres cherchent à l'éviter, mais l'Autorité de la concurrence a quand même dit que le fait d'être dans un groupement quelle que soit sa structure, permet des gains importants. Oui, c'est l'évidence. Dans la négociation commerciale qui est parfois de plus en plus rude avec les fournisseurs, cette puissance d'achats qu'un commerçant isolé ne pourrait pas avoir est un élément déterminant et on le voit, puisque maintenant même les réseaux, les enseignes tentent d'obtenir des rapprochements entre leurs différentes centrales d'achats pour encore pouvoir peser un peu plus sur les fournisseurs.

Il y a un autre aspect qui est un aspect d'évolution, et tout à l'heure en riant entre nous on disait que le secteur de l'alimentaire a contaminé tout le droit de la distribution. C'est peut-être un peu péjoratif, mais c'est

néanmoins un constat. Aujourd'hui, tout le droit de la distribution, le Titre IV du Livre IV du Code de commerce sur les pratiques restrictives, est inspiré par l'objectif du contrôle des pratiques de la distribution alimentaire. C'est la distribution alimentaire qui, pour la plus grande partie, a été à l'origine de la place que pouvait représenter les MDD. Et oui, mais aujourd'hui des MDD on en retrouve partout : on en trouve dans les accessoires autos, on en retrouve même dans des réseaux de pharmacie, je pense qu'on en trouve dans vos réseaux d'opticiens, Monsieur le Président... la MDD est devenue un élément absolument nécessaire pour l'activité. Le commerçant isolé n'y a pas accès. Etablir un cahier des charges, négocier, contrôler et distribuer un produit MDD pour un commerçant isolé c'est radicalement impossible. Donc il y a un vrai enjeu économique pour le commerçant qui rejoint une enseigne commune, c'est bien évident.

L'avantage aussi - le renforcement de la puissance économique - n'est pas seulement sur l'amont mais il est aussi sur l'aval. Bénéficiaire de la puissance de frappe d'un réseau en termes de communication, pouvoir décliner des thèmes publicitaires qui ont été conçus, des investissements publicitaires TV qui sont réalisés par l'enseigne commune, c'est une évidence. Aucun commerçant indépendant, avant d'avoir atteint une taille suffisante, ne pourra accéder à ces outils. Et il y a évidemment des systèmes qui permettent de décliner la communication, que ce soit le thème, avec le sponsoring sportif qui peut être repris par chacun des commerçants indépendants ou d'autres illustrations. Je vous mentionne dans le petit article un exemple concernant un réseau de franchise, mais je pense que l'hypothèse peut parfaitement être déclinée dans d'autres formes de distribution de réseau. C'est le réseau Ucar où son patron a été l'un des premiers patrons à participer à une émission de télé-réalité économique « patron incognito » sur M6. Cela pouvait être un risque, il l'a pris. La diffusion et la rediffusion ont rendues visible ce patron, Jean-Claude Puerto, qui peu après, a décoré tous les camions du franchiseur en mettant sa photo et

¹ Cass. 2^{ème} civ., 21 mai 1997

en disant « *si je loue aussi peu cher c'est parce que c'est moi le mannequin* ». Dans le même esprit, il a proposé à ses franchisés : « *vous pouvez décliner, si vous ne voulez pas ma trombine sur vos camions, vous pouvez mettre vos photos sur vos camions* ». Cette position confirme qu'il est possible de donner aussi aux membres du réseau à la fois une indépendance et la reprise de de la communication, même si elle est très spécifique.

J'ai essayé de vous dresser un tableau, sans doute, un peu rose de l'indépendance des membres d'un réseau, mais il y a quelques nuages quand même et une forme de dilution de l'indépendance. Parce qu'à l'évidence, l'harmonisation commerciale entraîne une perte d'indépendance, en tout cas une réduction. Tout à l'heure, j'ai insisté sur les produits MDD. Eh bien oui, s'il y a des produits MDD, il va bien falloir les proposer aux clients et avec évidemment moins de latitudes. Le référencement des fournisseurs, s'il est négocié par la tête de réseau, en tout ou partie, va devoir être suivi, adapté, par le commerçant indépendant. Donc il est bien évident que là, il y a une évolution, une évolution très nette. Je n'ai pas besoin d'insister sur le fait que le titre même c'est l'« enseigne commune », la charte graphique, la présentation des magasins, l'aménagement, un certain nombre de codes doivent se retrouver dans le point de vente, qu'il soit coopératif, franchisé ou simple licencié de marque.

Il y a par ailleurs une autre évolution qui est une évolution technique. Aujourd'hui, le point de vente physique est un des éléments de la commercialité, mais ce n'est plus le seul. A l'heure du digital, du e-commerce, mais je n'empièterai pas trop sur le sujet de Jean-Louis Lesquins, on ne peut plus ignorer la vente en ligne. La tête de réseau va mettre en place un certain nombre de moyens, des cartes, des offres de réduction, qui vont être globalisés, qui vont permettre de réunir des données de consommation de tous les clients. La commercialisation multi réseau que l'on appelle cross canal, ou omni canal, va conduire à un échange permanent entre la communication locale, la proposition des produits sur internet et le point de vente. Et là,

compte tenu des investissements en jeu, de la centralisation, de la récupération des données, bien évidemment, le commerçant indépendant peut voir un peu sa liberté diluée.

Dernier point, c'est l'impact du droit du marché, le droit de la concurrence. Tout à l'heure, on a parlé de l'entreprise. L'entreprise est une notion propre au droit de la concurrence. C'est une notion qui n'est pas une notion juridique, et pour les autorités de la concurrence, il peut y avoir une entreprise au-delà de l'autonomie juridique, de la forme juridique, dès lors qu'il y a des moyens matériels et humains qui sont affectés à une activité. C'est une notion très large qui a été utilisée par la Commission européenne, mais aussi le Conseil puis l'Autorité de la concurrence, dans un but purement répressif : pouvoir condamner un groupe, et la société mère ou grand-mère, peu importe, pour les activités de ses filiales, quand bien même elle n'aurait pas pris une part active dans les pratiques anticoncurrentielles.

Cela a un effet particulièrement dissuasif parce que le montant maximum des sanctions passe du niveau de la filiale au niveau de l'ensemble du réseau, de l'ensemble du groupe. Là, on se heurte à une difficulté : dans un réseau de franchise, dans un réseau coopératif, comment va-t-on évaluer l'entreprise concernée ? Est-ce qu'il faut retenir la tête de réseau, seulement la tête de réseau, le chiffre d'affaires de la tête de réseau, ou l'ensemble du réseau ? L'Autorité de la concurrence, en suivant la Commission européenne, considère plutôt, que sauf situation particulière, notamment en contrôle des concentrations, on ne retiendra que la tête de réseau et, pour le calcul des seuils, que le simple fait qu'il y ait un contrat ne permet pas de considérer que l'entreprise est commune. Mais attention, s'il y a des prises de participations, des droits de veto, le contrôle au sens du droit de la concurrence va pouvoir être partagé, le contrôle va pouvoir être commun, et dans tous les cas, l'affectation des différents marchés pourra tenir compte de l'activité des membres du réseau. Vous avez dans la

décision Carrefour/Dia² un certain nombre de critères qui finalement sont assez intéressants pour essayer de savoir à partir de quel moment le membre d'un réseau est dépendant ou indépendant et/ou l'impact sur la concurrence tiendra compte : de la possibilité pour la tête de réseau de fixer le prix maximum de ses adhérents impactant leur liberté de fixer les prix, les obligations d'approvisionnement des adhérents, l'obligation de respecter les clauses de préemption ou de préférence, vous en avez parlé, l'obligation de participer à un certain nombre d'opérations promotionnelles, l'obligation de référencer plus de 50 % des lignes et la durée plus ou moins longue des contrats. Cette analyse de la situation de concurrence a aussi été étendue à tout le réseau à l'occasion du rachat du réseau Hyg na par le Groupe Fournier (Mobalpa).

Voilà donc les paramètres qui vont devoir être examinés par un candidat qui voudra rentrer dans un réseau.

Et effectivement l'indépendance, elle n'est pas, comme le pastis, toujours dos e de la même façon.

Le candidat devra, lorsqu'il voudra rentrer dans un réseau, en tirer une protection, un avantage, bien vérifier la situation particulière, le détail, des clauses et faire son choix pour savoir s'il deviendra associé de la coopérative, ce qui lui donnera un pied dans l'organe de décision et des éléments de discussion dans l'évolution du réseau, ou être plus indépendant, plus autonome. »

P.-V. A. : « Merci Jean-Louis Fourgoux. Vous avez fait déjà un panorama très large de cette indépendance. On reviendra sur plusieurs points puisque des questions pourront être posées, ce qui permettra d'éclaircir des points, notamment entre franchisés et coopératives, le cœur du sujet. Un sujet que nous poursuivons maintenant avec Jean-Charles Gueguen. Vous avez, vous, écrit un article sur le même thème de l'indépendance, ou presque, puisque votre

article s'intitule « Le commerçant indépendant dans un groupement, une indépendance renforcée ». C'est presque une affirmation que vous allez pouvoir commenter maintenant en vingt minutes. »

// Le commerçant dans un groupement, une indépendance renforcée



Jean-Charles GUEGUEN

J.C. G. : « Merci. Je serai en parfaite harmonie avec le Président de la FCA, qui nous a dit que nous étions des incompris. Comme je suis un juriste et que je m'occupe des systèmes coopératifs depuis 40 ans, j'ai envie de dire que nous sommes un ovni juridique. Quand vous regardez un peu les ouvrages juridiques, il n'existe à ce jour aucun ouvrage juridique sur les coopératives de commerçants détaillants. Vous avez des articles parcellaires, vous avez une thèse de Jean Holler mais pas d'ouvrage juridique. Donc les juristes ne connaissent pas forcément le système coopératif. Les hommes politiques c'est pire. Je suis d'accord avec vous, et notamment lors du décès d'Edouard Leclerc, en 2012. Un quart d'heure après la communication de Michel-Edouard concernant le décès de son père, Pierre Moscovici, ministre des Finances déclarait ceci ; il saluait la mémoire du pionnier de la grande distribution, on est d'accord, qui transforma le commerce familial, on est d'accord, en un réseau dense de « franchisés » Leclerc. Un quart d'heure après,

² Décision n 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS et décision 15DCC 15 du 23 Février 2015

son Secrétaire d'Etat, Benoît Hamon rectifiait la chose en disant que le ministre s'était planté. Donc inconnu des juristes, inconnu des politiques, mais pas des économistes. Vous avez un ouvrage que vous devez connaître, de Michel Choukroun, qui s'appelle le Commerce Associé, qui est paru il y a 3 ou 4 ans, qui est un ouvrage de référence en matière économique sur le commerce associé. En revanche, le consommateur, lui, connaît le commerce associé. Il ne sait pas ce que c'est. Mais de Saint-Laurent-du-Maroni à Brest, comme à Strasbourg ou Marseille, voire à La Réunion, notamment dans la grande distribution, le client, le consommateur final du produit, sait ce qu'est le commerce associé puisque le commerce associé, d'après ce que j'ai pu relever, exploite 189 enseignes sur la France. Il y a 89 ou 90 groupements adhérents à la FCA pour 189 enseignes. Ce qui expliquerait que Monsieur Macron ait été surpris de la qualité et de la quantité des enseignes.

Jean-Charles Gueguen à propos des coopératives de commerçants : « *nous sommes un ovni juridique* »



Jean-Charles Gueguen

Alors pour parler de l'indépendance renforcée, je ne voudrais pas faire trop d'Histoire, mais dans tous les articles, dans tous les ouvrages consacrés au commerce coopératif ou à la coopération plus exactement on parle de ces fameux tisserands de Rochdale, qui en 1844, en Angleterre, qui auraient inventé le commerce coopératif, une coopérative de

consommateurs. On les appelle les équitables pionniers. En 1894, je suis allé vérifier puisque je suis nantais, vous avez une coopérative de commerçants qui a été créée, qui s'appelle « Le Pain quotidien ». Cela traduit un peu quelle était l'activité, et cette enseigne a perduré pendant un certain temps. Mais ce n'est effectivement qu'après la seconde guerre mondiale qu'on a vu le commerce associé se développer. Pourquoi ? Notamment en Bretagne et en Vendée (je parle de l'ouest de la France), vous aviez une pénurie alimentaire, vous aviez les distances très longues entre Brest et Paris, il fallait entre 7 et 8h, des problèmes de transports etc. Par conséquent, à l'initiative, bien souvent des curés, il a été créé des tas de coopératives de consommation qui aujourd'hui ont pour la plupart disparu. Mais à cette époque-là, les commerçants se sont regroupés et se sont dit « *il faut que j'aille acheter, que je massifie les achats, l'une des solutions est sans doute de créer une coopérative* ». D'ailleurs, je vous rappelle qu'Edouard Leclerc a créé son premier magasin de Landerneau en 1949. Il était le seul à l'époque mais voyait très bien qu'il était au début de l'évolution du commerce moderne.

Le système coopératif a connu sa première loi en 1947. C'est une loi qui est le socle du système coopératif, qui cadre en général le droit coopératif, mais qui renvoie à des lois spéciales l'application de telle ou telle disposition ou de telle ou telle spécificité. Comme toujours, il y a eu un décalage entre la loi de 47 et le premier texte sur les coopératives de commerçants détaillants qui remonte à 1949. Cette loi de 1949 ne connaissait que la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales. En 1992, la loi du 24 juillet 1966, qui régit désormais les sociétés commerciales, était promulguée. Il a fallu six ans pour qu'en 1992, effectivement, la loi sur les coopératives de commerçants détaillants soit promulguée et soit adoptée. C'est aujourd'hui le socle de la coopération de détail et c'est le texte fondamental. Alors je passerais sur toutes les modifications législatives qui sont intervenues, parce que la loi de 1867, la loi de 1947, la loi de 1949, la loi de 1992, chaque fois touchaient au droit des sociétés. Et

touchant au droit des sociétés, on ne savait plus si c'était la loi de 1867 ou de 1966 qui s'appliquait. D'autant que, c'est là une expression que j'aime bien, l'«exception coopérative» faisait qu'automatiquement les sociétés coopératives étaient des sociétés à capital variable, des sociétés anonymes à capital variable, ce que la législation européenne interdit. En 1981, il a donc fallu apporter une exception coopérative en disant désormais que les coopératives peuvent effectivement continuer à être à capital variable. Comme ces sociétés à capital variable ne sont plus pratiquées depuis cette époque-là, il a fallu des ajustements au fur et à mesure et j'ai tendance à dire, car j'ai participé souvent à des colloques sur la réforme du droit des coopératives de commerçants détaillants, qu'on est souvent en retard d'une loi. Il y a un décalage entre les modifications législatives et l'application aux coopératives, 2 ans, 4 ans, etc. et parfois on a des oublis. Quoi qu'il en soit, dans les années 70-72, année de la promulgation de la loi sur les coopératives, on commençait à voir la naissance du système de franchise. Cette naissance, est-ce que c'est une coïncidence, une collusion ? Je ne sais pas mais on constate ; 72, démarrage de la franchise en France, 72 les coopératives ont un nouveau statut.

Alors, bien sûr, comparer franchise et coopérative de détail, c'est quelque chose qui n'est pas facile. Moi, ce que j'ai tendance à dire, c'est la chose suivante : on a une origine, une philosophie différente mais un tronc commun. C'est-à-dire que philosophiquement, la franchise et le commerce associé n'ont rien à voir, en revanche, à l'aval, nous avons un tronc commun avec la franchise ce qui génère sans doute des confusions, parce que le consommateur voit une enseigne. Il ne sait pas s'il a affaire à un gérant, à un directeur de magasin, à un franchiseur. Alors, les excès de la franchise, et surtout le mauvais traitement juridique dont ont été l'objet les réseaux de franchise, voire les errements de certains députés. J'ai noté qu'un député disait, il y a 5 ou 6 ans : « *la franchise est un carcan, pour ne pas dire l'esclavagisme* ». C'est dans un rapport de débat à l'assemblée nationale. La

coopérative est bien souvent passée à travers les gouttes, parce que d'un côté on voulait réglementer la franchise et ses excès. La législation européenne s'en est mêlée. D'un autre côté, le commerçant associé avait besoin de liberté et on voulait assimiler les deux commerces. Récemment encore, l'autorité de la concurrence, en 2010, a confondu les deux activités. Elle s'est fendue d'une définition du commerce détaillant et il a fallu une page 21 x 29,7 pour pouvoir expliquer ce qu'est un commerçant détaillant, alors qu'il suffisait de dire que le commerçant détaillant c'est quoi, c'est le distributeur final du produit. La loi Macron, vous en avez parlé, a voulu totalement gommer les différences entre commerce associé, commerce franchisé alors que dans un cas le commerce associé c'est le commerce associé, et dans l'autre cas, commerce associé c'est un commerçant libre qui a choisi cette forme de commerce alors que le franchisé est quelque part un commerçant librement asservi. Tels l'étaient également les concessionnaires automobiles. Mais je crois que cette expression de « commerçant librement asservi » est celle d'un professeur de droit, Claude Champaud pour ceux qui le connaissent.

Le commerçant franchisé est sans doute dans un état de subordination, il mérite certainement une protection dans sa relation contractuelle avec le franchiseur, alors que le statut de commerçant associé bénéficie du statut de la loi, de l'exception coopérative. Paradoxalement, on a plus de liberté avec la loi sur les coopératives qu'avec le Code civil. C'est un constat et un paradoxe.

Alors, la loi sur les coopératives, moi je trouve qu'elle est apparemment handicapante. Elle est handicapante parce qu'il y a toute une série de dispositions où on demande aux coopératives de faire du profit, mais surtout de faire du profit au niveau de ses points de vente et on lui refuse le statut plein de la société capitaliste. Alors, je crois qu'on est quand même dans un système de capitalisme atténué, c'est-à-dire qu'en apparence on n'est pas une société capitaliste, mais de fait, sinon de droit, on va trouver des éléments qui viennent corriger ce constat.

Alors, quels sont les handicaps ? Je vois quatre handicaps aux sociétés coopératives, vus de l'extérieur, pas en tant que professionnel du système coopératif.

Tout d'abord, la dilution du pouvoir : qu'est-ce que c'est que ce machin où « un homme égal une voix » ? C'est la démocratie parfaite, chaque homme quelle que soit sa taille, quelle que soit sa surface ou son ancienneté, dispose toujours d'une voix. C'est incompréhensible parce que généralement, en contrepartie des apports que vous avez effectués, vous avez des droits de vote. Ici, quel que soit le montant de votre apport, quelle que soit votre surface financière etc., vous êtes toujours titulaire d'un droit de vote et d'un seul. Alors il y a quand même deux exceptions à ce principe. Première exception, ce sont les unions de coopératives de commerçants détaillants qui peuvent moduler leurs droits de vote, soit en fonction du nombre de membres dont elles ont comme associés, soit en fonction du chiffre d'affaires réalisé. La deuxième atténuation concerne les sociétés coopératives de commerçants détaillants qui accueillent des financiers. Je crois savoir que ce n'est pas utilisé. Dans ce cas-là, on a cantonné le pourcentage de droits détenus par les financiers à un certain montant, ils ne peuvent pas détenir plus de 35 % des droits de vote. Ils peuvent accéder à une minorité de blocage dans une SA mais ils ne peuvent pas avoir la majorité. Alors pourquoi c'est un échec ? A mon avis, il y a plusieurs raisons, mais l'une d'entre elles, c'est l'exclusion de la notion de dividendes.

C'est le deuxième handicap. Dans le droit coopératif, vous n'entendrez jamais citer la notion de « bénéfice » ou de « perte ». On parle soit d'« excédent », soit d'« insuffisance ».

Pour moi, « excédent » = « bénéfice » et « insuffisance » = « perte », mais on parle toujours des excédents ou des insuffisances. Alors, comme il n'y a pas de dividendes au sens juridique du terme, on ne peut pas les distribuer puisque ça n'existe pas. Alors, la loi coopérative a quand même prévu deux ou trois exceptions. La première, c'est la distribution d'excédents, de ristournes ou d'excédents

retournables. Les qualificatifs sont divers et variés. La loi fiscale, elle, s'en est mêlée, notamment, pour ne pas que les ristournes distribuées aux associés soient imposées au niveau de la coopérative mais au niveau des associés, elle a prévu tout un mécanisme complexe en disant qu'il faut le décider avant la clôture de l'exercice pour qu'effectivement on puisse passer en charges ces excédents. Vous avez un deuxième moyen d'atténuation : c'est que vous pouvez incorporer les réserves, qui ont subi le frottement fiscal de l'IS, au capital. Dans ce cas, au retour, vous allez percevoir soit des nouveaux titres, soit une augmentation de leur valeur nominale. Quelque part, c'est une distribution de réserve, entre guillemets, et qui permet de profiter aux associés. Toutefois, la loi a limité cette incorporation des réserves à 50 % du premier montant d'incorporation ; ce texte est un petit peu compliqué, mais il existe. Et puis, il y a une troisième atténuation, souvent méconnue. En droit des sociétés, vous ne pouvez pas inclure dans les statuts ce que l'on appelle une clause d'intérêt fixe. L'associé a droit à des dividendes ou subit les pertes. Là, dans une société coopérative, l'associé peut recevoir sa rémunération, la rémunération de ses parts, de ses actions, à un taux qui est fixé par un taux moyen des obligations, je crois que cela a été modifié il y a une quinzaine de jours d'ailleurs, qui est de l'ordre de 2 %. Quel que soit le résultat de la coopérative, perte ou bénéfice, la distribution de cette rémunération, ce qu'on appelle une clause d'intérêt fixe, est possible. Encore une large exception au système des sociétés capitalistes.

Troisième handicap, l'impartageabilité des réserves. Ne cherchez pas dans le dictionnaire la définition de l'impartageabilité, cela n'existe pas. Tout le monde en parle mais ça n'existe pas. J'ai feuilleté divers dictionnaires, je ne trouve pas. C'est un handicap de fin de règne pour les coopératives. C'est-à-dire qu'une coopérative qui va s'arrêter ne peut pas distribuer à ses associés son boni de liquidation. Deux réflexions ; la première c'est qu'il y a peut-être moyen de s'arranger pour ne pas que le boni de liquidation existe. Et bien souvent, la société qui va disparaître, si elle a

un boni de liquidation faible, c'est qu'elle n'a pas d'avenir. Deuxième chose, le ministre des Finances, peut apporter une dérogation, peut accepter qu'une coopérative distribue à ses associés le boni de liquidation. En quarante ans de vie professionnelle, j'ai vu le cas une fois. La FCA avait d'ailleurs été contactée pour savoir si effectivement telle coopérative pouvait distribuer entre ses associés le boni de liquidation. C'était une coopérative dans le sud-ouest de la France et la position de la FCA a été de dire : « *oui ça a été de bons coopérateurs, on accepte* ». Donc c'est l'impartageabilité des réserves, c'est-à-dire que l'associé qui est dans le capital ne va jamais, sauf distribution gratuite ou incorporation à la valeur nominale, avoir la contrepartie des efforts qu'il a faits. C'est un point important, un handicap, mais contrarié car il y a d'autres moyens avec la distribution des excédents, etc., d'arriver au même résultat ou d'augmenter son capital.

Un autre handicap, c'est la variabilité du capital. La variabilité du capital, on m'a appris quand j'étais étudiant que le capital était le gage des créanciers, c'est-à-dire la sécurité pour les créanciers, et que par conséquent, l'existence d'un capital social fort traduisait une entreprise prospère et sécurisée. Cette variabilité du capital est toutefois embarrassante car il n'y a aucune communication. Sauf à aller consulter au registre du commerce chaque année les états financiers, on ne sait pas quel est le montant d'une société à capital variable. Il y a une solution si on veut sécuriser les tiers, c'est que la loi de 1947 vous dit que le capital social de la coopérative ne peut pas descendre sous le quart le plus élevé atteint depuis sa constitution. Il y a une technique qui est simple qui consiste à dire ce quart est d'ordre public mais vous pourrez aller au-dessus, c'est-à-dire qu'il suffit de dire dans les statuts de la coopérative les trois quarts les plus élevés atteints depuis la constitution et vous sécurisez le capital social et sa variabilité. Pourquoi ? Car vous pouvez être confronté à un départ massif d'associés. Et donc, le fait pour les coopératives d'introduire la notion de variabilité du capital aux trois quarts le plus

élevé, c'est-à-dire que le capital ne varie que d'un quart de fait, est une solution sécurisante.

P.-V. A. : « Un mot de conclusion avant qu'on passe au débat »

J.-C. G. : « J'aurais voulu vous parler de la capacité juridique étendue des coopératives, vous trouverez cela dans mon article. J'aurais voulu vous parler de la SCCD qui est une force, j'aurais voulu vous parler de ce couple infernal, la qualité d'associé et de client, j'aurais voulu vous parler des participations croisées que le droit des sociétés ignore totalement ou sanctionne alors que chez les coopératives on est obligatoirement en participations croisées. J'aurais voulu vous parler de l'*intuitu personae* fort qui est quelque chose d'important, j'aurais voulu vous parler de la mutualisation du pouvoir, et une chose quand même...

P.-V. A. : « On va pouvoir en parler quand même de toute façon, finissez, mais on va pouvoir en parler en table ronde, pas de souci ».

J.-C. G. : « J'aurais voulu vous parler d'un thème qui n'est pas souvent abordé et qui intéresse toutes les coopératives, c'est l'augmentation des engagements des associés. C'est-à-dire que l'associé, quand il rentre dans une coopérative, il a des statuts, un règlement intérieur, il a signé un bulletin d'adhésion. Comment va-t-on modifier ces statuts, ce règlement intérieur et ce bulletin d'adhésion, bref, les conditions d'adhésion du contrat de coopération ? Et le droit des sociétés est très dur à cet égard. Il dit, c'est reproduit dans le Code civil, c'est reproduit dans le Code de commerce, il dit que l'augmentation des engagements des associés a pour conséquence soit d'obliger, à l'unanimité, soit c'est la nullité. Il est évident que l'unanimité n'est pas facile à obtenir. Il suffit que la veuve de Carpentras qui a hérité d'une action lève le petit doigt en disant « *je n'en veux pas* », c'est fini.

Alors j'ai essayé de faire une synthèse, je ne pense pas que quelqu'un se soit penché sur ce sujet-là : ou les statuts de la coopérative prévoient le principe, par exemple d'une durée

minimum d'adhésion, et ça c'est modifié et auquel cas les règles de majorité s'appliquent, ce n'est pas considéré comme étant une augmentation des engagements des associés. En revanche, si les statuts, le règlement intérieur ou le contrat d'adhésion ou d'affiliation ne le prévoient pas et que vous créez une disposition nouvelle, dans ce cas, il ne fait aucun doute que la modification nouvelle sera considérée comme étant une augmentation des engagements des associés. Donc il faudra, soit un accord individuel, soit l'unanimité. Et, quand vous lisez la jurisprudence, je l'ai lu sur un certain nombre d'années, la synthèse n'est pas facile. J'accepte évidemment que mon analyse synthétique soit contestée. Mais si vous voulez, on est avides d'avis là-dessus et en pratique j'ai très souvent été confronté à ce problème : est-ce que telle décision qui est proposée ne constitue pas une augmentation des engagements des associés. La Cour de cassation a quand même fait une chose qui est intéressante, plutôt que de faire référence au Code civil, vous savez « les conventions légalement formées forment la loi des parties... », jamais la Cour de cassation n'a glissé là-dessus. Elle a dit « je m'en tiens à l'article du droit des sociétés » sur l'augmentation des engagements, donc sur les règles de majorité.

Enfin, j'aurais voulu vous parler du règlement intérieur, des accords individuels, mais vous lirez cela dans mon article ! »

P.-V. A. : « Merci beaucoup en tout cas Jean-Charles Gueguen. On voit que c'est non seulement le sujet de votre travail, mais une vraie passion aussi. Pour ceux qui ne vous connaissent pas, je peux préciser que vous avez commencé à collaborer en 1973 avec Unico puis avec Système U, donc l'univers coopératif vous le connaissez. Vous m'avez même raconté, je vais dévoiler une anecdote entre nous, prenez le micro qui est devant vous, que vous êtes tombé dans la marmite coopérative quand vous aviez 4 ans, il y a quelques années. »

J.-C. G. : « J'avais 5 ans dans les années 1950 et j'habitais sur une place d'un village dans le Finistère. Il y a une chose que je savais faire, je

savais compter. Donc j'avais la responsabilité des courses de la maisonnée, et sur les 9h du matin, ma maman me donnait son portefeuille en me disant « *tu vas aller en face* », il y avait la place du village à traverser, il y avait un magasin qui s'appelait la Léonarde, le pays de Léon, c'est le Finistère. Elle me donnait la liste de courses et dans son portefeuille elle avait mis une pièce plus d'autres pièces séparées. Elle me disait « *quand tu vas rentrer dans le commerce, tu vas donner cette première pièce à la dame qui est là, à la tenancière, et elle va te remettre des tickets que tu mettras à la place de la pièce* ». Il n'y avait pas le libre-service à l'époque donc je repartais en ramenant les courses, etc. Ce n'est que 25 ans après que je me suis rendue compte d'une chose. C'est qu'à 5 ans j'étais devenu un coopérateur. Pourquoi ? Parce que les tickets qu'on me donnait, c'était des actions de la coopérative de consommation où j'allais acheter. Donc cette dichotomie entre client/associé, je l'ai bien compris quand j'avais 5 ans mais 25 ans après j'ai vu clair seulement. »

P.-V. A. : « Merci pour cette anecdote très touchante et très vraie finalement, qui aide à comprendre ce qu'est le monde de la coopérative. Alors, (...) on est vraiment au cœur du sujet, il ne s'agit pas d'opposer le système de la franchise au système de commerce coopératif et associé. Mais on voit bien que la différence tient à différents points du contrat, en particulier. Jean-Louis Fourgoux, vous avez parlé tout à l'heure effectivement des deux indépendances que ce soit en franchise ou dans le commerce coopératif. Quel est pour vous le mot qui définirait le mieux la différence entre le côté coopératif et le côté franchisé ? Est-ce que c'est la responsabilité, est-ce que c'est les bénéfices dont parlait Jean-Charles Gueguen ?

J.-L. F. : « Je crois, cela a été dit par Monsieur le Président et mon confrère, l'élément essentiel, c'est le fait d'être associé. Dans un réseau de franchise, je n'irais pas jusqu'à reprendre ce qui a été dit, c'est l'asservissement librement consenti. Evidemment, la tête de réseau conserve l'entière propriété de la marque, du concept, et au terme du contrat le franchisé doit trouver

une nouvelle activité et une nouvelle enseigne éventuellement s'il n'y a pas de clause de non-concurrence. Alors que dans le système coopératif, il y a bien cette association et cette participation avec toutes les spécificités qui ont été rappelées, propres au système coopératif. Donc effectivement, il y a une différence essentielle et cela peut parfaitement expliquer les prises de position pour s'opposer à un traitement identique sur les droits de préemption, sur la durée des engagements. Cela me paraît une évidence certaine. »

P.-V. A. : « Merci. Qui souhaite prendre la parole en premier ? Cela peut être pour une question ou pour un témoignage aussi. N'hésitez pas. Je sais que c'est toujours difficile au début d'essayer les plâtres des questions mais après on a du mal à arrêter le flot des questions, donc lancez-vous ! Si quelqu'un a particulièrement une question, merci... »

M. Kadir Mebarek : « Bonjour, Kadir Mebarek, Avocat, Cabinet Jean-Claude Coulon & Associés, je voulais intervenir sur un point : on focalise depuis tout à l'heure beaucoup sur la spécificité du commerce associé, en particulier du commerce coopératif, qui fait l'objet d'une réglementation ancienne, plusieurs fois réformée. Vous indiquez tout à l'heure qu'il avait été ô combien difficile de faire comprendre au législateur et au Gouvernement la spécificité de ce commerce associé qui se distinguait de la franchise en tant que telle. Je dois avouer qu'au sein de cette difficulté qui est de faire comprendre au législateur cette spécificité que constitue la coopérative, on oublie également peut-être de se dire qu'au sein même du commerce associé, il existe des différences qui contribuent à peut-être, encore un peu plus profondément, noyer encore plus le débat, noyer l'interlocuteur dans la compréhension.

La coopérative, c'est très clair, elle est défini, très encadrée, vous l'évoquiez à l'instant chers confrères. Mais qu'en est-il des autres commerces associés qui ont les mêmes particularismes que la coopérative, à savoir, une participation de l'exploitant au capital de la tête de réseau, mais qui, d'un point de vue

strictement juridique, ne sont pas constitués sous la forme d'une société coopérative au sens du code de commerce ? Or, lors des débats sur la loi Macron, on a pu malheureusement constater que lorsque le gouvernement comprenait ce qu'était finalement la coopérative et qu'il permettait en ce sens d'écarter l'application de cette fameuse loi au système coopératif, il oubliait de traiter la question de l'autre commerce associé que sont ces commerçants qui ont fait le choix de s'associer au sein d'une SAS ou d'une SA classique mais qui pour autant n'ont pas adhéré à ce système coopératif. Et là malheureusement, j'en arrive à me poser une question qui est la suivante : n'est-il pas nécessaire de dépasser cette notion de « coopérative » pour aller imposer au législateur une notion plus large de « commerce associé » avec toutes les implications juridiques que cela pourrait avoir, notamment dans le cadre des débats sur la durée des contrats d'affiliation ou de l'existence des clauses de préférence dans les statuts ? C'est important car moi je suis un peu frustré ce matin puisque la coopérative c'est important mais le commerce associé, à mon sens, est beaucoup plus large. »

P.-V. A. : « Qui veut répondre, intervenir ? Jean-Louis Fourgoux, Jean-Charles Gueguen... ? D'ailleurs, Jean-Louis Lesquins et Monsieur Gilbert Parléani, si vous voulez parler... merci... Jean-Louis Fourgoux reprendra la parole ensuite. »

Gilbert Parléani : « Je suis très content que cette question ait été posée. La difficulté en France vient, non seulement de l'incompréhension de la part de nos Politiques, mais aussi du morcellement du droit coopératif et de l'existence de multiples statuts de coopératives différents qui aboutissent à une segmentation excessive en fonction des secteurs économiques. Il ne faut pas oublier que dans d'autres pays ce n'est pas du tout le cas, que le coopérativisme se pratique soit avec des sociétés coopératives qui ont une large palette d'actions, soit en recourant à des formes sociales de droit commun que l'on peut qualifier ou non de coopératives. C'est le cas en Grande Bretagne par exemple. En France,

on oublie trop souvent que la coopérative est un choix au sein du commerce associé, et que, par exemple, le GIE est une option tout à fait coopérative dans son esprit et qui peut être mise en place en parfaite substituabilité avec une structure coopérative légale. En outre, depuis que l'on a des SAS, on peut parfaitement les organiser sur le mode coopératif. Donc il n'est pas du tout exclu que le mouvement coopératif utilise des formes sociales non coopératives au sens du droit français. Le fait de maintenir des formes coopératives dédiées à une activité n'a plus guère de sens économique dans la mesure où on peut aboutir à transposer les principes coopératifs dans d'autres structures tout à fait comparables en respectant l'esprit des équitables pionniers de Rochdale d'ailleurs ».

Gilbert Parléani : « *La coopérative est un choix au sein du commerce associé* ».



Gilbert Parléani

J.-C. G. : « Je ne partage pas totalement l'avis de Gilbert Parléani. Le législateur a refusé de définir ce qu'était un commerçant détaillant. Je me rappelle que quatre mois après la loi de 1972 j'ai fait poser une question ministérielle par le Député Coustet. Le Ministre, quatre mois après la sortie de la loi, nous a pratiquement dit : « *Allez-vous faire voir, je laisse à la jurisprudence le soin de définir ce qu'est un commerçant détaillant.* ». Alors, Maître Parléani, je suis d'accord avec vous sur l'esprit mais, dans ce cas, que le législateur nous définisse ce qu'est que le commerce associé ! Il ne le fera jamais. »

J.-L. F. : « Je ne suis pas absolument certain qu'on ait besoin d'une définition du commerce

associé, car vous avez tout à fait raison, il existe des réseaux de franchise où le franchiseur prend une participation chez ses franchisés et inversement, cela peut arriver. Mais le franchiseur qui prend une participation dans son réseau le fait toujours avec une grande parcimonie, parce que justement le risque de voir requalifier le contrat et de voir jugé que le franchisé n'est plus un indépendant est grand. Mais les participations dans l'autre sens existent, vous l'avez dit et c'est tout à fait vrai, rien ne l'interdit. Cela peut être mis en place. Je crois que là, c'est la liberté du droit des sociétés qui s'applique. J'ai en tête des réseaux, non pas de commerce de détail, mais de courtiers indépendants en prévoyance par exemple, où chaque membre du réseau est associé dans la tête de réseau et ainsi contribue, sans recourir à la forme coopérative, à la gestion de l'ensemble du réseau de façon plus commune et qui sont simplement soumis au droit des sociétés.

Jean-Louis. Lesquins : « Oui, je pense que le thème qui est soulevé par votre intervention est effectivement très intéressant, c'est-à-dire celui de l'opportunité d'obtenir du législateur une définition et une organisation juridique du commerce associé en général, détachées du concept coopératif. Je voudrais toutefois dire ceci : d'abord, il se trouve que la coopération, en tant que mouvement et forme d'organisation sociale, née d'abord dans le domaine agricole, a eu le privilège historique d'imposer son existence, d'être le plus actif dans son développement et d'être le premier à être apparu, si je puis dire, dans le champ de vision du législateur. Le mouvement coopératif chez les commerçants détaillants a eu l'avantage de pouvoir bénéficier de la protection et des dérogations qu'avait obtenues le mouvement coopératif en général. La recherche d'une définition et d'un cadre juridique du commerce associé ne devrait pas, à mon avis, dans l'intérêt même des groupements actuels de commerçants détaillants, entraîner un éloignement des catégorisations juridiques du commerce associé par rapport aux avantages qui ont pu être obtenus par ailleurs au regard du statut coopératif. Et enfin, ne pas oublier qu'un des caractères qui justifie justement la

spécificité du commerce associé lorsqu'on s'adresse au législateur, c'est la mise en œuvre du principe non capitaliste « *un homme, une voix* ». Or, les autres formes d'association qu'on peut envisager ne garantissent pas nécessairement, et même en général pas, l'application de ce principe puisque les droits de vote sont proportionnels au capital détenu. Donc, avant de poursuivre cette idée, pesons les risques, que, sous couvert d'introduire une définition générale du commerce associé, on perde certains bénéfices historiques qui ont été le résultat du rattachement au concept coopérateur. »

P.-V. A. : « Résultats qui font leurs preuves, je pense qu'on pourrait passer la parole à Eric Plat, avec une autre casquette que celle de Président de la FCA, car si on parle d'Atol avec le côté coopératif, le plan stratégique 2016 qui a été déterminé, il a été déterminé avec les 450 adhérents à la coopérative. »

Eric Plat : « Je vois que vous êtes bien au courant du fonctionnement d'Atol. Cela veut dire que notre communication est bien passée. Cela me réjouit. »

P.-V. A. : « Quelle société aurait permis cela en dehors d'une structure coopérative, sur le principe d' « un homme, une voix » justement. Expliquez-nous comment vous avez fait chez Atol ? »

E. P. : « Je pense qu'après c'est une question d'état d'esprit. C'est-à-dire qu'effectivement, dans une coopérative, il y a le droit coopératif dont vous avez parlé qui existe, alors que le droit sur le commerce associé, lui, n'existe pas. Il n'y a pas de définition juridique. Mais donc, cet esprit qui règne dans nos coopératives, fait que « *un homme égal une voix* », ça c'est pour valider les comptes une fois dans l'année, c'est à ce moment-là qu'un homme égal une voix ! En fait, dans la réalité, on peut diriger une coopérative toute l'année sans impliquer les gens. Mais le principe même coopératif, et je voudrais rajouter une petite note là-dessus, à propos de la question qui est posée « *encore un indépendant ?* », moi je dirais que dans le commerce coopératif et associé, l'indépendance est augmentée. Vous savez, on parle de réalité augmentée, l'indépendance est

augmentée parce qu'un commerçant indépendant seul ne peut pas faire autant de chose qu'un commerçant dans le cadre du commerce coopératif et associé. Ça c'est un point. Pour revenir à votre question, en effet, cet état d'esprit nous guide dans nos entreprises quand on est face à un défi comme le nôtre, la multi-canalité, la digitalisation du commerce, etc. Quand on est face à un grand défi, l'objectif c'est d'agir un peu comme une bonne équipe de foot, il y a dans une équipe de foot de haut niveau une multitude de très bons joueurs, et puis il y a l'équipe qui a un véritable esprit coopératif qui gagne, et puis il y a l'équipe où il y a un esprit d'indépendance, et qui perd avec les mêmes qualités de joueur. Donc toute la spécificité, je dirais, dans notre monde, c'est de savoir intégrer, ajouter, comme je le disais tout à l'heure, les compétences de tous nos associés pour construire et mener à bien un projet commun. Donc c'est dans cet esprit-là qu'effectivement nous avons mené plus de 45 tables d'une dizaine de nos associés à chaque fois dans chaque ville principale de France et que nous avons construit ce plan stratégique de transformation Atol 2016-2020, qui produira j'espère ses meilleurs effets dans 4 ans.

P.-V. A. : « Merci. Qui souhaite que le micro aille vers lui ? Monsieur, si vous voulez comme tout à l'heure vous présenter... »

Louis-Michel Payen : « Oui, Louis-Michel Payen, je suis consultant et ancien cadre dirigeant d'une des coopératives autour de cette réunion. Je voulais revenir sur ce que vous avez dit, Maître Gueguen, sur l'impartageabilité des réserves comme un inconvénient coopératif et rebondir sur ce que vous disiez Maître à l'instant. Cela me semble être un point déterminant, au contraire, sur la spécificité du fait coopératif et sur la longueur de vie des coopératives. Je m'explique autour de cela. On a tous dans nos têtes des exemples de médecins associés dans des cliniques, de cadres qui se sont partagés autour d'un LBO le capital d'un groupe de promotion immobilière pour ne pas le nommer, ou d'autres cas de figure de cet ordre, et chaque fois se pose la question 10, 15, 20 ans après, de la sortie des personnes. Et derrière cette sortie des

personnes, bien souvent, les valeurs ayant augmenté, l'accès de nouveaux venus dans le capital du groupement quel qu'il soit, quelle que soit sa forme, cet accès devient quasiment impossible, et donc la sortie des individus qui légitimement veulent sortir du dispositif par exemple pour un départ en retraite, cette sortie oblige à « briser » l'entreprise collective qui avait été montée par les participants de départs, alors même que la règle coopérative de l'impartageabilité des réserves permettrait l'inverse puisque les réserves étant impartageables, le travail en commun est légué à la génération suivante, je ne citerai pas le Président de l'enseigne à laquelle je faisais référence tout à l'heure qui disait : « *Ne pensez pas ce que la coopérative vous apporte, mais ce que vous apportait la coopérative et travaillez pour vos enfants* », c'est cet esprit coopératif qui me semble être indéniablement la différence entre les autres formes d'association et ce qui me semble également lui apporter sa pérennité.

P.-V. A. : « *Merci. Un complément ? Jean-Charles Gueguen* »

J.-C. G. : « Oui, moi, je suis un fan du commerce associé, du commerce associé coopératif. J'ai vécu pas mal de situations où des commerçants se sont associés pour faire des groupements d'achat. Je pense à 2 ou 3, dans l'électroménager, dans le mobilier, etc. Tous ces groupements sont en train de préparer leurs tombes. Ils n'ont pas réussi à survivre parce qu'effectivement...bon, je suis le premier vilain capitaliste...mais les associés sont devenus des capitalistes....

P.-V. A. : « *Et donc la sortie est difficile pour leur remplacement...* »

J.-C. G. : « Oui, et parfois même, les technostructures, les cadres ont pris le pouvoir. Donc je suis très réservé si vous voulez sur la pérennité du commerce associé qui n'est pas coopératif. Alors il y a des coopératives qui ont disparu. Mais je crois que, Monsieur Payen le disait, c'est qu'avec les réserves qui sont accumulées dans les coopératives, il faut que les nouveaux coopérateurs travaillent pour l'avenir et travaillent aussi pour la reprise de leur entreprise, c'est-à-dire que plus la

coopérative est puissante, plus elle a accumulé les réserves, plus elle va pouvoir investir et développer son marché et ses marques propres et ses enseignes, et plus la pérennité sera assurée. Donc commerçant associé purement capitaliste, les exemples que j'ai en tête, mais je ne connais pas tout, sont des échecs à long terme, au bout de 30/40 ans. Le commerce associé, lui, est toujours là. »

P.-V. A. : « *Merci. Une dernière intervention avant qu'on fasse une pause ? Une question ? Un témoignage peut-être ? Non, si, merci. Et après on suspendra quelques instants nos échanges.* »

Stéphane Barrand : « Oui, ça va être rapide. Stéphane Barrand, des hôteliers SEH : Est-ce que vous pouvez un peu éclaircir la durée du contrat et la différence entre franchise et coopérative, et ce qui se pratique en général, au plus et au moins dans les coopératives ? »

P.-V. A. : « *Sur le contrat, Jean-Louis Fourgoux, sur ce qui se pratique entre franchises/coopératives, sur le plan contractuel...* »

J.-L. F. : « Je laisserai mon confrère Gueguen répondre pour la coopérative. Pour la franchise, c'est relativement simple. Sauf à prendre grand risque, la majorité des contrats de franchise sont d'une durée de 5 ans car il y a le plus souvent une clause d'exclusivité et pour bénéficier du règlement d'exemption, le dernier, 330-2010, les clauses d'exclusivité sont limitées à 5 ans. Donc voilà pour les contrats de franchise. On est, le plus souvent, dans un contrat d'une durée de 5 ans, sans tacite reconduction, au surplus. Evidemment, cela est très différent pour les coopératives. »

P.-V. A. : « *Ce n'est pas du tout le même modèle, sur la durée, pour les coopératives. Jean-Charles Gueguen...* »

J.-C. G. : « Alors pour les coopératives, je ne ferai qu'une réponse. Je sais que la Cour de cassation a validé la durée d'un contrat d'association pour une durée de 30 ans. Alors, l'explication a été donnée, mais Monsieur Parléani connaît mieux que moi la question, 30 ans cela correspond, non pas à la durée d'une

vie humaine ou aux 99 années des sociétés anonymes, mais aux 30 ans d'activité professionnelle, donc la réponse est celle-là, 30 ans, c'est acceptable ».

P.-V. A. : « *Merci. Gilbert Parléani, un mot ?* »

G. P. : « Je dirais simplement que l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui vient d'être évoqué a été présidé par Guy Canivet, dont la compétence en droit de la concurrence est incontestable. Il est un peu dommage que ses analyses aient été récemment écornées par l'Autorité de la concurrence ».

P.-V. A. : « *Merci. Dans quelques instants, nous allons donc reprendre le deuxième module avec notamment l'intervention de Gilbert Parléani sur les droits du groupement vis-à-vis du point de vente, et celle de Jean-Louis Lesquins sur la vente par internet, la vente à distance et le rapport avec un contrat dans le cadre d'un groupement également. (...)*

On reprend donc comme prévu ce deuxième module pour le premier colloque juridique de la FCA. Je vais commencer par donner la parole à Monsieur Gilbert Parléani, qui est avocat au Barreau de Paris et professeur de droit des affaires à la Sorbonne. Vous avez écrit un article dans le Journal Des Sociétés qui vous sera remis à la sortie du colloque qui s'intitule « Le groupement de commerçants a-t-il des droits sur les points de vente ? ». Vous y traitez des relations entre le groupement et ses membres, du respect de l'indépendance et de ses limites dans le réseau. Donc même exercice que vos confrères tout à l'heure, pour une vingtaine de minutes, une synthèse.

// Le groupement de commerçants a-t-il des droits sur les points de vente ?

Gilbert PARLEANI

G. P. : « J'essayerai de ne pas dire exactement la même chose que ce que j'ai écrit, en vous demandant simplement de parcourir le numéro du Journal Spécial des Sociétés qui vous sera distribué tout à l'heure. Mon intervention sera une sorte de dérivation de mon texte écrit. Je

commencerai par une introduction plus fournie que celle que j'ai proposée aux lecteurs.

Je suis de ceux qui croient que l'Histoire, juridique notamment, a des conséquences que l'on ne perçoit que très tard. Notre pays est historiquement un pays de paysans et de soldats, devenu un pays de fonctionnaires. Nos élites comprennent avec difficultés l'utilité même du commerce. Il y a une phrase qui me hérisse à chaque fois dans l'article L. 441-7 du Code de commerce que certains connaissent sans doute : on y parle des produits du fournisseur que le commerçant vend. Comme si le commerçant n'avait pas de stock ! Cette vision est typique de la mentalité française qui ignore les vertus économiques du commerce et qui persiste à les ignorer.

Tout a changé, il est vrai, au lendemain de la guerre, mais surtout dans les années 1960. A ce moment-là, il s'est passé deux choses : d'abord, le marché, qui était un marché vendeur, est devenu un marché acheteur. C'était la fin de la pénurie. Le grand commerce a commencé à naître avec Edouard Leclerc. Mais c'est en 1960 que le basculement est arrivé, avec un mouvement profond de disparition du petit commerce, et de son remplacement par des enseignes nationales, structurées, que ce soit des enseignes capitalistiques et intégrées, avec l'exemple de Carrefour, ou que ce soit des enseignes non capitalistiques et moins intégrées, que ce soit E.Leclerc ou toutes les déclinaisons de E.Leclerc. C'est ainsi que les premiers écrits juridiques sur le grand commerce et sur la franchise datent de la fin des années 1960 et du début des années 1970. Très vite, la jurisprudence et le droit positif ont posé des principes, qu'hélas, aujourd'hui, certaines autorités ont un peu oubliés. Le principe essentiel est qu'il y a des formes différentes de commerce et que chacune a le droit de pouvoir lutter à armes égales. C'est le socle des arrêts Métro³ par exemple. Le deuxième principe, c'est que lorsqu'il y a des nouveaux commerçants, une nouvelle offre ou une offre différente, celle-ci doit être accueillie sur le

³ CJCE, 25 oct. 1977, aff. n° 26/76, Métro I - CJCE, 22 oct. 1986, aff. 75/84, Métro II

marché, quelles que soient les différences d'organisation sur lesquelles elle repose. C'est, en particulier pour la franchise, la solution de l'arrêt Pronuptia⁴. Tout cela a été prolongé par l'avis, de la Commission de la concurrence, en mars 1985 qui a dit que, phrase hélas oubliée : « *Les commerçants indépendants devaient avoir les moyens de se maintenir sur le marché et qu'il fallait justement leur donner les moyens de lutter à armes égales* ». Si cela a été oublié en France, la même idée fut reprise avec force dans un arrêt qu'ignore toujours l'autorité française de concurrence : il s'agit du très important arrêt Paint Graphos⁵, de 2011. Cet arrêt est évidemment salvateur pour le mouvement coopératif, mais qui est mis de côté en France.

Il est évident que le commerce indépendant, franchisé ou coopératif, souffre de désavantages multiples, et en outre, de désavantages différents selon que l'on se place dans le commerce franchisé ou dans le commerce coopératif. Pour le commerce coopératif, ses désavantages ont été abordés tout à l'heure : absence de structure capitaliste, faiblesse quand même des liens associatifs, difficultés de créer du capital. Pour la franchise, c'est différent. La franchise est une organisation à la fois capitaliste au niveau du franchiseur, et éclatée ou relativement éclatée, au niveau des points de vente. Mais le franchiseur est le centre de profits. Il est le vecteur capitaliste, ce que n'est pas la coopérative. La coopérative repose donc sur des vertus singulières.

Je voudrais à cette occasion dire deux choses qui singularisent la coopérative par rapport à la franchise, et bien sûr par rapport aux organisations intégrées.

En premier lieu, je trouve personnellement dangereuse l'analyse qui consiste à indiquer qu'il y a un contrat de coopération à côté des liens statutaires. Cela donne une prise à une analyse contractuelle et non sociétaire de la coopérative alors que la jurisprudence de la

Cour de cassation, heureusement, rappelle que la seule source du lien coopératif réside dans les statuts. Je souhaiterais que l'on abandonne l'analyse dualiste ou dichotomique entre le lien sociétaire et le lien économique, tout simplement parce qu'elle est trompeuse..

En second lieu, il faut relever que l'esprit des équitables pionniers de Rochdale, groupement de tisserands, est toujours présent dans le monde coopératif. Le fondement du mouvement coopératif réside dans la suppression des intermédiaires. C'est ce sur quoi reposent les mouvements coopératifs de distribution encore présents sur le marché. Cela signale une différence radicale entre la franchise et la coopérative. Dans la franchise, le métier amont est tout entier entre les mains du franchiseur, et le métier aval tout entier dans les mains des franchisés. C'est le franchiseur qui achète, qui constitue son réseau, et qui est l'interface avec les fournisseurs. Dans la coopérative, les coopérateurs participent au métier amont. Ils deviennent des opérateurs sur les marchés amont. Ce qui caractérise profondément la coopérative, c'est cette absence de distinction dans le métier des coopérateurs entre l'aval et l'amont. Hélas, cela n'est pas assez expliqué, et cela n'est pas assez perçu.

Mais il faut que j'aborde le thème pour lequel on m'a fait venir à cette tribune. Je dois parler des droits de la tête de réseau. Mais je vais me laisser aller à une nouvelle digression. Je n'aime pas du tout l'appellation « tête de réseau » ou celui d' « affiliation » qu'utilisent justement les autorités de concurrence françaises. Ces mots sont choisis non pas en fonction de leur précision, mais au contraire en raison de leur imprécision. Le seul objectif de cette terminologie amalgamante, c'est justement d'amalgamer, de mettre ensemble des choses qui n'ont pas grand-chose à voir. J'ai avec regrets observé que cette terminologie amalgamante se répand. Pourtant il faut faire attention aux mots. Les mots, ce sont les instruments des juristes. A force d'utiliser des mots qui ne sont pas précis, on aboutit à des solutions où tout est mélangé. C'est ainsi que procèdent certaines autorités, et

⁴ CJUE, 28 janv. 1986, aff. n°161/84, Pronuptia

⁵ CJUE, 8 sept. 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos

ce à quoi elles s'emploient depuis l'avis 10-A-26.

A présent, je vais traiter des droits de la "tête de réseau" sur le point de vente ?

Alors, bien sûr, quand on est un mouvement organisé, je ne dis pas intégré, il faut bien mettre en place des relations entre ce qui est organisé et ce qui va être la structure d'organisation, qu'elle soit du reste franchise ou coopérative. On rencontre à ce propos les mêmes nécessités économiques.

Il faut donc rechercher ce qu'implique ce genre d'organisation.

D'abord une image. Une image commerciale est indispensable. C'est fondamental. Un commerçant aujourd'hui ne peut survivre que s'il véhicule une image. Une image, c'est une marque et une politique. Mais un réseau doit avoir un certain droit à la pérennité. Mais là on voit bien que le droit à la pérennité est un petit peu antinomique avec la revendication d'indépendance des coopérateurs. Cela se voit dans les assemblées générales des coopératives, où au fond, lorsqu'il s'agit d'imposer des règles contraignantes, vous avez toujours un mouvement de réticence, et parfois d'une opposition. C'est même parfois une opposition du législateur. L'image commune ça ne mérite pas de longs développements et il y a d'abord la marque commune. C'est essentiel. Que ce soit E.Leclerc ou Atol les opticiens, l'image, aujourd'hui, fédère le consommateur et fédère le mouvement. Une image commune, par la marque, repose sur une licence de marque ou des déclinaisons de la licence de marque. Peu importe en effet le contrat. Ce genre de contrat fait naître des droits, évidemment, des droits de contrôle, des droits de vérifier la compatibilité avec l'image véhiculée par la marque. Depuis la décision Campari⁶, on sait très bien que la licence de marque peut véhiculer des contrôles, sur la présentation, sur la qualité, sur la mise en vente...un contrôle et donc des droits parce que qu'on ne contrôle pas sans avoir le droit de contrôler. Cela conduit à des contrôles sur la

gestion, sur les comptes, sur la solvabilité, sans que cela entraîne un contrôle au sens du droit des concentrations. Ce dernier point est très important.

Ensuite, une organisation commerciale suppose une politique commerciale. Cette politique suit la détention de la marque ou l'usage de la marque. Mais une politique commerciale, c'est autre chose que l'usage de la marque. La politique commerciale commune est entre les mains du franchiseur dans la franchise, et entre les mains de la coopérative dans les coopératives. C'est d'ailleurs ce que dit l'article L. 124-1 du Code de commerce, lorsqu'il donne à la coopérative le droit de définir une politique commerciale commune. S'il y a une politique commerciale commune, il faut bien qu'il y ait des droits pour la faire respecter, et il s'agit des droits reconnus à la coopérative. Si vous faites cette politique commerciale commune, vous devez la faire comme-ci ou comme ça. Et si vous ne le faites pas comme-ci ou comme ça, vous n'êtes pas en phase avec la coopérative et vous avez un comportement qui nuit à la coopérative.

Je dirai très peu de choses sur l'assortiment commun. Cela a été évoqué tout à l'heure. Avec juste une précision : là les droits, juridiquement, ne sont pas très forts, ils sont de plus en plus forts économiquement. On a parlé tout à l'heure du référencement. Dans les mouvements purement coopératifs, le référencement n'est pas obligatoire au niveau des points de vente et il y a, a priori, une liberté d'achat au profit des coopérateurs, lesquels ne sont pas forcés d'acheter les produits référencés. C'est hélas le contraire qu'a dit l'Autorité de la concurrence dans son avis 10-A-26, parce que cette Autorité n'a pas compris l'exclusivisme coopératif. On ne peut pas faire du droit de la concurrence sans connaître le droit tout court et le droit coopératif quand on s'arroge le droit de donner des avis sur cette forme d'organisation.

Si l'assortiment commun est libre en principe, on voit bien qu'on arrive aujourd'hui à une quasi exclusivité par la force de l'image, par la force de la publicité, par la force de l'harmonisation et de l'uniformisation des

⁶ Comm. CE, 23 déc. 1977, n° 78/253/CEE, aff. IV/171, 856, 172, 117, 28.173

modes de consommation du nord au sud de la France, et bientôt du nord au sud de l'Europe. On arrive, et cela a été dit tout à l'heure, à une quasi-exclusivité, et, s'il existe encore une liberté, elle est juridique et résiduelle économiquement.

Il y a un dernier point très important. Ce sont les défaillances d'entreprises. On ne mesure pas à quel point la défaillance d'un point de vente perturbe l'image d'un réseau ou d'une marque. Le franchiseur peut surmonter la difficulté, car il peut acheter le fonds. Pour les coopératives, la loi, leur permet d'acquérir les points de vente, au moins temporairement. Ce n'est pas dans un but capitalistique. Ce n'est pas pour accumuler du profit, c'est pour éviter la disparition préjudiciable à l'image du réseau d'un point de vente, et c'est aussi pour mutualiser les pertes car c'est à ça que sert l'acquisition d'un point de vente défaillant.

J'aborderai à présent le droit à la pérennité, dans une deuxième partie.

Le droit à la pérennité, c'est évidemment quelque chose de très important. Le départ d'un coopérateur cause un préjudice à toute la coopérative. Ainsi par exemple, les entrepôts deviennent surdimensionnés et donc trop coûteux pour les coopérateurs restants, ce qui augmente leurs frais. La même chose peut se produire sur les franchises dans la mesure où des points de vente disparaissent et quittent un réseau de franchise. En ce cas, les installations ou les systèmes du franchiseur deviennent également non rentables ou surdimensionnés. Il y a trois modalités pour lutter contre l'absence de pérennité :

G. Parléani : « *On ne mesure pas à quel point la défaillance d'un point de vente perturbe l'image d'un réseau ou d'une marque* »

Il y a d'abord les périodes d'engagement coopératives avec l'arrêt du 22 février 2000, que l'avis 10-A-26 passe soigneusement sous silence avec la jurisprudence européenne. Le Président Canivet les a validées pour 30 ans. On peut discuter, mais il est vrai qu'il y a une

raison économique et de concurrence pour valider une période d'engagement longue.

Je voudrais, à cette occasion, critiquer ce qui a figuré un moment dans l'amendement Brottes : l'idée consistait à limiter cette période à une durée moyenne correspondant à la durée moyenne des investissements. C'est absurde, sauf si l'on veut affaiblir le mouvement coopératif. Absurde car si vous pouvez être maintenu dans un réseau ou demeurer dans un réseau en fonction d'une durée moyenne des investissements, soit 7 ans, cela veut dire que vous ne pouvez pas investir sur plus de 7 ans, tout simplement. Et si un réseau ne peut pas investir sur plus de 7 ans il sera mort dans 7 ans. Voilà. Aujourd'hui, un entrepôt de la grande distribution, c'est 300 millions d'euros sur 25 ans »

P.-V. A. : « *Un mot de conclusion* »

G. P. : « Je voudrai évoquer les empêchements de sortie du réseau au moyen des pactes sociaux des SAS. Tout dépend de ce qu'on fait dans les SAS dites sécurisées. Est-ce qu'on donne à la tête de réseau la possibilité d'empêcher les changements d'enseigne ou pas ? Et dans quelle mesure on lui permet de changer, de voter, de s'opposer au changement d'enseigne ? Ici, il y a vraiment le conflit entre pérennité et indépendance.

Il y a des systèmes alternatifs, qui sont plus horizontaux que verticaux. A ce propos, c'est une réflexion qui doit être conduite.

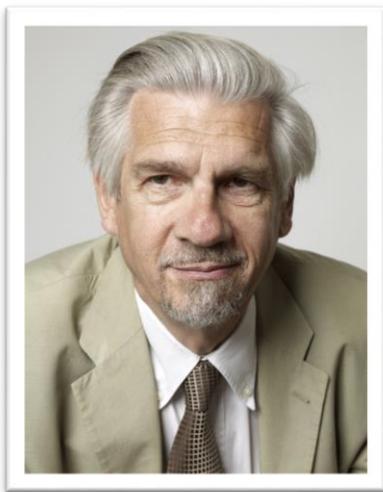
Enfin, pour terminer, tout cela aboutit-il, au contrôle, au sens du droit de la concentration ? L'Autorité de la concurrence le souhaite. Elle le dit. Certains l'ont accepté. Surtout lorsqu'ils avaient des droits de vote avec veto, comme cela a été évoqué tout à l'heure, au sein des sociétés d'exploitation. L'Autorité de la concurrence veut le voir juger pour des raisons administratives de contrôle. Parce que sa théorie amalgamante aboutit à ce qu'effectivement, tous les réseaux horizontaux ou verticaux soient soumis aux mêmes règles, ou peu ou prou aux mêmes règles, de manière à pouvoir contrôler les parts de marché entre les différents intervenants. Est-ce légitime ou n'est-ce pas légitime ? La question est ouverte.

Vous avez senti mon opinion. Elle est discutable comme toutes les opinions.

Merci. »

P.-V. A. : « Merci Gilbert Parléani. Alors on ne pourra pas malheureusement engager le dialogue avec l'Autorité de la concurrence puisqu'ils ne sont pas là présents. Mais en tout cas, le débat est ouvert. Je pense que c'est un point sur lequel reviendra également Jean-Louis Lesquins par rapport au numérique aussi. C'est votre tour de gagner le pupitre. Pour vous présenter, je dirai que vous êtes ancien élève de l'ENA, vous avez exercé pendant presque 15 ans des responsabilités au sein de la DGCCRF et vous travaillez aujourd'hui dans le cadre du Cabinet DS Avocats. Votre sujet, comme on le voit sur l'écran, concerne les droits des groupements sur la vente par internet du point de vente, du commerçant, effectivement. Là aussi, vous avez 20 minutes pour commenter votre article, après quoi nous échangerons avec celles et ceux qui ont des questions à vous poser dans la salle, à Gilbert Parléani et à vous ».

// Le commerçant membre d'un groupement pourra-t-il encore demain vendre sur internet et conserver son indépendance ?



Jean-Louis Lesquins

Jean-Louis LESQUINS

Jean-Louis Lesquins : « Merci Monsieur. On m'a demandé de traiter le thème suivant : « *Le commerçant membre d'un groupement pourra-t-il encore demain vendre sur internet et conserver son indépendance ?* ». En clair, on

m'a demandé de décliner l'équation indépendance/association à l'intérieur des groupements, dans le cas particulier, plus « opérationnel », des ventes en ligne.

Bien que cette question soit plus concrète que la plupart de celles qui ont été évoquées jusqu'à présent, on est confronté, pour la traiter, à la même difficulté que les orateurs qui m'ont précédé. Comme eux, je constate que, dans l'examen de cette question, on vient buter sur les exigences réelles ou supposées issues des règles de concurrence, qui viennent s'interposer entre la prise en considération des intérêts des groupements en tant que collectivité et les intérêts des membres pris entre particuliers.

On est confronté à l'ambiguïté, regrettable et redoutable, de la jurisprudence des autorités de concurrence, particulièrement la française, en ce qu'elles considèrent les groupements de commerçants indépendants, tantôt comme des entités homogènes placées sous le contrôle de leur tête de réseau ou de l'entité détentrice d'une enseigne commune et fonctionnant sur le marché quasiment comme des firmes, tantôt comme des structures d'ententes entre des opérateurs autonomes dont on attend qu'ils se comportent de manière totalement concurrentielle, y compris à l'égard de leurs associés. Contradiction insupportable sur le plan intellectuel mais avec laquelle malheureusement nous devons faire en pratique tous les jours.

On est aussi confronté à la difficulté qu'ont les autorités de concurrence à distinguer l'économie des groupements, leur caractère horizontal et sociétaire, et l'économie des simples réseaux de distribution sélective ou de franchise, qui sont caractérisés à juste titre comme étant des restrictions verticales.

Comme les orateurs précédents, je pense que cette cécité des autorités de concurrence est unilatéralement défavorable au commerce associé : l'ont montré un certain nombre d'épisodes, notamment la bataille parlementaire menée par l'Autorité de la concurrence pour faire interdire les droits de priorité sur les cessions de fonds de commerce à l'intérieur des groupements ou pour enserrer

contrats d'enseigne dans des limites de temps absolument exorbitantes dans le sens de la brièveté. C'est ce que vient de traiter Gilbert Parléani.

Et, comme eux, je pense que l'Autorité de la concurrence ne pourra pas encore longtemps, d'une part poursuivre l'exercice consistant à fléchir les critères de contrôle pour faire en sorte de pouvoir que tous les groupements de commerçants indépendants sont des entités contrôlées, au sens du droit des concentrations, par leur tête de réseau, et, d'autre part, persister à vouloir leur appliquer les règles relatives aux ententes et continuer à traquer, par exemple, les pratiques de prix communs, les pénalités de sortie ou les droits de priorité. Il va falloir qu'un jour ou l'autre, les autorités de concurrence choisissent entre ces deux options.

Venons-en au problème concret qui a été posé : comment les groupements de commerce associé peuvent-ils mettre en œuvre des modalités, des formes de vente en ligne ? Etant bien entendu que le commerce en ligne, les ventes en ligne, sont devenus, tout le monde en convient, même l'Autorité de la concurrence, un mode de vente à ce point essentiel que quand on fait des analyses de marché, on ne peut plus distinguer les parts de marché sur des marchés physiques et les parts de marché sur internet.

J'ai essayé de traiter la question de la vente en ligne dans le cadre du commerce associé, de manière séquentielle et logique, en posant d'abord les questions relatives à l'établissement du site de vente et au rôle respectif de la tête de réseau (coopérative, entité qui détient l'enseigne, ou entité qui accomplit les services pour le compte de la coopérative), en discutant ensuite des modalités de réalisation des ventes sur cette plateforme ou ce site. Je ne vous rappelle pas que la loi du 31 juillet 2014 vient de reconnaître officiellement comme l'une des prérogatives faites aux coopératives de commerçants détaillants l'installation, l'établissement et l'exploitation d'une plateforme de vente en ligne.

Sur toutes ces questions, je vais faire des préconisations ou poser des analyses en ne manquant pas de vous rappeler de temps en temps que ce sont les miennes et que pour l'instant, pour certaines d'entre elles, elles n'ont pas été tranchées par des avis, encore moins des décisions, de l'Autorité de la concurrence.

A propos de l'établissement du site, se posent plusieurs problèmes.

Le premier : peut-on imposer une obligation de participer ?

La vente en ligne est devenue essentielle pour l'exercice du métier de commerce. Le site de vente en ligne devient donc pour les groupements du commerce associé un élément essentiel de la politique commerciale d'enseigne. La loi l'a d'ailleurs reconnu. Participer à cette entreprise semble avoir la même portée pour un adhérent que de suivre, en général, la politique de l'enseigne, les plans de vente, les actions de fidélisation et de promotion, les standards en termes d'aménagement de magasin. Participer à la vente en ligne et au site de vente en ligne qui va être conçu par le groupement a la même portée exactement que tous ces autres engagements qui sont aujourd'hui bien consolidés dans les contrats d'association. Par conséquent, il me semble, et bien entendu sous couvert de la délibération collective du groupement, que celui-ci doit pouvoir faire de la participation à la plateforme commune de vente en ligne une obligation sociétaire et un devoir d'adhérent. J'indique ici tout de suite que le problème qui se pose à cet égard dans les groupements n'a rien à voir avec le problème qui se poserait dans un réseau de franchise ou de distribution sélective, dans laquelle le fabricant voudrait entraîner ses affiliés à venir exclusivement vendre sur une plateforme qu'il aurait créée lui-même. Parce qu'il ne s'agit pas ici de la défense de la marque d'un produit, qui peut sans doute être assurée par des moyens beaucoup moins restrictifs de concurrence, mais de l'identité commerciale du vendeur, de la présence sur le marché de l'enseigne qui a été créée en commun.

Il me semble évident que la participation des membres du groupement sous enseigne à une plateforme ouverte sous cette enseigne, participe complètement de l'adhésion à la politique commerciale commune.

Deuxième point : Certaines exceptions, certaines libertés de ne pas participer pourraient-elles être envisagées ?

On pourrait, il me semble, sous couvert de la délibération collective, envisager la liberté de ne pas participer, en faveur des adhérents qui pour des raisons déterminées et justifiées, ne s'estimeraient pas mûrs pour la vente en ligne ou qui auraient des raisons tout à fait particulières et personnelles de ne pas y trouver d'intérêt. On ne peut pas exclure que dans certains groupements, pour certains produits, la nécessité de la vente en ligne ne soit pas aussi imposante et importante qu'elle ne l'est dans d'autres. On ne peut pas exclure que certains adhérents aient effectivement du retard dans leur développement, dans leur organisation, ou ne soient pas mûrs pour la vente en ligne. Il me semble que dans ce cas, sous couvert de la délibération collective, une telle liberté de ne pas participer pourrait être instaurée.

En revanche, la question se pose de savoir si la liberté de ne pas participer à cette plateforme peut être revendiquée par un adhérent qui aurait par ailleurs, soit l'intention de créer en son nom propre son propre site, soit de venir à titre individuel opérer sur des plateformes marchandes qui regroupent des commerçants d'origines diverses. A mon sens, au bénéfice des observations que j'ai développées en commençant, il serait logique et admissible qu'on n'autorise pas un adhérent à délaisser le site commun, si c'est pour lui permettre de créer son propre site ou d'opérer à titre individuel sur une plateforme marchande. Il serait logique qu'on puisse le lui interdire. Pourquoi ? Parce que, sur ces plateformes de marché, l'enseigne et les marques de produits à l'enseigne seraient, au mieux, diluées au milieu d'autres et au pire tout simplement absentes. Ce qui semblerait totalement contraire à l'engagement sociétair vis-à-vis de l'enseigne commune et de l'investissement collectif. Si

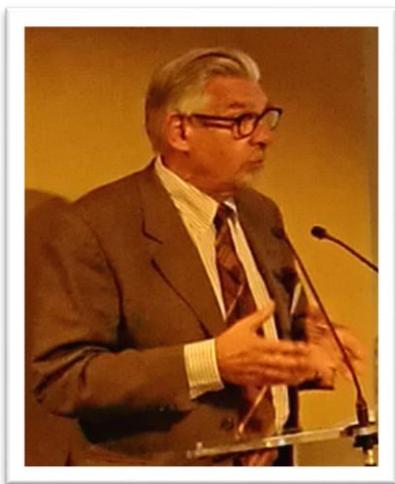
toutefois, les autorités de concurrence refusaient de valider une telle clause interdisant la participation à titre individuel à des plateformes de marché, elles devraient accepter qu'il soit possible d'imposer à l'adhérent certaines conditions indispensables à la sauvegarde de l'identité de l'enseigne, telles que l'obligation de faire figurer l'appartenance de l'adhérent au réseau et le logo de l'enseigne, la pratique des conditions générales de vente du réseau (et non celles qui seraient imposées par la plateforme), une présentation de l'offre du groupement. Mais cela ne serait qu'un pis-aller par rapport à un régime dans lequel l'adhérent viendrait exclusivement opérer ses ventes en ligne sur le réseau de la coopérative ou du groupement.

Troisième point, la contrepartie de ces obligations et de ces interdictions, me semble devoir être que l'adhérent détient un droit de participer activement à la plateforme, c'est-à-dire ne pas être simplement le mandant absent, caché ou passif, d'une vente en ligne qui serait organisée exclusivement par la tête de réseau. Je crois que le droit de participer activement, c'est le droit de figurer personnellement, d'avoir sa propre page ou son propre sous-site. C'est le droit de présenter une offre qui, certes, reprenne pour l'essentiel l'offre du groupement, mais qui ménage un espace de liberté pour une offre individuelle, et ce peut être, on le verra tout à l'heure, le droit de présenter l'offre du groupement avec ses propres prix, avec une possibilité plus ou moins étendue, à discuter, de s'écarter des prix de référence. D'une manière générale, je pense que les obligations de participer à la plateforme du réseau entraînent un droit de participer activement.

Si l'on évoque cette question, c'est parce que certains groupements pourraient être tentés d'organiser la vente en ligne de manière très simple : obtenir un mandat ou une commission de vente de la part de l'ensemble des adhérents et faire assurer toutes les ventes par la société de tête, laquelle se contenterait de redistribuer les produits de la vente. Ce mode d'organisation de la plateforme du réseau me semble devoir être discuté au regard de certains dangers qu'elle peut contenir. Sans

doute peut-elle être beaucoup plus efficace, parce que l'offre est totalement uniformisée, et les prix également ; les services proposés par le réseau sont rendus dans tous les cas, sur tout le territoire et soustraits aux convenances des adhérents. En termes d'efficacité commerciale, la gestion de la plateforme par la tête de réseau serait sans doute supérieure. Pour autant il y aurait là, de facto, une sorte d'interdiction faite aux adhérents de participer personnellement à la vente en ligne. Mais comme, par ailleurs, on leur aurait interdit de participer à la vente en ligne sous d'autres formes ou dans d'autres enceintes, on pourrait se trouver face à une entrave excessive à leur liberté d'entreprendre.

J.-L. Lesquins : « *le groupement doit pouvoir faire de la participation à la plateforme commune de vente en ligne une obligation sociétair e et un devoir d'adhérent* »



Jean-Louis Lesquins

Je conseille donc aux groupements qui auraient l'intention ou qui ont déjà mis en œuvre une structure réservant les ventes sur cette plateforme à la tête de réseau de procéder à un examen circonstancié de la situation, car si des adhérents récalcitrants devaient un jour poser ce problème à une Autorité de concurrence, le résultat de la procédure ne serait pas garanti.

Ces questions de participation, de non-participation, de libertés, d'obligations étant réglées, on peut s'interroger sur certaines questions relatives aux modalités de réalisation des ventes.

Première question : Jusqu'à quel point la liberté de l'offre de l'adhérent doit-elle être garantie ? En particulier, les services communs élaborés par le groupement doivent-ils être obligatoirement offerts par tous les adhérents présents sur le site ?

La référence me semble être ici celle qui est donnée par l'intensité des obligations de fidélité qui sont posées dans le groupement pour les ventes physiques traditionnelles. Si, par exemple, il y a une obligation de fidélité aux produits référencés, par exemple à hauteur de 60, 70, 80 % des ventes, on ne voit pas pourquoi cette règle ne s'appliquerait pas pour la vente en ligne ? De même, s'il y a un engagement de rendre des services dans le cadre d'une charte élaborée à l'échelle du groupement, ou s'il y a des obligations de vente exclusive des marques propres du groupement. Globalement, la marge entre la discipline collective et la liberté de l'adhérent sur le terrain de l'offre me semble devoir être exactement celle qui est déjà tracée, par les règles statutaires, le règlement intérieur ou les contrats d'adhésion à l'enseigne, s'agissant des magasins et des points de vente physiques.

De la même manière, l'offre de services tels que les garanties, les reprises, les services de location, le service après-vente, les services de découpe pour les matériaux de construction, l'aide au chargement, la livraison à domicile, etc., tous services qui sont traditionnellement assurés dans le cadre des magasins physiques, devraient, sauf exception, être également délivrés par tous les adhérents à l'occasion des ventes contractées en ligne.

Toutefois, sur ce point encore, il y a une inconnue sur ce que serait l'attitude des autorités de la concurrence : elles pourraient estimer que l'intensité des obligations qui sont faites dans le cadre de cette discipline collective excède le niveau de ce qui est souhaitable, selon leur idéal, pour maintenir un niveau suffisant de concurrence à l'intérieur même des réseaux.

Deuxième problème : celui de l'affectation des ventes entre les adhérents du réseau et la question des ventes réalisées en coopération. L'un des premiers problèmes qui se pose

quand on veut organiser une plateforme en ligne dans un réseau est le suivant : le prospect, l'acheteur potentiel vient sur le site du réseau. Que fait-on ? Avec qui, met-on le client en relation, puisqu'il y a une pluralité d'adhérents présents sur le site ? On lui demande d'indiquer son lieu de résidence. C'est une information qui peut être utile en effet. Face à cette information, que fait-on ? Met-on le client en relation exclusivement avec l'adhérent qui exploite le point de vente implanté à proximité de ce lieu de résidence ? Lui ouvre-t-on un choix entre cinq ou six magasins situés à proximité ? Ou lui offre-t-on l'accès à une bande déroulante de la totalité des adhérents du groupement afin qu'il choisisse librement quel est le site qu'il veut consulter et avec qui il veut être mis en relation ?

Dans le droit des réseaux de distribution, les règles de concurrence sont extrêmement précises pour distinguer ce qu'on appelle les ventes passives et les ventes actives. Les ventes actives sont les ventes qui sont sollicitées, recherchées, qui font suite à une action positive du vendeur pour obtenir leur commande. Les ventes passives sont celles qui sont déclenchées par une initiative spontanée de l'acheteur. Un principe de base du règlement d'exemption sur les restrictions verticales, c'est que, dès lors qu'il y a licence d'enseigne et, a fortiori exclusivité territoriale, il est interdit d'interdire les ventes passives. Il est interdit de permettre à un commerçant de refuser une demande spontanée au motif qu'un autre membre du réseau ou du groupement est plus proche du lieu de résidence du consommateur. Ce principe doit s'appliquer à l'intérieur des réseaux, dès lors qu'il est admis que le fait de faire une offre sur internet correspond au fait de susciter des ventes passives. Lorsque vous faites une offre sur internet, vous faites une offre *erga omnes* ouverte aux gens situés dans tous les territoires qui ont accès au site. Par le fait même de faire une offre sur internet, vous vous engagez à accepter les demandes d'achats qui vous sont faites.

Donc les ventes sur internet sont par principe des ventes passives, et seulement par exception

des ventes actives s'il y a une action de promotion dirigée particulièrement vers des catégories de clientèle ou des actions nominatives de recherche, etc. Mais cela mis à part, les ventes sur internet sont en principe des ventes passives. Et le principe général, c'est que vous ne pouvez pas interdire les ventes passives.

Donc, une plateforme de vente en ligne organisée par un groupement, doit nécessairement laisser à l'acheteur potentiel la liberté de consulter la page tenue par l'adhérent de son choix et la liberté de contracter l'achat et la vente avec l'adhérent de son choix. C'est une règle qui ne pourra pas connaître d'atténuation ou d'exception.

Pour autant, les ventes en coopération sont possibles et sont parfois nécessairement faites ; on pense par exemple aux commandes passées à distance avec une livraison par un adhérent qui serait dans une autre zone. Je pense aussi aux activités de mise en relation, par exemple aux prestations des agences immobilières, où la réalisation de la transaction exige la contrepartie d'une agence qui apporte l'offre ou d'une agence qui présente l'acheteur etc. Tout cela est possible, jusqu'au partage des recettes entre les adhérents.

Dernier point, « *last but not not least* », la question de la fixation des prix. Est-ce que la vente sur internet se prête à ou autorise la fixation de prix communs à l'échelle du réseau ? Cette question de la fixation des prix dans les réseaux du commerce associé est, vous le savez bien, extraordinairement sensible, et vous avez sur ce point l'expérience douloureuse des interventions des autorités de la concurrence. Je pense notamment aux fameuses décisions « Gitem » et autres.

Dans l'article à paraître dans le Journal Des Sociétés, j'ai essayé de lister les arguments qui pourraient venir en faveur de la pratique des prix communs dans les réseaux et ceux qui pourraient venir s'y opposer.

Je développe également l'idée que, finalement, cette question ne peut pas être posée, s'agissant des ventes en ligne, d'une manière autonome, par rapport au problème général de la fixation

des prix dans les groupements. La raison en est que, de plus en plus, la vente en ligne se fait au prix des ventes en magasin. Les stratégies de différenciation du prix de la vente en ligne et du prix en magasin ont montré leur limite, notamment parce qu'elles ont encouragé des formes de parasitage à l'intérieur des réseaux. Donc, la règle générale est maintenant que le prix sur internet c'est le prix en magasin. Le problème de la différenciation des prix entre adhérents à l'occasion de la vente en ligne ne peut guère avoir d'autre solution que celle qui sera en vigueur pour la différenciation du prix à l'occasion des ventes « physiques ». C'est une question ultra-sensible. Si les autorités de la concurrence voulaient vraiment aller au bout de la reconnaissance de l'apport du commerce associé à la concurrence, elles devraient faire des pas en avant dans le sens du bien-fondé de la pratique de prix communs au regard de l'efficacité concurrentielle des groupements. Malheureusement, je ne peux pas me porter garant qu'elles le feront effectivement. »

P.-V. A. : « *Merci. Je rappelle ce que vous avez dit en préambule. Tout ce que vous avez dit, ce sont vos avis à vous sur les points qui ont été traités et effectivement nous allons pouvoir en débattre. Merci Jean-Louis Lesquins. Je vous voyais tout à l'heure Jean-Louis Fourgoux réagir. Si vous voulez prendre le micro...* »

J.-L. F. : « J'ai noté des observations de Gilbert Parléani, son encouragement à renoncer à la dissociation statuts/contrats. Il me semble que le contrat a quand même été utilisé justement pour permettre une certaine respiration des coopératives ou une évolution plus souple. Donc, on ne peut pas reprocher qu'il y ait une forme de dissociation si cette dissociation est souhaitée et pratiquée par les coopératives. »

Gilbert Parléani : « *la double qualité, ce n'est pas deux qualités* »

G. P. : « Je sais bien tout ça. Mais je trouve, et je persiste à dire, que c'est dangereux parce que ça a été utilisé pour les autorités de concurrence pour analyser les mouvements coopératifs, non plus sur le terrain sociétaire

mais sur le terrain purement contractuel pour les rapprocher des restrictions verticales, alors que c'est juridiquement inexact et que la double qualité, ce n'est pas deux qualités. C'est vraiment la double qualité coopérative, où le coopérateur est en même temps, à la fois et indissolublement partenaire économique de sa coopérative et associé. C'est cela qui est difficile à comprendre, c'est cela qui est difficile à intégrer intellectuellement quand on a une vision très classique des rapports juridiques. C'est cela que les autorités de concurrence françaises ont beaucoup de mal à comprendre. Et la dichotomie entre le contrat de coopération et l'association ou le statut de sociétaire a été utilisée un à moment donné dans la doctrine coopérativiste comme un élément d'explication et c'est devenu, hélas, un élément qui se retourne contre le mouvement coopératif. Voilà, c'est ce que je pense. »

P.-V. A. : « *Jean-Charles Gueguen, un complément ? Et Jean-Louis Lesquins vous pourrez dire un mot après bien sûr...* »

J.-C. G. : « Je me demande si l'une des solutions ne serait pas que quelqu'un construise la notion de contrat coopératif. Alors je vois dans la salle des confrères qui ont plaidé sur la notion de contrat coopératif. Est-ce que ce ne serait pas l'une des solutions, de créer *sui generis* la notion de contrat coopératif ? A mon avis, ça éviterait beaucoup de discussions. »

P.-V. A. : « *Jean-Louis Lesquins ? ...non, Gilbert Parléani ?* »

G. P. : « Je voudrais rajouter que la Cour de cassation dit clairement quand elle en a l'occasion que la seule cause des... »

[*Dans la salle : « il n'y a plus de cause »*]

G. P. : « Les arrêts datent du temps où la cause était une notion essentielle ! Mais bon. La seule justification au contenu du contrat, c'est justement le lien statutaire et le lien d'associés. Et on a vu une conséquence de ce dérapage intellectuel dans l'avis 10-A-26 où l'Autorité de la concurrence s'emploie à multiplier les sources juridiques des rapports coopératifs justement pour montrer qu'il y a une source

contractuelle distincte et autonome de la source sociétaire. C'est tout le mouvement coopératif qui pour des raisons pédagogiques, est parti, de mon point de vue, un peu de travers et il serait temps, peut-être, de rectifier le tir pour maintenir l'unité et la spécificité du mouvement coopératif. Autrement, on tombera sur des tentatives comparables à celle de l'amendement Brottes, comme la prolongation de l'article L. 341-1 du Code de commerce. On voit aujourd'hui, un peu tard, les conséquences de cette dichotomisation entre lien statutaire et lien prétendument contractuel distinct du lien statutaire.

Alors, il est vrai que dans les coopératives agricoles, la question est encore plus ambiguë compte tenu des statuts-types. Mais ça, c'est une autre question ».

J.-L. L. : « Je pense que Jean-Louis Fourgoux et Gilbert ont raison tous les deux. Jean-Louis a raison de dire que le fait de formaliser certains engagements sous forme de contrats commerciaux apporte une respiration à la coopérative car ils permettent de fixer des échéances différentes. Cela permet de moduler certains engagements ou de « mettre à la carte » certains engagements qui ne sont pas substantiels ou essentiels à la participation à la coopérative, par exemple le fait de participer à certaines œuvres collectives et pas nécessairement à toutes. Donc il peut y avoir un élément de respiration. Cet élément de respiration, certaines coopératives l'ont trouvé en se créant des filiales, sociétés de droit commercial, les adhérents entrant en relation contractuelle avec cette filiale et non pas avec la coopérative directement. Cela pouvant aller, jusqu'à y compris, la licence d'enseigne. Maintenant, je suis entièrement d'accord avec le constat de Gilbert Parléani. L'Autorité de la concurrence s'est précipitée sur le fait que, formellement, quant à l'apparence, il y avait effectivement des relations purement contractuelles entre la coopérative et ses associés, elle les a considérés comme des contrats commerciaux tout à fait banals et comme des restrictions verticales, et elle leur a fait une application aveugle du droit des ententes. Ce que voyant, le problème peut se poser en effet : est-ce qu'on n'aurait pas, d'une

manière ou d'une autre, intérêt à effacer la différence entre le sociétal et le contractuel ? On peut le faire, et d'ailleurs certains groupements ont cherché à le faire de plusieurs manières. On peut réabsorber dans la coopérative les fonctions de la filiale, y compris si cela peut conduire à se priver de certains avantages que pouvait apporter la filiale notamment la participation d'actionnaires autres et non issus du monde commerçant. Donc faire réabsorber la filiale dans la coopérative et faire remonter à l'intérieur de la coopérative les engagements contractuels, les faire remonter dans les engagements sociétaux. Et on le voit très bien avec l'amendement législatif sur les contrats : la dérogation qui a *in fine* été obtenue sur les contrats d'association permet de redonner la souplesse dans le temps que l'on veut donner à des engagements purement contractuels dès lors qu'on en fait des éléments de statut ou de règlement intérieur. Mais ce n'est qu'un pis-aller, un moyen de défense dans la situation délétère qui a été créée par la tentative des autorités de concurrence de réguler la durée même des contrats d'association. »

P.-V. A. : « *Didier Papaz va nous rejoindre pour illustrer, avec son exemple, beaucoup de choses qui ont été dites depuis ce matin. Vous êtes Président - Directeur général d'OPTIC 200. Si vous voulez bien prendre le siège qui est au bout. Tout à l'heure, je l'ai annoncé en début de colloque, nous sommes inscrits totalement dans l'actualité puisque la cour d'appel de Paris a rendu le 6 septembre dernier son arrêt sur une affaire qui durait depuis quelques temps déjà. Vous allez nous la raconter. Je précise que vous êtes venu avec Maître Jean-Christophe Bouchard qui est ici également et qui pourra compléter sur un plan technique des réponses ou des interrogations sur cette affaire. Est-ce que vous voulez nous raconter, parce que pour moi, c'est complètement dans tout ce qu'on a dit depuis ce matin. Tous les sujets sont dans l'arrêt.* »



Didier Papaz

Didier Papaz : « Bonjour à tous. Effectivement, tous les sujets...on en débattait un petit peu, parfois on a fait du bruit ensemble parce qu'on est au cœur de ces sujets-là. Je suis venu avec toute mon équipe qui a travaillé sur ce contentieux juridique.

Alors, je vais juste vous camper un peu le décor pour qu'on comprenne bien de quoi il s'agit.

Nous avons été victimes de ce que j'appelle une attaque, une attaque juridique de la part d'un concurrent. Vous savez que dans le commerce, tout n'est pas toujours rose, ce n'est pas le monde des bisounours. Et donc, un de nos concurrents, Optical Center pour ne pas le citer, avait, de par le passé, une réputation assez sulfureuse dans le milieu de l'optique et avait eu un certain nombre de condamnations, à la fois en matière pénale sur un certain nombre de sujets, de fraude, bon. En fait, il avait un parcours judiciaire déjà bien rempli. Et de manière à retourner la situation, il s'est dit, moi je suis considéré comme un affreux jojo dans le milieu de l'optique et du coup je vais renverser la balance, et je vais démontrer que tous mes concurrents sont aussi des affreux jojo comme moi donc je vais les attaquer en concurrence déloyale sur des pratiques qui sont...alors je vais vous les expliquer très rapidement. Quand vous achetez des lunettes, vous avez votre mutuelle qui vous rembourse à la fois la monture et les verres, mais les remboursements sont différents entre ce que vous pouvez toucher sur votre monture

et vos verres. Un certain nombre de nos collègues était amené parfois à faire ce qu'on appelait parfois de l'optimisation de facture, de basculer (en général les verres sont mieux remboursés que les montures) un peu du prix de la monture sur les verres pour optimiser le remboursement. Au final le montant était bien le même pour le consommateur mais il y avait une bascule entre les verres et les montures.

Donc c'était une pratique contre laquelle beaucoup de réseaux ont lutté. Cela fait partie de notre travail d'expliquer à nos adhérents que ce n'était pas bien, qu'il ne fallait pas le faire et on a mis pour ça un certain nombre de processus. On a notamment, et c'était très lourd, imposé un logiciel intégré interdisant le fait de pouvoir changer les prix. A partir du moment où les opticiens ne pouvaient plus changer les prix, puisqu'en fait les prix étaient tarifés automatiquement, un processus assez compliqué, et bien là ils étaient bloqués et ne pouvaient plus faire ces pratiques. Et d'autre part, on leur a fait signer des chartes éthiques pour faire valoir le fait qu'ils se comportent bien. Donc on a fait ça depuis une dizaine d'années.

Alors, notre concurrence nous attaquait de la façon suivante : il a pris une société de clients mystère et les a envoyés pendant 5 ans dans les points de vente. Sur 5 ans, il a réussi à avoir une quinzaine de témoignages de clients mystère qui disaient la chose suivante : « Je suis allé dans un magasin d'optique. Je me suis fait faire un devis pour des lunettes et puis finalement j'ai bien commandé les lunettes, et vous voyez, la facture que l'on m'a produite est différente de mon devis. L'opticien a donc bien optimisé la facture. » Donc c'était sur ces faits-là, fort de ces 15 attestations, qu'Optical Center est allé au tribunal de commerce de Paris et nous a demandé la coquette somme de 30 millions d'euros de dommages et intérêts, sachant qu'il a considéré qu'à partir du moment où il y avait 15 attestations sur 4 ans, sur 1200 magasins, il y avait un raisonnement par récurrence qui conduisait à ce qu'automatiquement tous les opticiens Optic 2000 du réseau fassent à peu près 100 % de leur chiffre d'affaires en facturation de complaisance.

P.-V. A. : « On en revient au lien d'interdépendance entre point de vente et groupement... »

D.P. : « Tout à fait. Alors bien sûr au Tribunal de commerce, nous avons plaidé le fait que la tête de réseau ne pouvait pas être tenue responsable des actes de ses coopérateurs et que ces coopérateurs étaient donc des commerçants indépendants et qu'au regard de la loi, nous n'étions, nous tête de réseau, responsables en rien de tout cela, d'autant plus que notre réseau Optic 2000, notre coopérative, ne possède pas le moindre magasin et n'a même pas une action dans un magasin Optic 2000 du réseau. Donc il y a bien indépendance complète. Alors, pour que le tableau soit encore plus large possible, non seulement notre concurrent a attaqué Optic 2000 mais il est allé regarder l'organigramme du groupe et a attaqué nos filiales, puisque nous avons, au sein du groupe, à la fois une coopérative qui est à la tête, mais aussi, on en a parlé tout à l'heure, quelques filiales. On a une trentaine de succursales dans une filiale. On a une franchise, Lissac, qui est aussi sous forme de succursale. Et pour servir tout ce monde-là on a un GIE qui s'occupe du back office. Donc il a attaqué tout le monde. Il a pris l'ensemble des sociétés, il les a attaquées en concurrence déloyale. Et donc, deux sociétés se sont retrouvées finalement condamnées : Gadol Optic 2000, la franchise a été mise hors de cause, le juge ayant considéré qu'une franchise ne pouvait pas être tenue responsable des actes de ses franchisés, le GIE a été mis hors de cause mais encore heureux parce qu'il n'avait rien à voir là-dedans, par contre Gadol Optic 2000 qui est une coopérative, c'est là où ce jugement est absurde, le juge a considéré qu'il était responsable des actes de ses coopérateurs. Alors là où on avait dédouané la franchise, la coopérative, elle, s'est retrouvée dans la nasse et nos succursales aussi. Résultat, nous avons été condamnés à verser 30 millions d'euros avec exécution provisoire.

P.-V. A. : « La condamnation a été prononcée pour les 30 millions d'euros et c'est là que vous avez fait appel... »

D. P. : « Voilà. 30 millions d'euros mis en exécution provisoire, vous imaginez dans quel état nous étions. C'est-à-dire, demain l'huissier vient et nous bloque les comptes en banque, nous pique l'argent des ristournes chez les fabricants. Cela devait être le 23 décembre, c'est une date sympathique. On a passé, c'est vrai, une période de Noël assez redoutable. On a créé une équipe, c'est toujours ce qu'il faut faire, pour pouvoir gérer cette problématique. Et puis des pools d'avocats, et puis on s'est mis en sauvegarde. C'est ce qui nous a permis de faire en sorte que les 30 millions soient gelés en attendant de faire appel. Et on a eu ce jugement d'appel. Ce jugement de la cour d'appel de Paris, déjà, nous a dédouané complètement, nous a mis complètement hors de cause, a mis complètement hors de cause l'intégralité des structures. Et il est dit d'ailleurs dans le jugement, mais ça Maître Bouchard y reviendra, que les attestations qui ont été fournies par les soi-disant clients mystère, donc c'était à peu près 85 % des attestations, dans ces attestations le client mystère avait omis une chose. Il avait omis de raconter qu'en fait effectivement il avait eu un premier devis chez l'opticien, mais il avait omis de raconter qu'il était revenu chez l'opticien pour faire un deuxième devis, que ce deuxième devis il l'avait accepté, il l'avait donc signé. Le premier ne l'était pas. Le deuxième avait été signé et accepté. Et que donc, l'équipement fourni correspondait bien à ce deuxième devis, et la facture aussi, qui était bien commandé par le client, et donc tout était parfaitement régulier. Donc on est vraiment sur quelque chose qui va très loin, parce que c'est pratiquement de la fraude au jugement si on veut bien regarder.

P.-V. A. : « Alors, Didier Papaz, l'issue est heureuse, mais quand même, l'image du réseau finalement, a été un petit peu écornée pendant toute la période transitoire entre le premier jugement et l'arrêt de la Cour d'appel ? »

D. P. : « Heureusement, nous avons réussi à limiter les dégâts. Mais vous imaginez qu'à partir du moment où cette condamnation à 30 millions était connue dans la presse, on a eu

deux jours où on fait le journal télévisé, on a fait un peu de presse nationale... »

P.-V. A. : « *Affolement des fournisseurs ?* »

D. P. : « Affolement de tout le monde, les banquiers, les fournisseurs, et puis c'est surtout la mise en sauvegarde de l'entreprise. Parce que la mise en sauvegarde d'une entreprise, ce n'est pas un geste complètement anodin. Bien que cela soit assez peu connu, la sauvegarde, en France. Et donc gestion à la fois des fournisseurs à rassurer, des banquiers à rassurer et du réseau à rassurer. Donc ça fait beaucoup de monde à rassurer. Quand vous avez 1200 magasins dans le réseau, vous imaginez les deux mois qu'on a pu passer, à rencontrer tout le monde, à expliquer, à faire en sorte que la confiance soit toujours là. C'est très déstabilisant. »

P.-V. A. : « *On va passer le micro à Jean-Christophe Bouchard. Est-ce que vous avez eu l'impression, en travaillant sur le dossier, d'apprendre au juge la différence entre le mouvement coopératif, tout ce qui est franchise, type de commerce indépendant et autres... Vous avez eu un rôle pédagogique ?* »

Jean-Christophe Bouchard : « Non, pas du tout. Je suis désolé de ne pas critiquer les juges. On peut critiquer ce jugement du tribunal de commerce de Paris. On pourrait dire beaucoup de choses sur ce jugement, sur son incohérence, sur le fait, que là, au niveau de la première instance, il y avait une certaine confusion entre la notion de franchise et la notion de commerce coopératif, dans l'esprit du juge. On le voyait bien. Le juge du tribunal de commerce de Paris parlait de « ses » magasins, pour Optic 2000 « ses » magasins, comme si Optic 2000 possédait les 1200 points de vente qui sont des commerçants indépendants. Donc, oui, en première instance, il y avait une certaine confusion. Devant la Cour d'appel pas du tout et c'est rassurant. Si vous voulez, si on peut mettre un peu en perspective cet arrêt, on peut expliquer peut-être ce qui s'est passé, expliquer le lien avec la jurisprudence antérieure, comment cet arrêt s'y inscrit, et puis peut-être les perspectives, très rapidement.

D'abord, ce que dit le juge c'est la même chose que ce qu'il a déjà dit le 20 septembre 2012 dans l'arrêt Afflelou, sauf que dans l'arrêt Afflelou, Afflelou a été condamné. La cour d'appel de Paris a condamné Afflelou au profit d'Optical Center en disant que des cas de fraude dans des magasins étaient répréhensibles pour la tête de réseau, et a condamné Afflelou à payer des dommages-intérêts pour concurrence déloyale à Optical Center.

Mais pourquoi ? Parce que la cour d'appel de Paris avait relevé que les comportements répréhensibles des magasins n'avaient pas donné lieu, de la part de la tête de réseau - certes on était dans un cas de franchise on va y revenir mais cela ne change pas grand-chose de ce point de vue-là - il y avait des mesures

Jean-Christophe Bouchard : « *Le juge qui est en face de nous était extrêmement compétent en matière de commerce associé* »

d'information mises en place par Afflelou. Afflelou informait les membres de son réseau de l'existence de pratiques frauduleuses et les incitait évidemment à ne pas commettre ces pratiques frauduleuses, mais en revanche, Afflelou n'avait pas mis en œuvre, de mesures de prévention ni de sanctions. Et donc Afflelou a été condamné.

C'est pour ça que quand j'ai plaidé devant la cour d'appel, j'ai demandé l'application de la jurisprudence Afflelou. Et c'est toujours plus facile pour un avocat de demander à un juge de juger ce qu'il a déjà jugé, que de juger autre chose. On a simplement dit, voilà : « *vous avez jugé qu'il devait y avoir information, prévention et sanction. Chez Afflelou, il n'y avait que l'information* ». Chez Optic 2000, comme l'a expliqué Monsieur Didier Papaz, il y avait un logiciel destiné à lutter contre la fraude qui empêchait justement les bascules entre verres et monture, il y avait des magasins qui avaient été exclus du réseau parce qu'ils avaient refusé d'implanter ce logiciel, il y avait à la fois l'information, la prévention et la

sanction. C'est ce que nous avons plaidé, c'est ce qui a été relevé très précisément par la cour d'appel. Donc c'est un élément qui est à mettre en lien avec l'arrêt Afflelou parce que, que vous soyez dans un système de franchise ou de coopérative, il est très clair que la cour d'appel de Paris en tout cas, et ce n'est pas une petite cour d'appel, et le magistrat que nous avons eu en face de nous, le Président, était quelqu'un d'extrêmement compétent au contraire de ce qu'on pourrait imaginer peut-être parfois. Le juge qui est en face de nous était extrêmement compétent en matière de commerce associé, il posait des questions très pertinentes, il a parfaitement compris ce qui s'est passé, et dans la tête de la cour d'appel de Paris, vous êtes tête de réseau vous devez, c'est le pendant négatif de cet arrêt, vous devez quand même veiller à ce que les comportements répréhensibles de vos commerçants indépendants fassent l'objet de votre part de mesures d'information, de prévention et de sanction.

Là où c'est inquiétant, bien sûr on a gagné, on a gagné parce qu'Optic 2000 et Lissac sont des enseignes vertueuses, d'ailleurs il y a énormément de communication autour de cela, ce sont des enseignes vertueuses et donc il y avait cette information, cette prévention, cette sanction. Mais la question qui se pose maintenant est : quels sont les comportements répréhensibles des commerçants indépendants qui doivent donner lieu à une surveillance ? Surveillance des têtes de réseau, pour informer, pour prévenir et pour sanctionner...quels sont les moyens qui doivent être mis en œuvre ? Est-ce qu'il faut que cela reste raisonnable ? Parce que si cela ne reste pas raisonnable, ça va devenir horriblement compliqué, ingérable, extrêmement coûteux et surtout très intrusif puisque bien évidemment la tête de réseau ne doit pas s'immiscer dans la gestion des commerçants indépendants qui d'ailleurs ne le souhaitent pas. Donc en filigrane, vous avez quand même toute cette réflexion, qui reste à construire pour les commerçants indépendants ».

P.-V. A. : « Merci pour ces précisions, est-ce qu'il y a un commentaire de l'un d'entre vous sur ce qu'on vient d'entendre, sur le jugement,

l'interdépendance, etc. ? Alors vous restez avec nous Monsieur Papaz, si des questions vous sont posées...Alors maintenant, je vais faire circuler le micro dans la salle, on peut revenir sur les différents points qui ont été abordés. Comme tout à l'heure des questions, des témoignages, ce que vous souhaitez...Je vois une main qui se lève... »

Dominique Bascher : « Dominique Bascher, Avocat à Paris. Je voudrais faire deux observations sur ce qui a été dit ce matin. La première observation concerne les décisions de l'Autorité de la concurrence. Moi personnellement, je pense qu'il faut les relativiser. En effet, dans un certain nombre de domaines, on voit que des cours d'appel, et la Cour de cassation ont contesté, ont informé ces décisions. Je prends un exemple précis : vous avez un certain nombre d'avis et de décisions de l'Autorité de la concurrence qui ont jugé non valables, qui sont défavorables, au droit de préemption des têtes de réseau, met-on des franchiseurs, en cas de cession du fonds de commerce de leurs franchisés. Bon, il y a un certain nombre d'avis et de décisions, et à l'heure actuelle, la plupart des cours d'appel et la Cour de cassation, sont favorables à ces clauses de préemption. Donc, tout cela pour dire qu'il faut relativiser ces décisions de l'Autorité de la concurrence. Certes, il y a des décisions qui ont parfois fait très mal, qui ont condamné des entreprises à condamner des amendes colossales mais il faut quand même relativiser ces décisions de l'Autorité de la concurrence.

Deuxième et dernière observation que je voudrais faire, on a parlé en filigrane ce matin, sur la nécessité ou non de légiférer sur la définition du commerce associé, et notamment lui fixer un cadre juridique. Personnellement, j'y suis totalement défavorable. Pourquoi ? Parce que ce serait enfermer la liberté des parties dans un carcan et les têtes de réseaux, les franchiseurs, franchisés ou le commerce associé n'en sortiraient pas grandis. Je pense qu'à l'heure actuelle depuis quelque temps, on a eu notamment la loi Macron qui a réglementé les clauses de non-affiliation post-contractuelles, la loi El Khomri qui a imposé, on attend les décrets d'application, la mise en

place de l'instance de dialogue dans les réseaux de franchise ; donc tout cela va poser un certain nombre de problèmes. Une observation en ce qui concerne la méconnaissance du législateur sur la franchise : je suis tout à fait d'accord, plus particulièrement sur le commerce associé. On a vu dans la loi El Khomri, sur la mise en place de l'instance de dialogue dans les réseaux de franchise ; il y a notamment une perle que je voudrais citer. En effet, on parle dans le texte, dans l'article, de la référence à la franchise « tel que mentionné à l'article L. 330-3 du Code commerce », qui est la loi Doubin. Si vous prenez cet article, il n'est aucunement fait référence à la franchise. Là aussi, c'est pour illustrer l'ignorance du législateur, des pouvoirs publics en général, sur le commerce associé. Donc pourquoi je suis défavorable d'une façon générale et je pense qu'il faut militer ensemble, c'est qu'à l'heure actuelle, dans le code, vous avez des textes qui sont suffisants. Vous avez la loi Doubin, vous avez les textes sur la rupture brutale des relations commerciales, vous avez les textes sur le déséquilibre significatif, s'il y a un déséquilibre significatif entre la tête de réseau et les franchisés donc laissons-les vivre tranquillement. Et de toute façon, s'il y a des abus de réseaux, les tribunaux sont là pour les sanctionner. »

P.-V. A. : « Merci. On revient sur le premier point qu'a évoqué Monsieur. Peut-être que quelqu'un d'entre vous souhaite intervenir sur les avis de l'Autorité de la concurrence par exemple. »

J.-L. F. : « Oui, confrère, vous avez raison. J'apporterais juste une petite précision. Souvent, par commodité de langage, on parle de « décisions » de l'Autorité de la concurrence. Nous ne sommes pas dans des situations de décisions. Nous sommes dans des situations où l'Autorité de la concurrence a fait œuvre militante et a rendu des « avis ». Ce sont des avis qui, jusqu'à il n'y a pas très longtemps, depuis la décision Numéricable, ne pouvaient pas faire l'objet de recours devant le Conseil d'Etat. Donc on parle de « droit mou ». Oui, ça n'empêche pas les juridictions, les cours d'appel qui sont toutes sérieuses et la

Cour de cassation à l'occasion, de s'en éloigner, mais le plus souvent de s'inspirer de ces avis. Et donc, ce droit mou n'est pas à négliger. Il faut pouvoir plaider, défendre et contester ces avis. Maintenant je sais que certains s'y emploient régulièrement, il faut pouvoir contester ces avis ; on peut introduire des procédures désormais devant le Conseil d'Etat, mais c'est une bataille. Je vous signale que le Président Lasserre qui vient de quitter l'Autorité pour revenir au Conseil d'Etat, regrettaient ces recours qui pourraient conduire à une auto censure de l'Autorité....

« Le micro circule...Monsieur... »

Jean-François Tessler : « Jean-François Tessler, Avocat...Ne soyons pas trop durs à l'égard de l'Autorité de la concurrence. Sa tâche n'était pas facile. Elle a accompli un travail qui est considérable. Il y a des choses passionnantes dans l'avis de 2010 malgré tout. Ne perdons pas de vue que, Gilbert Parléani l'a signalé, on construit d'abord très mal le Droit en France depuis des décennies, bon. On a construit une Autorité de la concurrence qui est en fait un organe à la fois consultatif et à la fois un organe juridictionnel, avec toutes les contradictions que cela peut poser, et qui est composé malgré tout majoritairement d'économistes. Et quand il y a des juristes ce sont souvent des juristes de droit public et pas des juristes de droit privé ce qui est présente quand même des inconvénients majeurs, notamment quand il doit y avoir une réflexion contractuelle. C'est le cas dans tout ce qui a été discuté, notamment ce matin. Ceci pour dire quoi, ceci pour dire que le droit des réseaux est à construire en réalité, et le droit coopératif encore plus. Je rejoins tout à fait mon ami Jean-Louis Fourgoux ou Jean-Charles Gueguen quand il dit qu'il faut qu'il y ait une véritable réflexion doctrinale maintenant en matière coopérative. La définition de ce que doit être le contrat de coopérative, de ce que peut être le contrat de coopérative. Tout ça est à faire, tout ça est à construire. Tant mieux, c'est pour les générations futures, ça va ne pas se faire en 24 h mais il faut vraiment se mettre autour de la table. On a échappé à un premier truc bizarroïde qui était la loi Lefebvre, on a échappé à un deuxième truc bizarroïde qui était

la loi Macron. Le péril reste imminent. Et je crois qu'il appartient à la société civile, aux juristes, je suis très heureux de le dire dans le cadre de ce premier colloque juridique de la FCA, sans doute à la FCA de forger sa doctrine, d'imposer ses vues. Si c'est bien fait, si c'est cohérent, et bien l'Autorité de la concurrence, n'en doutons pas, comme les juridictions judiciaires, sauront lire les choses, sauront apprécier les choses. Ce sera très constructif et très positif.

La deuxième chose, c'est que je voudrais juste vous dire, on a beaucoup parlé de l'amendement de Brottes, irruption effectivement dans le débat parlementaire de ce texte incongru et qui mélangeait totalement ce qui pouvait être du domaine du droit coopératif ou du droit de la franchise, autour de cette notion d'indépendant, à partir de cet avis de 2010 de l'Autorité de la concurrence. J'observe simplement une chose très matérielle, très basique. Si vous consultez la liste des lobbyistes auprès de l'Assemblée nationale, vous constaterez que le groupe Carrefour dispose de deux lobbyistes, un pour son activité immobilière, l'autre pour son activité de distribution *stricto sensu*. Vous constaterez que le groupe Casino dispose d'un lobbyiste permanent à l'Assemblée nationale. Je n'ai pas vu qu'aucun groupement coopératif ne dispose d'un lobbyiste à l'Assemblée nationale qui puisse progressivement faire le travail de démagogie auprès des députés, qui manifestement s'impose pour que le législateur nous écoute. Voilà ce que je voulais dire. »

P.-V. A. : « *Merci. Jean-Charles Gueguen, je voudrais revenir sur un point qui vient d'être abordé mais qui est aussi un point de Jean-Louis Lesquins a mis en évidence, notamment sur le terme des contraintes que peut imposer un groupement par rapport à ses points de vente, vous qui avez plus de 40 ans d'expérience en la matière, dans le commerce coopératif. Est-ce que, et je reviens à ce qu'a dit Jean-Louis Lesquins, par exemple dans le cadre de la mise en place d'un site internet du groupement vis-à-vis des sites internet éventuellement des commerçants indépendants, est-ce qu'on peut, est-ce qu'on pourra imposer*

par exemple que la participation à l'un est obligatoire pour pouvoir créer le deuxième ? »

J.-C. G. : « Sur la réserve de l'augmentation des engagements, l'un des problèmes, et c'est pour ça que Maître Tessler parlait de contrat coopératif, je suis en phase avec lui. Il faut construire une notion, aux professeurs de droit de le faire, il faut construire le contrat coopératif. Parce que lorsque vous dites « imposer » si ça n'a pas été prévu, ce n'est pas possible. Il y a 30 ans, on n'a pas été inscrire dans les statuts de la coopérative que celle-ci pouvait faire du commerce en ligne. On l'ignorait, on ne savait pas que cela existait. La loi est venue le préciser. Est-ce que l'imposer aujourd'hui aux associés ce n'est pas une augmentation de leurs engagements ou une diminution de leurs droits ? C'est la tarte à la crème. »

P.-V. A. : « *Gilbert Parléani...* »

G. P. : « Oui, Jean-Charles Gueguen, vous avez raison de dire que la frontière entre diminution des droits et augmentation des engagements est une question extrêmement délicate en droit des sociétés et que l'obligation de participer à une activité complémentaire pourrait bien être constitutive d'une augmentation des engagements ou, en tout cas, prêterait à un conflit le cas échéant judiciaire qui parasiterait toute l'architecture de la mise en place de la distribution en ligne. Alors, dans ce cadre-là, et là je rebondis sur ce qu'on avait dit au début de la matinée, une solution intermédiaire peut-être de créer, à côté de la coopérative, une structure tierce, à esprit coopératif, que ce soit sociétaire ou GIE qui ne regrouperait que les volontaires à cette opération, voilà. »

P.-V. A. : « *C'est ce qui a été fait dans plusieurs réseaux. Donc ce qui veut dire qu'à côté du mot « interdépendance » on a aussi le mot de vraie « réciprocité » ?* »

G. P. : « Réciprocité... je ne sais pas... »

P.-V. A. : « *Donnant-donnant.* »

G. P. : « C'est-à-dire que l'indépendance des points de vente a pour conséquence qu'il est toujours difficile de les faire participer à une

opération durable, commune et structurée. Autant, des promotions ou des choses comme ça on voit bien que c'est dans les prévisions du reste de l'article L. 124-1. Mais participer à quelque chose qui a besoin d'une structure permanente, d'une organisation, et d'obliger tout le monde à y participer, pose les problèmes que Jean-Charles Gueguen soulevaient. Et s'il y a unanimité c'est très bien, mais dans un mouvement de franchise ou de coopérative, l'unanimité est évidemment toujours difficile à atteindre. Cela a été évoqué tout à l'heure. Certains ne sont pas prêts, d'autres n'y voient pas l'intérêt...entre quelqu'un qui a un magasin en région parisienne et un autre qui en a un dans l'Aveyron, les préoccupations ne sont pas du tout les mêmes, la clientèle n'est pas du tout la même. Et donc, il peut y avoir des divergences objectives. »

P.-V. A. : « Didier Papaz, cela se passe comment en deux mots chez Optic 2000 entre les adhérents à la coopérative et les différentes filiales ? Les obligations, les droits et devoirs de chacun ? »

D. P. : « Ecoutez, cela se passe heureusement bien. Ce que les coopérateurs aujourd'hui ont compris c'est qu'il était nécessaire d'aller chercher sur d'autres activités les moyens de renforcer les fonds propres de l'entreprise. Et je dois dire que ce que l'on a vécu là depuis un an et demi nous a permis aussi de justifier le fait d'avoir...Si on a réussi à s'en sortir c'est aussi parce qu'on avait 30 millions de fonds propres au sein de la coopérative et pendant des années on a constitué ce petit trésor de guerre, qui n'est pas facile à faire dans une coopérative parce que les coopérateurs ne comprennent pas forcément pourquoi on ne redistribue pas l'intégralité des excédents quand la coopérative affiche des bénéfices, ils ne comprennent pas l'intérêt d'avoir des bénéfices, parce que, comme ça a été dit tout à l'heure, l'objectif d'une coopérative n'est pas de gagner de l'argent en soi mais de se constituer quand même des fonds propres. Et là, aujourd'hui, le fait d'avoir des filiales comme on peut l'avoir sous forme de franchises - on est aussi sur l'audioprothèse - permet de rapporter quand même des royalties

qui profitent à l'intégralité du groupe. Et cela, ils le comprennent bien, sur les activités connexes. Maintenant, j'apprends un certain nombre de choses et j'avais juste une petite question à poser aussi. A partir du moment où on régit sa coopérative par des assemblées générales extraordinaires pour modifier les statuts, moi, ce qui me fait un petit peu peur, c'est cette notion d'engagements. C'est-à-dire : à partir de quel moment le fait d'imposer quelque chose de nouveau à un coopérateur, et c'est vrai qu'on le fait régulièrement, parce que le commerce évolue, la vie évolue, et que globalement on a en face de nous des concurrents dans des réseaux qui sont organisés, qui sont capables d'appliquer des choses très rapidement. Donc nous, on se sert à la fois de l'outil de l'assemblée générale extraordinaire pour les statuts et on modifie en même temps le règlement d'utilisation de la marque. Donc moi je pose la question : est-ce que j'ai le droit de faire tout ça ? »

P.-V. A. : « Qui veut répondre ? Est-ce que la réponse existe ? Jean-Charles Gueguen, en quelques mots... »

J.-C. G. : « La réponse est très complexe. Je vais essayer de vous faire une synthèse si vous le voulez. Pour ne pas répondre à votre question, je vais vous donner une solution. Ce que vous voulez mettre en place de nouveau, pour l'avenir, vous ne le faites que pour les nouveaux associés. C'est la solution. »

P.-V. A. : « Alors c'est une piste de solution. Didier Papaz, est-ce que vous vous seriez pour une législation spécifique, la construction d'un droit des coopératives complet ? »

D. P. : « Je dirais que si ça peut me permettre d'avoir des positions claires et précises, et surtout d'éviter d'être dans l'illégalité, ou avoir cette épée de Damoclès qu'on a en permanence, sur tous les sujets. On a un site internet, on se rend compte que si on pratique les mêmes tarifs, on peut être en entente. On se rend compte qu'on ne peut pas forcément l'imposer à tout le monde, alors que c'est nécessaire et que tout le monde le fait. Donc on a aussi le fait que, si demain un associé tue sa femme parce qu'elle a un amant, ou le fait de

ne pas lui avoir dit « *ce n'est pas bien de tuer ta femme* », est-ce que finalement je suis responsable en tant que tête de réseau ? Enfin, cela va quand même très très loin ce genre de choses et cela crée une certaine inquiétude. »

P.-V. A. : « *Merci, on va prendre une dernière question. Qui souhaite avoir le micro ? Merci...par rapport à l'heure qui avance, vous serez donc le dernier à parler.* »

Quelqu'un dans la salle : « Je vais être très rapide. Je vais être dans le prolongement des propos de Monsieur Papaz et surtout de Monsieur Lesquins. Pour reprendre les exemples, pour quelqu'un qui refuse un tarif qui lui serait imposé, ou pour quelqu'un qui ne comprend pas pourquoi le commerce se ferait par internet alors que les clients sont à proximité de son magasin, est-ce que vous avez déjà eu connaissance de plaintes d'adhérents, de membres, et quel serait l'avis du droit mou, des autorités de la concurrence par rapport à ces plaintes ? Moi, je partage tout à fait les sentiments de Monsieur Papaz, on est sans cesse en train de se poser la question, et très sincèrement, pour vous répondre aussi, le levier du Conseil d'administration et de l'AGE on ne peut pas faire ça toutes les 4 minutes, surtout dire aux nouveaux vous allez appliquer les règles et aux anciens les anciennes, c'est ingérable. Très clairement, pratico pratique, c'est ingérable dans la vie de tous les jours. Voilà, donc si vous avez quelques exemples de plaintes et surtout l'avis de l'Autorité de la concurrence, ça m'intéresse. »

J.-C. G. : « Je n'ai aucun exemple de plainte. En revanche, les groupements que j'ai pu connaître, y compris le Gitem, donc cela remonte à très longtemps, l'objectif était toujours de convaincre et non pas de contraindre. Parce que quand vous arrivez à la contrainte, la sanction dans un système coopératif ne va pas très loin. C'est l'exclusion. Et donc, les dirigeants ont toujours essayé de convaincre, de convaincre. Les relations avec l'Autorité de la concurrence, je ne les connais pas. Je n'ai pas d'exemple concret à vous citer. »

P.-V. A. : « *Quelqu'un d'autre veut la parole ? Jean-Louis Fourgoux...Jean-Louis Lesquins après.* »

J.-L. F. : « Il y a deux éléments. Le premier c'est...je pense que l'augmentation des engagements relève plus du droit des coopératives, et c'est une question qui ne relèvera pas de la compétence de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité n'a rien à dire sur l'augmentation ou la baisse des engagements des coopérateurs, sauf dans des circonstances exceptionnelles, l'abus de dépendance économique ou l'abus de position dominante, mais ça on peut l'écarter. Là où l'Autorité de la concurrence pourrait avoir à se prononcer c'est par exemple sur internet, une répartition de clientèle avec répartition géographique, une répartition de clientèle qui est opérée par la société coopérative à l'égard de tel ou tel associé. Ça c'est une des difficultés sur laquelle l'Autorité de la concurrence pourrait être amenée à se prononcer. Je n'ai pas à ma connaissance de plaintes. Les seuls dossiers sur le commerce en ligne qui sont actuellement en cours à l'Autorité, c'est une enquête sectorielle et la procédure Caudalie dans laquelle nous sommes dans un cadre de distribution sélective, donc nous ne sommes pas exactement dans la même situation, pour savoir si Caudalie peut interdire la commercialisation de ses produits sur une plateforme « 1001pharmacies » pour être précis. »

P.-V. A. : « *Un dernier mot Jean-Louis Lesquins...non. Un demi-mot ?* »

J.-L. L. : « Sur la question de la liberté de ne pas participer à une plateforme de vente en ligne à l'intérieur d'un groupement, il n'y a pas à ma connaissance de plainte qui soit instruite, ni par les autorités administratives, ni par les juridictions. Mais la cause en est peut-être que la plupart des groupements qui sont montés sur la vente en ligne l'ont fait avec prudence et ont respecté le principe du volontariat. »

P.-V. A. : « *Et bien nous arrivons avec ce mot qui ne sera pas le dernier mais il faut bien une conclusion à la fin de ce premier colloque juridique de la FCA. Merci à vous quatre qui avez bien voulu, d'une part, écrire les articles*

pour le Journal Des Sociétés, et, d'autre part, jouer le jeu des vingt minutes de synthèse et la table-ronde. Merci pour votre témoignage Monsieur Papaz aussi.

Nous allons au moment de sortir vous remettre ce fameux Journal Des Sociétés, en échange de votre badge, on va être citoyen et éco-responsable jusqu'au bout, cela peut se recycler. Merci également à notre partenaire, l'AFEC. Dernier mot également pour les actes puisque d'une part les articles sont effectivement dans le Journal Des Sociétés, d'autre part les actes du colloque vont être rédigés et vous seront envoyés par voie électronique sous forme d'un pdf que vous recevrez bientôt et pour ceux qui ne le recevraient pas ou qui ne sont pas dans les bases avec leur adresse électronique, il sera également disponible sur le site de la FCA, donc vous pourrez retrouver l'ensemble de nos échanges, et notamment les questions/réponses.

Merci à vous qui avez également participé activement par vos interventions à ce colloque.

Bonne fin de journée, bon retour ! »

Les articles juridiques approfondis qui ont été réalisés en préparation de ce colloque organisé par la FCA sont retranscrits dans le numéro du Journal Des Sociétés d'octobre 2016, dans un dossier intitulé « *Le Commerce Associé ou comment être Ensemble et Indépendants* ».

Vous pouvez les commander à cette adresse www.jss.fr

