



Le commerce associé est un modèle de distribution où les commerçants, entrepreneurs indépendants, sont associés d'un même groupement dont ils sont ainsi copropriétaires et qu'ils gouvernent ensemble. Comment concilier indépendance du commerçant et politique commerciale commune au réseau ? Le groupement est-il responsable du comportement de ses membres et quels sont ses risques ? Jusqu'où doit-il ou peut-il interférer dans la gestion de ses membres ? A-t-il des droits sur les points de vente ? Est-il possible de vendre sur internet sous une enseigne commune en préservant l'indépendance des membres du réseau ?... Autant de questions auxquelles le présent dossier, avec la mise en avant de la solution coopérative, répond.

17 Le commerçant sous enseigne commune, encore un indépendant ?

Jean-Louis Fourgoux,
Avocat aux Barreaux de Paris & de Bruxelles,
Cabinet Fourgoux-Djavadi et Associés

22 Le commerçant dans un groupement :
une indépendance renforcée

Jean-Charles Gueguen,
Avocat,
Cabinet Gueguen Avocats

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

Gilbert Parleani,
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne,
Avocat au Barreau de Paris

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

Jean-Louis Lesquins, Romain Bourgade,
Avocats,
DS Avocats



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

Jean-Louis Lesquins,
Romain Bourgade,
Avocats,
DS Avocats

I. Indépendance et association : une question constitutive

L'articulation entre l'indépendance et les effets de l'association est constitutive des sociétés coopératives de commerçants détaillants et plus généralement des groupements de commerçants indépendants.

Economiquement parlant, ces groupements sont des formes intermédiaires entre les structures de marché, où des agents autonomes opèrent des transactions, et les firmes, structures intégrées soumises au principe hiérarchique et intervenant comme des entités homogènes sur le marché (fût-ce par l'intermédiaire de filiales contrôlées). Ils ne sont ni l'un ni l'autre, mais en même temps, ils s'apparentent, sous tel ou tel aspect, aux unes et aux autres. En leur sein, les commerçants conservent une indépendance qui se traduit en premier lieu par la propriété de leur entreprise et la responsabilité de son exploitation. Mais, par l'effet même de leur association, ils consentent à des abandons partiels d'indépendance, puisqu'ils procèdent ensemble au référencement de leurs fournisseurs, se soumettent à des disciplines collectives, exploitent des enseignes communes et concrétisent leur projet commun par des politiques commerciales, des chartes graphiques, des plans de vente, des modèles de magasins, des dispositifs de fidélisation de la clientèle. En d'autres termes, pour s'associer, il faut être indépendant ; mais l'association modifie la façon d'être indépendant.

Les groupements de commerçants indépendants ont en général pour acte fondateur, après la mise en commun des référencements (et, dans certains cas, des achats), l'adoption d'une enseigne commune. On serait tenté, sous cet aspect, de les assimiler à cette forme d'organisation qu'est la franchise. Mais s'ils partagent avec elle l'exploitation d'une enseigne commune et d'un concept de vente commun, ils s'en distinguent néanmoins par un aspect essentiel : la franchise est une relation verticale entre un franchiseur, détenteur d'un savoir-faire et propriétaire d'une marque, et des franchisés qui en obtiennent licence et concession ; tandis que les commerçants des groupements sont les associés ou adhérents actifs des entités mêmes qui créent les enseignes. Il sont aussi les auteurs collectifs d'un savoir-faire qu'ils ont élaboré et qu'ils enrichissent en permanence par l'intensité de leur coopération entre égaux, dans le cadre d'un véritable *affectio societatis* qui fait défaut à la franchise « simple ». Ainsi, dans un groupement coopératif ou assimilé, les commerçants sont

indépendants d'une autre façon que les franchisés et ils sont engagés dans une œuvre commune d'une autre manière également.

Cette complexité pose problème au droit du marché et à sa forme dominante, le droit de la concurrence. L'intervention des autorités de concurrence se caractérise par ce qu'il faut bien considérer comme une indécision ou une ambiguïté lourde de conséquence. Formaté par les catégories du marché classique, le droit de la concurrence ne connaît que deux références cardinales : la firme et le marché. Cette distinction gouverne l'application des règles de concurrence : les relations entre services, succursales, filiales de l'entité économique échappent à ces règles ; les relations entre entités indépendantes présentes sur le marché y sont intégralement soumises. Dès lors ces autorités ont quelques difficultés à identifier les groupements du commerce associé, puisque ces groupements ne sont pas des firmes, mais des collectivités d'associés ; tandis que leurs membres, ne sont pas, dans leurs relations réciproques, de simples opérateurs de marché, puisque leur premier souci n'est évidemment pas de se faire concurrence, mais de coopérer pour *concourir ensemble* sur le marché.

Ces autorités n'ont jusqu'à présent traité cette difficulté qu'en entretenant une double ambiguïté. Parfois, elles considèrent les groupements comme des entités uniques et homogènes. Ainsi, pour mesurer l'effet des opérations de concentrations ou celui de certaines pratiques, elles considèrent l'enseigne comme un acteur économique dont les parts de marchés peuvent être mesurées « *en bloc* » sur les marchés tant nationaux que locaux, tant en « *amont* » qu'en « *aval* ». Mais cela ne les empêche pas de rappeler les membres de ces groupements à leur obligations d'opérateurs de marché : celle de se faire concurrence, de déterminer de manière autonome leur offre, de mener librement leurs achats, de fixer librement leurs prix. Il a fallu l'intervention de la loi pour que soient reconnues en faveur des groupements des libertés qui font exception aux règles de droit commun concurrentiel, dont celles de pratiquer des prix communs à l'occasion de certaines opérations.

Ce va-et-vient dérange et est source d'insécurité juridique. Il est souvent difficile de déterminer à l'avance lequel des facteurs, concurrence inter-marques ou concurrence intra-marque et intra-enseigne, sera utilisé comme critère essentiel. On peut ajouter que cette ambiguïté renvoie à une sorte de cécité de ces autorités, qui discernent aisément les vertus de la concurrence, mais occultent assez



1) Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, §§ 162-177, 225-227 et 236.

2) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, art. 1^{er}; loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 1^{er}-II; loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 (art. 36).

3) Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006.

4) Lignes Directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne (2010/C 130/01), point 52.

5) CJUE, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, 13 octobre 2011.

régulièrement les vertus de la coopération, sauf exceptions ou exemptions chichement délivrées. Devant reconnaître, par la force des choses, la contribution positive du commerce associé à la concurrence dans le secteur de la distribution, elles hésitent à prendre en considération les conditions nécessaires à la préservation de sa capacité concurrentielle. On pense notamment à l'amer épisode du combat de l'Autorité de la concurrence pour l'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution à l'occasion de la cession des parts sociales ou des fonds de commerce des membres figurant dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés (1).

Quand ces mêmes autorités cherchent à saisir la spécificité de cette forme d'organisation économique, elles tombent dans une autre ambiguïté : elles assimilent les groupements de commerçants à des réseaux de franchise. Cette confusion récurrente est elle aussi dommageable, puisque, saisissant les liens *commerciaux* entre la tête de réseau et les adhérents, elles ne parviennent pas à tirer les conséquences adéquates de leurs liens *sociétaux* (objet social commun et investissement partagé), tels qu'ils se constituent lorsque les commerçants associés sont organisés sous forme de coopérative de commerçants détaillants. Ici également, il a fallu, à plusieurs reprises, que le législateur, peu obnubilé par une image préexistante de ce que doit être un marché, intervienne pour souligner les prérogatives qui devaient leur être reconnues *en propre*, par distinction avec les simples franchises commerciales ou les réseaux de distribution sélective (2).

Ce préambule n'est pas inutile pour traiter de la vente en ligne, mode de vente devenu indispensable dans la plupart des domaines du commerce et de la prestation de service. De nouveau ici resurgit la question : indépendance, jusqu'où ? Association, disciplines communes, jusqu'où ? Question que l'on peut poser sur une face : que reste-t-il de l'indépendance des membres du groupement avec la vente en ligne ? ou sur l'autre : jusqu'où la vente en ligne doit-elle conduire à autoriser, dans l'intérêt même de l'efficacité commerciale et concurrentielle, de nouvelles disciplines communes ?

II. La vente en ligne dans les groupements de commerçants associés

La loi du 31 juillet 2014 est intervenue pour reconnaître une évidence : dès lors que pour les commerçants associés aussi bien que pour les autres, la vente en ligne est devenue une nécessité économique, l'une des fonctions légales des coopératives de commerçants peut être, en complément de celles précédemment reconnues, « l'élaboration et la gestion d'une plate-forme de vente en ligne ».

Celles qui ont été créées par les groupements sont de formes multiples, représentant des degrés variables d'intégration : cela va du simple site-portal présentant l'offre globale du groupement et renvoyant vers des sites d'adhérents, jusqu'à la plate-forme intégrée

où les ventes sont réalisées par la tête de réseau, en passant par des sites d'enseignes sur lesquels chaque adhérent dispose d'une page sur laquelle il peut faire des offres et réaliser des ventes, selon des règles adoptées en commun. Dans un détail encore plus fin, on apercevrait des formes plus subtiles, telles celles dans lesquelles certaines ventes ont pour auteur la tête de réseau en personne et d'autres, les membres pris individuellement.

Parmi les questions que pose la gestion d'une plate-forme commune, on peut, sous bénéfice d'inventaire, retenir les suivantes :

- 1- l'obligation de participer, la liberté de ne pas participer, le droit de participer activement ;
- 2- la présence sur les plates-formes marchandes multimarques
- 3- l'obligation de rendre les services communs ;
- 4- la liberté de l'offre ;
- 5- l'affectation des ventes à l'intérieur du groupement (ventes passives et ventes actives sur internet) ;
- 6- les ventes réalisées en coopération ;
- 7- la fixation des prix.

Ici encore, il convient de faire la part de ce qui, tiré de la jurisprudence sur la vente en ligne dans les réseaux de distribution sélective ou exclusive organisés par des fournisseurs, est également applicable aux groupements du commerce associé et les particularités qu'il conviendrait de leur reconnaître.

A. Obligation de participer, liberté de ne pas participer et droit de participer activement

Dès 2006, dans l'affaire Festina (3), le Conseil de la concurrence a rappelé que l'interdiction absolue de vendre sur internet faite aux membres d'un réseau de distribution sélective ou exclusive est prohibée, sauf si elle est objectivement justifiée. Cette affirmation s'inscrivait dans l'orientation énoncée par les Lignes Directrices de la Commission Européenne sur les restrictions verticales de 2001 (point 51), itérées par les Lignes Directrices de 2010 (point 52) (4), les unes et les autres y voyant une restriction caractérisée. La Cour de Justice de l'Union européenne l'a pour sa part qualifiée de *restriction par objet* (5). Cette prohibition semble être d'application générale et s'étendre aux groupements de type coopératif, nonobstant tout lien contractuel ou tout engagement sociétal, tant elle apparaît étroitement reliée à la protection de la liberté d'entreprendre et constitutive d'un ordre public concurrentiel.

Dans cette même affaire, ainsi que d'autres postérieures, le Conseil de la concurrence a accepté, dans le cadre d'engagements pris par la société Festina, que certaines obligations soient imposées aux membres du réseau de distribution sélectif désireux de vendre en ligne. Mais dans cette affaire, le litige résultait de la propre initiative des membres du réseau de créer leurs sites ou d'opérer des liens avec des sites marchands, sous un nom de domaine se référant à la marque du fabricant. Il n'était pas question d'obligation faite aux adhérents du réseau d'opérer la vente en ligne sur un site créé par le fournisseur, ce qui n'aurait été, s'agissant de



commerçants multimarques, ni légalement possible, ni pratiquement réalisable.

En l'espèce, la question du droit de vendre sur internet prend une autre forme : c'est celle de savoir si, la plate-forme commune étant créée par la coopérative, un adhérent pourrait refuser d'y participer et si le groupement pourrait lui interdire de créer son propre site.

Dès lors qu'il s'agit d'une prérogative légale des coopératives, elles peuvent faire, à notre avis, de la participation à cette plate-forme commune une obligation contractuelle et sociétaire (dès lors que les autres conditions de licéité seraient remplies). Une telle obligation peut être considérée comme découlant de manière nécessaire de l'unité d'action commerciale et de l'image de la marque dans le public. Dans le même esprit, on peut admettre que, toutes autres conditions de licéité du fonctionnement de la plate-forme du groupement étant remplies, les règlements internes interdisent aux adhérents de créer leur propre site ou de créer pour leur propre compte des liens avec d'autres sites marchands, autres que ceux que le groupement lui-même pourrait négocier au nom de la communauté.

L'obligation d'opérer la vente en ligne sur cette plateforme exclusivement nous semble légitime, d'abord, parce qu'elle ne conduirait qu'à une restriction limitée de la liberté commerciale de l'adhérent : son accès à la vente en ligne est déjà assuré par l'existence même de cette plateforme et ce peut même être pour lui le seul moyen d'y accéder pour un investissement supportable ; ensuite parce qu'elle constitue la conséquence nécessaire du développement de la politique commerciale commune dans l'univers, devenu essentiel, de la vente électronique.

Les groupements coopératifs devraient donc bénéficier d'une tolérance plus large que les réseaux de franchise commerciale simple, pour lesquels on comprend bien que la tête de réseau ne puisse imposer à ses affiliés de ne pratiquer la vente en ligne que sur un site créé par le fournisseur ou avec son accord. Ce serait, en tout cas, souhaitable, compte tenu des effets délétères sur l'image de l'enseigne commune de stratégies de vente en ligne dispersées et non harmonisées. On ne formule, certes, qu'une hypothèse, encore non validée par les Autorités de concurrence. Mais il nous semblerait infondé d'appliquer mécaniquement aux groupements coopératifs les solutions dégagées pour les réseaux de distribution sélective, prohibant comme restriction caractérisée l'interdiction de principe faite au distributeur de recourir à une plate-forme en ligne sans accord du fournisseur. Ce qui en effet est en cause ici n'est pas la protection de la *marque* d'un fournisseur – qui peut assurément être assurée par des moyens moins restrictifs –, mais la défense d'une *enseigne* exploitée en commun et d'un investissement collectif (et pas seulement d'une démarche commerciale harmonisée).

En contrepartie, l'adhérent nous semble disposer du droit de participer activement à la vente en ligne. Pour rester fidèle à son objet – favoriser l'activité commerciale de ses membres – la coopérative gérant une application de vente en ligne doit laisser toute leur place aux offres des adhérents. Que penser

alors d'un site à l'enseigne commune qui réserverait les ventes à la tête de réseau, se contentant d'en partager les produits entre les adhérents, ou qui uniformiserait dans les moindres détails l'offre qu'y proposent les adhérents ? Plus précisément, les règles de concurrence permettraient-elles d'écarter un tel mode d'organisation qui aurait fait l'objet d'un accord valablement établi à l'intérieur de la coopérative ? D'un côté, le mandat expressément donné par l'assemblée des membres à la société coopérative pourrait échapper à toute emprise de l'impératif concurrentiel, parce qu'il serait considéré comme partie intégrante du pacte d'association. Mais, de l'autre, on pourrait craindre, sous réserve de circonstances spéciales, qu'un tel dispositif soit considéré comporter une restriction inacceptable de concurrence, dès lors que cela reviendrait à interdire cette vente en ligne à des adhérents qui auraient souhaité procéder autrement et être eux-mêmes auteurs des ventes. La tolérance habituelle qui permet aux fournisseurs ou franchiseurs de se réserver les ventes à certaines clientèles ou sur certains territoires pourrait ici être battue en brèche. L'exclusivité de vente en ligne qui serait réservée à la tête de réseau pourrait en outre apparaître contraire à l'esprit coopératif et, sauf cause particulière d'exemption, être mise en cause par des adhérents devant les autorités de concurrence. A tout le moins, la solution ne saurait découler que d'une analyse très concrète.

B. Présence sur les plates-formes marchandes multimarques (*marketplaces*), les comparateurs de prix ou les moteurs de recherche.

La question d'une éventuelle liberté de ne pas participer peut se présenter dans un autre contexte : le groupement peut-il interdire à ses membres d'établir de leur propre initiative tout lien avec un site marchand autre que celui établi à l'enseigne commune, par exemple en participant à des « *places de marché* » qui jouent le rôle d'intermédiaires entre des vendeurs et des acheteurs et offrent aux premiers, professionnels ou particuliers, la possibilité de proposer sur leur site internet tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale ?

L'action commerciale du groupement passe par l'identité d'une enseigne, enrichie par une politique commerciale commune, des services communs, et dans bien des cas, lorsque le groupement organise une franchise de distribution sur certains produits à marque propre, par la promotion d'une ou de marques spécifiques.

Tout ce qui dilue ces éléments nuit à l'efficacité économique du groupement. La participation à une plate-forme marchande qui imposerait ses propres exigences, en matière de conditions générales de vente, de charte graphique, de procédés commerciaux, nuirait évidemment à cette identité, condition d'efficacité. Cette évolution serait d'autant plus certaine et dommageable pour le groupement si la décision de venir sur de telles plates-formes était prise par les adhérents individuellement.

Les Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales ont déjà admis que des fournisseurs puissent imposer aux membres de leurs



réseaux de distribution, lorsque c'est leur choix de monter sur de telles plates-formes, leur imposer certaines conditions, mais exclu qu'on puisse leur interdire d'y procéder à des ventes. Dans le cas des groupements réunis par enseigne, politique commerciale et enseigne communes, cette exigence devrait sans doute être assouplie dans le cadre, à tout le moins, d'exemptions individuelles. Il devrait être admis, notamment, que l'éventuelle présence de l'enseigne du groupement sur de telles plates-formes puisse être décidée par le groupement lui-même, collectivement ; cela permettrait à ce dernier de mieux négocier avec la plate-forme marchande des conditions d'apparition lui permettant de conserver son identité. En outre, si des membres de la coopérative pouvaient distraire une partie de leurs ventes du canal créé en commun, c'est l'investissement collectif réalisé pour sa mise en place qui pourrait se trouver menacé. On ajoutera aux raisons qui précèdent que la seule existence du site commun du groupement participe déjà d'une activation de la concurrence ; tandis que cela est moins garanti quand des commerçants individuels doivent se soumettre à des règles étrangères posées par les plateformes, que l'on suspecte parfois de limiter la concurrence qui s'exerce dans leur enceinte, particulièrement quand le gestionnaire de la plateforme multimarques est également actif comme opérateur de vente.

Il n'est toutefois pas certain que les autorités de concurrence acceptent de reconnaître un régime particulier pour les groupements désireux, après avoir créé leur propre plate-forme de vente en ligne, d'interdire à leurs membres la possibilité de se porter individuellement sur des *market places*. La solution serait alors d'introduire dans les règles du groupement des conditions de participation protégeant l'identité du réseau (obligation de faire figurer l'enseigne ou de mentionner l'appartenance au groupement, présentation de l'intégralité de l'offre de ce dernier – notamment les services associés –, respect de la charte graphique commune, renvoi possible vers la plate-forme créée par le groupement).

En revanche, aucune restriction ne semble pouvoir être acceptée au fait de figurer auprès de comparateurs de prix ou de sites de « référencement naturel », si ce n'est celles directement rattachées à la défense de l'enseigne et au souci de ne pas autoriser des pratiques discriminantes de la part de tiers qui en viendraient à fissurer la cohérence du groupement lui-même.

C. Obligation de rendre les services communs

La liberté de ne pas participer peut-elle concerner certains des services offerts, notamment ceux qui supportent la réputation de qualité de l'enseigne (par exemple pour des ventes d'équipements ou de matériaux, la reprise de marchandise et le rappel produits, la location de matériel, le SAV, la livraison à domicile, la découpe, l'aide au chargement) ? La délivrance de tels services semble intimement attachée à la politique d'enseigne commune et, sous réserve d'appréciation des autorités compétentes, l'obligation d'y participer ne semble pas pouvoir être remise en cause. De même la participation

aux opérations promotionnelles ou de fidélisation semble faire partie du pacte commun de défense de l'enseigne, quel que soit le mode de vente.

Cela n'empêche pas que, par accord interne, certains adhérents puissent être dispensés de certaines obligations, comme le stockage ou la délivrance d'équipements ou matériaux lourds, et des arrangements peuvent être construits entre adhérents pour que certains rendent des services dus par d'autres.

D. La liberté de l'offre

La plate-forme étant créée et la présence du commerçant adhérent étant assurée, jusqu'où s'étend et par où se limite la liberté de l'offre dont il jouit en tant que commerçant indépendant ? Concrètement, le site secondaire ou la page servie par l'adhérent doivent-ils porter intégralement une offre commune au groupement, pouvoir se limiter à une partie de cette offre, ou encore comporter d'autres éléments que ceux issus du catalogue général du groupement ?

Si le groupement a essentiellement pour objet le référencement des fournisseurs et n'impose aux adhérents qu'une fidélité relative aux produits référencés (comme un minimum de ventes issues de ces produits), on ne voit pas pour quelles raisons une règle différente viendrait s'appliquer aux ventes en ligne, sauf si l'exige la finalité même de ces ventes : fortifier l'image de l'enseigne.

Mais, pour la même raison, s'il s'agit de services propres à l'enseigne ou si le groupement a développé des gammes de produits à marques propres, on doit admettre que les disciplines attendues des adhérents soient étendues à la vente en ligne, sous la forme d'une obligation de les proposer et, le cas échéant, de l'interdiction de proposer des offres concurrentes, de la même manière que pour les ventes en magasins.

Ici encore, la véritable limite posée à la liberté de l'adhérent semble être d'ordre contractuel, sans que le droit de la concurrence puisse venir invalider des engagements consensuels, dès lors que les limitations de la liberté individuelle à l'intérieur du groupement sont compensées par leur contribution à l'effectivité de la concurrence sur le marché considéré dans son ensemble. En effet, les intérêts de la concurrence peuvent être présumés servis par les dispositions contractuelles que prend le groupement pour assurer sa pénétration commerciale et figurer comme un acteur véritable du jeu concurrentiel.

L'affectation des ventes à l'intérieur du groupement (ventes passives et ventes actives sur internet)

On le sait, la vente en ligne bouleverse les distinctions traditionnelles entre ventes passives et actives. Le fait d'ouvrir un site de vente en ligne constitue une offre de vente aux consommateurs et, sauf cas particulier, les ventes en ligne sont des ventes passives. Seules des opérations de démarchage spécifiquement dirigées vers une clientèle déterminée et/ou un territoire donné peuvent générer des ventes actives.

Or le principe de concurrence le plus fondamental applicable aux réseaux de marque ou d'enseigne est la prohibition de l'interdiction des ventes passives.



Aucun dispositif ne doit, sur le Net comme à l'occasion de la vente physique, affecter d'autorité un consommateur à un commerce déterminé ou empêcher un membre d'un réseau de répondre à la demande d'un acheteur potentiel, dès lors que cela constituerait une obstruction aux ventes passives. Pour rappel, en application de l'article 4, c) du règlement d'exemption sur les accords verticaux (UE) n°330-2010 (6), la clause par laquelle un(e) fournisseur/tête de réseau interdit à ses distributeurs de revendre leurs produits en ligne dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue une restriction par objet illicite, précisément parce qu'elle est analysée comme une obstruction aux ventes passives (7). L'interdiction d'affecter d'autorité une vente en ligne à un membre du groupement semble être une application évidente de cette même disposition.

Cela a d'importantes conséquences sur l'organisation des plates-formes des groupements sur lesquels ce sont les adhérents qui sont juridiquement et pratiquement les auteurs de la vente : on peut certes demander au visiteur du site de décliner son lieu de résidence (code postal généralement), mais ce doit être pour lui laisser le choix de visiter tel ou tel site/page et pour lui offrir d'être mis en relation avec les magasins à l'enseigne situés dans son environnement immédiat ; en aucun cas une demande adressée à un commerçant quelconque du réseau ne peut être redirigée et réaffectée d'autorité à celui des adhérents implantés au lieu de résidence de l'acheteur. Il y a encore moins de raison, s'agissant de la vente en ligne, de revenir sur une règle qui est déjà le droit commun de la vente « en dur ». On ne voit d'ailleurs pas en quoi une telle affectation d'office des ventes serait nécessaire à l'efficacité de l'offre commune, puisqu'elle risquerait plutôt de lui nuire.

La plupart des réseaux coopératifs est caractérisée par l'attribution de zones d'exclusivité d'établissement ou de zones de prospection exclusive. En même temps, ces réseaux présentent certaines caractéristiques de réseaux sélectifs – puisque la distribution des produits à la marque ou la prestation des services à l'enseigne est réservée aux magasins agréés -. Il faudrait donc appliquer cette autre règle issue du Règlement d'exemption : il est impossible d'interdire même les ventes actives, c'est-à-dire la prospection du territoire attribué à un autre membre du réseau. La règle vaudrait aussi pour la vente active en ligne. Cela peut être source de difficultés, notamment si la zone n'est pas attribuée aux fins d'établissement, mais seulement de *prospection*. L'incitation faite à l'adhérent de prospecter une zone élargie peut être freinée par le risque d'irruption d'un autre membre du réseau (même si on prétendra en sens inverse que ce même risque pourrait renforcer ladite incitation). Quoi qu'il en soit, ce type de restriction, qui n'a pas fait l'objet de jurisprudence, pourrait relever d'une exemption individuelle s'il était possible de démontrer qu'elle est indispensable à l'extension des ventes et donc à l'intensification de la concurrence dans la zone concernée.

E. Les ventes réalisées en coopération

On ne voit pas pour quelles raisons des arrangements entre adhérents qui seraient licites dans le cadre de

la vente physique ne le seraient pas en cas de vente en ligne : ainsi la délivrance assurée par un autre commerce que celui qui est l'auteur de la vente. Ainsi également doit-on admettre que, s'agissant de services transactionnels (agences immobilières), plusieurs adhérents peuvent œuvrer ensemble à la réalisation d'une transaction et se partager les commissions selon une règle établie par accord commun. La vente en ligne ne présente pas de singularité à cet égard.

F. La fixation des prix

Cette question extrêmement sensible semble devoir se prêter, de la manière la plus évidente à l'application des règles ordinaires. Il semble acquis que la centrale ne peut, pas plus à l'occasion des ventes en lignes qu'à celles des ventes physiques, imposer des prix ou des marges minimales, bien qu'en cette matière, on puisse toujours invoquer en faveur de ce type de restrictions, certaines considérations tirées de l'efficacité commune ou de l'unité commerciale et sociétale du réseau.

En revanche, s'applique aussi la règle légale (mais issue seulement de la loi française !) autorisant la pratique de prix communs à l'occasion « d'opérations commerciales publicitaires ou non (8) », et les règles jurisprudentielles autorisant la tête de réseau à fixer des prix maximums ou à communiquer des prix de vente conseillés : ce sont des pratiques indispensables à la cohérence commerciale du réseau, mais qui ne doivent pas empêcher le commerçant adhérent de s'adapter aux conditions de concurrence locales et donc de s'écarter à la baisse des prix maximums fixés par le réseau, voire de prendre toutes libertés à l'égard d'éventuels prix conseillés.

Faut-il aller plus loin et autoriser, à l'occasion de la vente en ligne, la pratique de prix uniformes par tous les vendeurs, suivant barèmes et tarifs publics établis par le groupement ? La discussion de ce point s'annonce délicate.

On pourra dire que cette pratique, qui contrarie clairement la concurrence interne à l'enseigne, n'est pas indispensable à la bonne fin de la vente sur un site commun. Si elle était admise, elle s'ajouterait à l'obligation de délivrer des services communs et quasiment identiques, selon le cahier des charges du site et les conditions de prestations communes : la seule concurrence susceptible de subsister à l'intérieur du groupement, celle par les prix, disparaîtrait. On ajoutera que la pratique de prix uniformes a moins de logique concurrentielle à l'occasion de la vente en ligne, précisément parce que tous les membres du réseau y sont effectivement en concurrence (via, le cas échéant, des accords de livraisons croisées), alors qu'ils ne le sont, lors de la vente physique, que dans de minces intersections de zones de chalandises. L'apport économique de la vente en ligne étant précisément de décrocher les marchés auparavant étanches, cet avantage économique pour le consommateur serait annihilé, au moins au regard des bénéfices qu'il peut tirer d'une concurrence intra-marque ou intra-enseigne. On soulignera aussi que les conséquences pour le niveau des prix pratiqués seraient celles-là même qui indiquent de limiter la pratique de prix communs pour la vente physique : ces prix devant nécessairement couvrir le

6) Règlement d'exemption, article 4 c) : « L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet : (...) c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ».

7) Paragraphe 52 des Lignes directrices qui précise que « En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive (...) ».

8) Selon les termes de l'article L. 124-1. 6°, 3° alinéa.



coût marginal de distribution dans les zones les plus difficiles, ils affaibliraient la pression concurrentielle que le groupement peut exercer et qui constitue la raison d'être de l'action commune. On relèvera enfin, d'un point de vue « *tactique* », que le maintien du principe de libre fixation des prix (hors prix communs à l'occasion d'« *opérations commerciales* » et prix maximums) pourrait être, en quelque sorte, le « *prix à payer* » pour obtenir des autorités de concurrence une approche tolérante des autres restrictions considérées comme essentielles à la préservation des actifs communs et à l'image de l'enseigne.

Mais de solides arguments peuvent être avancés en sens inverse. Précisément parce que la vente en ligne concourt à l'entrée du groupement sur un marché élargi, la performance commerciale de l'enseigne exige un « *positionnement-prix* » cohérent et lisible. Les effets de prix différenciés pratiqués par les défenseurs d'une même enseigne pourraient être délétères pour cette dernière, qui ne pourrait plus figurer comme un acteur majeur et bien identifié de la concurrence sur internet. En particulier, la pratique d'une publicité comparative, instrument d'une concurrence active, sinon agressive, serait impossible aux groupements. Les comparateurs de prix pourraient aussi renoncer à référencer l'enseigne dans leur dispositif ou, s'ils le faisaient néanmoins, l'enseigne pourrait voir sa responsabilité engagée sur le terrain des pratiques commerciales déloyales. Les échanges de services entre adhérents, qui conditionnent parfois la bonne fin de la vente, deviendraient plus difficiles. Enfin pourquoi interdire cette pratique si est autorisée, comme nous l'envisageons dans les conditions exposées plus haut, la réalisation des ventes par la tête de réseau au nom et pour compte des adhérents, ce qui suppose des prix uniformes ?

Cette question fera l'objet de débats difficiles dans les enceintes doctrinales et judiciaires. Comme pour compliquer les choses, la discussion ranimera celle relative à la pratique de prix communs *en général*. Celle-ci est rendue complexe par le fait que les enseignes du commerce associé détiennent parfois une puissance de marché importante, voire même, sur des marchés locaux, des positions dominantes. Le maintien d'une concurrence par les prix apparaît alors comme essentiel à la prévention des abus de puissance économique. Mais il est contestable que ce risque justifie une prohibition générale de la pratique des prix communs. Les autorités de concurrence pourraient faire preuve de cohérence en distinguant les situations selon la puissance de marché exercée. Elles pourraient aussi le faire en traitant à part la question des prix communs lors de la vente en ligne, précisément parce que le marché de la vente en ligne étant élargi, les situations de puissance de marché

sont plus rares. Si les autorités de concurrence semblent admettre, d'une manière générale, qu'une moindre intensité de concurrence à l'intérieur des réseaux de vente peut être compensée par le niveau de la concurrence inter-marques, elles pourraient trouver dans le cas du commerce associé une bonne occasion d'aller jusqu'au bout de cette logique.

Conclusion : association, concurrence et indépendance

Chaque initiative prise pour renforcer l'impact commercial des groupements de commerçants indépendants, en tant que structure d'action collective, passe nécessairement par l'adoption de disciplines communes nouvelles et donc par l'abandon librement consenti de certaines formes d'indépendance. Mais toujours cela se passe dans un contexte précis : le but est de mieux satisfaire l'intérêt commercial commun ; les nouvelles disciplines sont établies d'un commun accord, selon les règles du groupement.

L'apparition de plates-formes de vente en ligne gérées par les têtes de réseau ne constitue qu'une expression particulière de cette problématique. On ne doit y voir aucune perte d'indépendance qui resterait sans contrepartie en termes d'avantages obtenus par les membres. Si un danger existait de ce point de vue, les règles de concurrence interviendraient pour maintenir la part nécessaire de liberté de ces membres, on vient d'en voir plusieurs exemples.

On sera donc tenté de conclure, en réponse à la question posée, qu'il en va de la vente en ligne organisée en commun comme des autres aspects de l'action commune des groupements validés par le Code de commerce : chacun reste libre d'y adhérer ou pas. La liberté de sortir des groupements est protégée, ici encore, par les règles de concurrence, notamment par la règle législative récemment introduite par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances (dite loi « *Macron* ») qui impose un terme commun à l'ensemble des contrats liant le détenteur de l'enseigne et les affiliés, et par la mise en cause des droits de priorité des groupements sur la cession des fonds de leurs adhérents.

Aussi les inquiétudes que semblait émettre, peut-être de manière volontairement paradoxale, le libellé de la question semblent pouvoir être écartées. Les nécessités de la vente en ligne, conjuguées à une application raisonnable des règles de concurrence, ne modifient pas en profondeur les termes de l'équation association/indépendance qui constituent le quotidien de la vie des groupements du commerce associé.