Les échanges d'informations au sein des coopératives à l'épreuve du droit de la concurrence

Richard Renaudier,
Avocat au barreau de Paris

La France est marquée par une forte tradition coopérative, dans des secteurs très variés et notamment dans le secteur agricole et le secteur de la distribution. Cette forme particulière de regroupement a également été consacrée en Europe, via la société coopérative européenne.

La coopérative est une association d'entrepreneurs juridiquement et financièrement indépendants les uns des autres. La loi n° 72-652 du 11 juillet 1972, codifiée aux articles L. 124-1 et suivants du Code de commerce, a encadré les conditions d'intervention des sociétés coopératives de commerçants détaillants qui « *ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale* ».

D.R.

L'article L. 124-1 du Code de commerce, modifié à plusieurs reprises depuis 1972, définit les activités que les coopératives de commerçants détaillants peuvent exercer pour le compte de leurs associés, et notamment :

- « *Fournir en totalité ou en partie à leurs associés les marchandises, denrées ou services, l'équipement et le matériel nécessaires à l'exercice de leur commerce* »,
- « *Définir et mettre en œuvre par tous moyens une politique commerciale commune propre à assurer le développement et l'activité de ses associés, notamment (...) par la réalisation d'opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs ; par l'élaboration de méthodes et de modèles communs d'achat, d'assortiment et de présentation de produits, d'architecture et d'organisation des commerces ; par l'élaboration et la gestion d'une plate-forme de vente en ligne* ».
- « *Organiser entre les associés une coopération financière, notamment à travers la constitution de sociétés, exerçant sous leur contrôle direct ou indirect et ayant pour finalité d'apporter par tous moyens un soutien à l'achat, à la création et au développement du commerce* ».

Dans le cadre des activités qu'elle peut ainsi développer, la coopérative établit un double lien, de nature horizontale et de nature verticale, en ce qu'elle constitue un regroupement horizontal d'opérateurs présents au même stade du processus économique et génère des relations verticales entre les associés et la coopérative.

De telles activités appellent et entrainent des échanges d'informations dans le cadre de la coopérative.

Se pose dès lors la question de la conciliation entre les spécificités des coopératives et le droit de la concurrence prohibant notamment les échanges d'informations ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel.

Après un rappel des principes relatifs à l'application aux coopératives du droit commun de la concurrence en matière d'échanges d'informations, nous analyserons l'application pratique du droit de la concurrence en matière d'échanges d'informations aux coopératives.

RAPPEL SYNTHÉTIQUE DES PRINCIPES RELATIFS À L'APPLICATION AUX COOPÉRATIVES DU DROIT COMMUN DE LA CONCURRENCE EN MATIÈRE D'ÉCHANGES D'INFORMATIONS

Nous présenterons successivement le principe d'applicabilité du droit de la concurrence aux coopératives et les règles prohibant les échanges d'informations anticoncurrentiels.

APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX COOPÉRATIVES

Si la création d'une coopérative n'est pas considérée comme constituant en soi une pratique anticoncurrentielle, le principe dit de neutralité des formes conduit à l'application du droit de la concurrence aux coopératives.

La jurisprudence considère donc que les coopératives sont soumises au droit commun de la concurrence et qu'il n'est pas possible d'arguer que « *les conditions d'applicabilité des règles communautaires de la concurrence au secteur coopératif en tant que telles sont, par nature, différentes de celles relatives aux autres formes d'organisation de l'activité économique* » (Tribunal CE, 2 juillet 1992, T-61/89 ; et dans le même sens : décision du Conseil, 17 novembre 1999, n° 99-A-18).

Plus précisément, en droit de la concurrence, les associés coopérateurs sont considérés comme des entreprises concurrentes et la société coopérative comme une « *association d'entreprises* », mandataire de ses associés (CE, 2 avril 2003, COMP/C.38.279/F3 et décision n° 92-D-29 du 5 mai 1992 du Conseil de la concurrence « le Conseil »).

C'est dans ce cadre que l'Autorité de la concurrence considère de manière constante que la « *stratégie globale commune des coopérateurs ne saurait aller jusqu'à limiter leur liberté commerciale en matière d'approvisionnement, d'expansion et de prix* » (par exemple : décisions du Conseil n° 92-D-38, n° 94-D-60, n° 97-D-49 et n° 00-D-10).

RÈGLES APPLICABLES EN MATIÈRE D'ÉCHANGES D'INFORMATIONS

Les échanges d'informations ayant un objet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel sont prohibés par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »).

Dans ses Lignes Directrices sur les accords de coopération horizontale (ci-après les « Lignes Directrices »), la Commission européenne considère « *les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagées comme constituant une restriction de la concurrence par objet* » et qu'« *il est en outre très peu probable* » que ce type d'échanges bénéficie d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101§3 du TFUE (§ 74).

Un échange d'informations est ainsi susceptible de produire des effets restrictifs de concurrence « *s'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est-à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique* ». Il s'agit traditionnellement des informations portant sur les prix, les listes de clients, les coûts de production, les quantités, le chiffre d'affaires, les ventes, les capacités, les qualités, les stratégies commerciales, les risques, les investissements, les technologies et les programmes de R&D.

Pour la détermination du caractère stratégique ou non des informations échangées, un certain nombre de critères sont pris en compte, tels que le caractère individualisé ou au contraire agrégé de celles-ci, leur ancienneté, leur caractère public ou non antérieurement à l'échange…

Au-delà de la nature des informations, le contexte et la fréquence des échanges ou les caractéristiques du marché sont pris en compte afin de déterminer les potentiels effets restrictifs.

Par exception, les échanges d'informations stratégiques intervenant dans le cadre d'un accord de coopération peuvent être licites « *s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est indispensable pour atteindre la finalité économique de l'accord* » (§ 102 des Lignes Directrices).

En résumé, si les échanges d'informations stratégiques sont fréquents et qu'ils concernent des données non publiques, non agrégées, individualisées et récentes et ne sont pas nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la coopérative, le risque au regard du droit de la concurrence est élevé.

APPLICATION PRATIQUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN MATIÈRE D'ÉCHANGES D'INFORMATIONS AUX COOPÉRATIVES

Nous présenterons successivement la jurisprudence rendue en matière d'échanges d'informations dans le cadre d'une coopérative et les possibilités d'échanges d'informations induits par les textes relatifs aux coopératives de commerçants détaillants.

APPRÉCIATION JURISPRUDENTIELLE DES ÉCHANGES D'INFORMATIONS DANS LE CADRE D'UNE COOPÉRATIVE

L'analyse de la jurisprudence rendue en matière d'échange d'informations au sein d'un réseau coopératif doit être faite en gardant présent à l'esprit le double lien, de nature horizontale et de nature verticale, établi dans le cadre des coopératives.

Si l'on analyse la jurisprudence portant sur des échanges horizontaux entre exploitants de magasins directement concurrents, le constat qui peut être fait est qu'il n'y a pas de différence significative par rapport à la situation entre deux concurrents qui ne seraient pas membres d'une même coopérative.

S'agissant des liens de nature verticale, là encore, comme exposé ci-dessus, l'Autorité de la concurrence considère de manière constante que la « *stratégie globale commune des coopérateurs ne saurait aller jusqu'à limiter leur liberté commerciale en matière d'approvisionnement, d'expansion et de prix* » (par exemple : décisions du Conseil n° 92-D-38, n° 94-D-60, n° 97-D-49 et de l'Autorité n° 00-D-10).

Les informations échangées concernant les prix ne doivent pas avoir pour effet de détourner les coopérateurs « *d'une appréhension directe de leurs propres coûts, ce qui leur permet de fixer leurs prix, individuellement, ou collectivement lorsqu'elles agissent au travers d'une coopérative (…). Si l'objectif de régularisation des prix doit pouvoir justifier la diffusion de mercuriales rendant compte de l'évolution du marché, la diffusion de prix recommandés, voire obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels sont incontestables* » (avis n° 08-A-07 du Conseil du 7 mai 2008).

De même, une plateforme d'échanges d'informations permettant aux adhérents de connaître en temps réel le détail des ventes, quantités, conditionnements et prix réalisés par les autres adhérents et constituant un mécanisme de surveillance d'une concertation sur les prix minimum à pratiquer à un objet anticoncurrentiel (décision n° 12-D-08 précitée confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1er juillet 2021 n° 19/00595). L'Autorité a rappelé à cette occasion que « *lorsque les échanges d'informations servent de support à une pratique anticoncurrentielle, comme une entente explicite, ils constituent, quelle que soit la nature des informations en cause, l'accessoire de cette infraction à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE* ».

En dehors de ces situations dans lesquelles les magasins perdent leur liberté ou leur indépendance dans la fixation de leurs prix de vente, la jurisprudence donne plusieurs exemples de validations d'échanges d'informations de nature verticale.

Ainsi, une clause d'un règlement intérieur peut licitement imposer aux associés « *une stricte transparence vis-à-vis du groupement* », dès lors que les échanges d'informations ne vont pas « *au-delà de ce que requièrent l'organisation et le fonctionnement pérenne* » de la coopérative et que cette obligation est expressément « *limitée dans le règlement intérieur à tous les aspects susceptibles d'intéresser le fonctionnement de la coopérative* » (décision n° 11-D-03 du Conseil du 11 février 2003).

Dans la même décision, le Conseil de la concurrence a considéré que des audits imposés « *semblent se justifier par la nécessité de garantir, vis-à-vis de la clientèle des grands comptes, la fiabilité et la pérennité financière du réseau, qui ont motivé la création du groupement ainsi que par l'existence de la politique d'achat commune dans le cadre de laquelle le groupement Creno se porte ducroire* ».

D.R.

De même, la diffusion par une coopérative d'un « tableau de bord » ne comportant « *que des informations globales sur les mises en place réalisées par espèce* [de volailles] *ainsi que sur l'évolution des prix constatée au cours des derniers mois* » a été jugée licite (décision n° 94-D-41 du Conseil du 5 juillet 1994).

Il en est de même des « *références qui comportent des indications élémentaires permettant aux entreprises de faciliter le calcul de leurs prix de revient ou celles qui expriment des prix constatés lors de transactions non individualisées, intervenues antérieurement dans des conditions de concurrence normales (par exemple, les mercuriales) ou encore, celles qui sont établies à titre d'exemples et à partir de chiffres fictifs* » (avis n° 11-A-11 de l'Autorité du 12 juillet 2011 et avis n° 08-A-07 du Conseil du 7 mai 2008).

La coopérative doit cependant veiller à la sécurisation des plateformes qu'elle met, le cas échéant, à la disposition des associés. Par exemple, dans l'affaire dite des « endives », l'outil informatique mis à la disposition des adhérents par le groupement était au départ un « *système sécurisé assurant la confidentialité des prix* » mais a, en pratique, été déverrouillé pour devenir le support de l'entente reprochée sur les prix (décision n° 12-D-08 de l'Autorité du 6 mars 2012).

ÉCHANGES D'INFORMATIONS INDUITS PAR LES TEXTES RELATIFS AUX COOPÉRATIVES DE COMMERÇANTS DÉTAILLANTS

Au-delà de la jurisprudence évoquée ci-dessus, il est intéressant de souligner que la législation relative aux coopératives de commerçants détaillants appelle, par nature, l'échange d'informations au sein de la coopérative, qui interviennent de manière régulière, sans donner lieu à de la jurisprudence.

À titre préalable, il convient de rappeler que les articles L. 124-6 et L. 124-6-1 du Code de commerce prévoient que les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance des sociétés anonymes coopératives et les gérants des SARL coopératives doivent obligatoirement être des associés des coopératives, directement ou indirectement. Cela implique déjà que ces personnes ont connaissance de l'intégralité du fonctionnement du groupement, et par là-même des informations concernant certains de leurs concurrents associés au sein de la coopérative.

Au-delà de cette obligation légale, en pratique, le fonctionnement d'une coopérative appelle la participation des coopérateurs à certaines instances du groupement auxquels ils consacrent une partie de leur temps (commissions, tiers-temps, binômat…). Cette participation individuelle est dictée par l'intérêt collectif qui prime sur l'intérêt individuel dans les groupements coopératifs.

Dans le cadre de l'ensemble de ces instances, les associés coopérateurs ont connaissance d'informations de marché permettant à la coopérative d'exercer son activité au mieux des intérêts de ses associés coopérateurs. Cependant les échanges qui ont lieu dans ces instances ne sont pas de nature horizontale mais de nature verticale, des associés coopérateurs vers la coopérative. La coopérative peut alors, à la lumière des informations dont elle dispose, prendre des décisions collectives dans l'intérêt des coopérateurs. Il y a là successivement des flux d'informations de nature verticale, montantes et descendantes, et non horizontale.

À titre d'exemple, les trois grandes activités mentionnées au début du présent article (fourniture de marchandises, politique commerciale commune, coopération financière) appellent par nature des échanges d'informations.

Ainsi, lorsque des associés coopérateurs se regroupent pour réaliser leurs achats en commun, ils auront, par la même, connaissance des conditions d'achats de leurs concurrents coopérateurs du même groupement. Cela constitue une différence majeure avec les réseaux de franchise dans lesquels les franchisés n'ont pas connaissance des prix d'achat par le franchiseur aux fournisseurs mais uniquement de leurs prix d'achat au franchiseur.

Au-delà, pour mener à bien une telle négociation commune, cela implique, comme pour tout le fonctionnement de la coopérative, que des remontées d'informations aient lieu des associés coopérateurs à leur coopérative afin que celle-ci puisse, en connaissance de cause, exercer au mieux son activité pour leur compte.

De même, lorsqu'une coopérative définit et met en œuvre « *par tout moyen une politique commerciale commune propre à assurer le développement et l'activité de ses associés* », cela appelle nécessairement la remontée d'informations de marché, le débat au sein de diverses instances et la prise de décisions.

Il est d'ailleurs à noter que, en application du règlement intérieur des coopératives, la politique commerciale commune est habituellement décidée par le conseil d'administration (qui comme indiqué ci-dessus est obligatoirement composé d'associés coopérateurs) avec une participation de tout ou partie des associés coopérateurs, selon les coopératives, dans le cadre des instances évoquées ci-dessus.

Il en va de même de la coopération financière entre les associés coopérateurs au sein des coopératives, qui impliquent nécessairement que des informations financières confidentielles des associés concernés soient communiquées à la coopérative. Ces échanges sont par principe licites dès lors qu'ils entrent spécifiquement dans l'objet social de la coopérative prévu par la loi, sous réserve qu'ils se cantonnent à ce qui est strictement nécessaire à la mission spécifique de la coopérative.

Au-delà de ces trois grandes activités, l'article L. 124-1 du Code de commerce comporte certaines dispositions plus spécifiques destinées à permettre aux coopératives une concurrence plus équilibrée avec les groupes intégrés, à savoir : « *la réalisation d'opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs* », « *l'élaboration de méthodes et de modèles communs d'achat, d'assortiment et de présentation de produits, d'architecture et d'organisation des commerces* » et « *l'élaboration et la gestion d'une plate-forme de vente en ligne* ».

Selon l'Autorité de la concurrence, « *la liberté tarifaire des magasins indépendants* » est ainsi « *atténuée* » par la possibilité, pour les groupements coopératifs, de pratiquer des prix communs toute l'année dans le cadre d'opérations commerciales communes. Au-delà, elle constate plus globalement que le système d'approvisionnement des associés auprès de la coopérative aboutit à une atténuation de leur autonomie commerciale puisqu'« *en maîtrisant les prix d'achat d'une part très importante des produits vendus par les magasins indépendants, le groupe de distribution maîtrise ainsi en partie leur politique commerciale et l'aptitude des magasins indépendants à se faire concurrence entre eux* » (avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, § 36).

Dans son récent avis 21-4 du 31 mai 2021, la Commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC ») a confirmé que « *des prix communs sont (…) tolérés au sein d'un réseau coopératif* » en précisant deux hypothèses :

- la possibilité, au sein d'un réseau coopératif de commerçants détaillants, de diffuser des catalogues ou tout autre document publicitaire indiquant un prix de revente ;
- plus généralement, l'exception à l'interdiction des prix de revente (fixes ou minima) imposés par une coopérative de commerçants dans le cadre de la mise en place d'une opération commerciale commune « *sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que les distributeurs sont ou non situés dans la même zone de chalandise* ».

Dans cet avis, la CEPC a par ailleurs relevé qu'en cas de mise en place d'une plateforme commune au sein d'un réseau, « *l'efficacité de la vente en ligne suppose qu'un prix unique soit affiché* », tout en précisant qu' « *un mécanisme doit être prévu afin de préserver la liberté commerciale* » des membres du réseau.

En résumé, la mise en œuvre des activités mentionnées dans l'article L. 124-1 du Code de commerce appelle nécessairement l'échange d'informations au sein de la coopérative. Toute la question est donc de définir la nature des informations qui seront échangées et les modalités de ces échanges d'informations dans un cadre vertical, ascendant puis descendant. En toute hypothèse, une limite à ne pas franchir est qu'il n'y ait pas d'échanges d'informations directs entre deux adhérents associés coopérateurs pour l'exploitation de leurs propres magasins en situation de concurrence directe et que la coopérative ne limite pas la liberté commerciale individuelle de l'un ou l'autre des associés coopérateurs.

2021-7923