



# **LES USAGES ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

**Mémoire effectué sous la direction du Professeur Monsieur Pierre Mousseron**

**Auteur Cheymol Floriane**

**Master II Droit du Commerce International**

**Promotion 2010-2011**

« Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services ... sont librement déterminés par le jeu de la concurrence » (article L. 410-2 du code de commerce); ce principe de libre concurrence s'applique, selon L. 410-1 du code de commerce, à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

Après l'économie dirigée est venu le temps de la déréglementation, de la libre concurrence et de la mondialisation.

Cette nouvelle conception de la concurrence entraîne deux répercussions : une ayant un effet négatif sur le Droit de la concurrence et l'autre ayant un effet positif sur le Droit de la concurrence.

La première répercussion consiste en ce que certaines pratiques qui étaient autorisées à une époque ne le sont plus aujourd'hui, ces dernières étant désormais considérées comme anticoncurrentielles.

Les acteurs économiques concernés continuent d'opérer tel qu'ils le faisaient dans le passé sur le fondement d'Usages qui, fut un temps, n'étaient pas interdits. Ils ont acquis la certitude que cette pratique est, soit obligatoire, soit admise du fait de sa répétition et de sa longévité. Leur comportement est fondé sur un Usage qui désormais est prohibé du fait de ses effets anticoncurrentiels.

La seconde répercussion, qui elle à un effet positif sur le Droit de la concurrence, consiste, pour les opérateurs économiques concernés, à s'adapter et à se doter de leur propre initiative, au fil de la pratique, d'un cadre à ne pas dépasser pour ne pas fausser le jeu de la concurrence.

Du fait de la répétition de ces pratiques, les destinataires les considèrent comme des Usages devant nécessairement être respectés.

Dans les deux cas, l'intérêt de ce mémoire est de démontrer que le juriste est désormais contraint de connaître et d'étudier ce droit mou, ce droit flou, ce droit à l'état gazeux pour identifier parfois les effets aggravateurs des Usages sur le Droit de la concurrence (I) et parfois les effets modérateurs des Usages sur le Droit de la concurrence (II).

## I. L'EFFET AGGRAVATEUR DES USAGES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Les Usages peuvent avoir un effet aggravateur sur le Droit de la concurrence d'une part, par leur application (A) et d'autre part par leur diffusion (B).

### A. L'EFFET AGGRAVATEUR DES USAGES PAR LEUR APPLICATION

Certains Usages peuvent avoir pour effet ou pour objet de fausser le jeu de la concurrence. Les Usages ayant un effet anticoncurrentiel peuvent se retrouver dans tous les domaines et notamment, le domaine des assurances (1), le domaine de la publicité (2), le domaine de l'installation de presse à fromage (3) ou encore le domaine du management catégoriel (4).

#### 1. Les Usages du courtage

Dans le domaine des assurances certains Usages sont potentiellement anticoncurrentiels.

Les relations contractuelles entre les courtiers et les compagnies d'assurance sont régies par les Usages du courtage. Ce document contractuel, qui n'a pas de valeur réglementaire, a été annexé au code des assurances sous le titre « *constatation des usages du courtage d'assurances terrestres* ».

L'Usage n°3 détermine les conditions dans lesquelles le droit à commission est transféré en cas de changement de courtier :

*« Le courtier apporteur d'une police a droit à la commission, non seulement sur la prime initiale mais encore sur toutes les primes qui sont la conséquence des clauses de cette police.*

*Le droit à la commission dure aussi longtemps que l'assurance elle-même.*

*Lorsque le remplacement est accordé à un nouveau courtier porteur d'un ordre de remplacement sans dénonciation régulière de la police à remplacer, le courtier créateur conserve son droit à la commission sur toutes les primes du nouveau contrat. »*

L'éventuel transfert de la police d'assurance se trouve conditionné par la conclusion d'une nouvelle police. Or, si la résiliation d'une police d'assurance dommages à durée déterminée et à court terme ne pose pas de problèmes en pratique, il n'en va pas de même pour les polices d'assurance vie à durée plus longue ou indéterminée qui sont assorties d'avantages fiscaux susceptibles d'être perdus en cas de résiliation anticipée.

Cette pratique est susceptible d'affecter la concurrence sur le marché des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation à deux niveaux<sup>(1)</sup> :

Premièrement les nouveaux courtiers en assurance ne vont pas essayer de prendre un marché sachant que, en cas de non dénonciation régulière, ils ne recevront aucunes primes puisqu'elles restent dues au courtier créateur.

Deuxièmement, aucun assuré ne va vouloir changer de courtier puisque cela conduirait à la résiliation de son contrat d'assurance vie et par conséquent à la perte de tous ces avantages fiscaux.

Pour ces deux raisons la concurrence ne s'opère pas, les courtiers créateurs détiennent alors un monopole sur les contrats d'assurance vie qu'ils ont déjà conclus. Cet Usage mène véritablement à une cristallisation du marché.

En théorie, il ne fait plus aucun doute que cet Usage est anticoncurrentiel. Cependant en pratique, cet Usage est aménagé : d'une part par les compagnies d'assurances afin de prendre en compte l'intérêt des assurés et d'autre part entre les courtiers eux-mêmes concernant les commissions.

Par conséquent, à ce jour, aucune compagnie de courtage en assurance n'a jamais été condamnée pour pratique anticoncurrentielle par application de cet Usage.

Des Usages peuvent aussi être anticoncurrentiels dans d'autres secteurs d'activités tels que la publicité.

## **2. Les usages de la publicité**

Plus précisément dans le domaine de la publicité seront visés les intermédiaires de publicité.

Les intermédiaires de publicité ont pour mission principale de mettre en relation des industriels soucieux de faire « annoncer » l'existence et les qualités de biens dont ils veulent assurer la vente et des entreprises disposant de supports publicitaires.

Lorsqu'un intermédiaire de publicité perd un client au profit d'un confrère il s'adresse à ce dernier pour lui réclamer une réparation pécuniaire appelée indemnité de dépossession<sup>(2)</sup>.

L'indemnité de dépossession prend sa source dans un document d'origine syndicale élaboré d'un commun accord par la Fédération française de la publicité et par la Fédération Nationale de la presse française et baptisé Code des Usages de la publicité.

Grâce à une habile organisation de la profession les publicitaires sont parvenus hors de toute disposition légale ou réglementaire à en faire admettre l'obligation par tous. Cette force contraignante a été facile à imposer car le manquement éventuel au paiement peut être sanctionné par le retrait de la carte accréditive permettant d'exercer le métier de publicitaire.

Deux Usages sont susceptibles d'avoir un effet anticoncurrentiel<sup>(3)</sup>:

Premièrement, l'accréditation de la carte pourrait être considérée comme une pratique restrictive de concurrence puisqu'elle restreint l'accès au marché de la publicité. Un nouvel intermédiaire de publicité voulant entrer sur le marché de la publicité peut être contraint d'y renoncer car n'a pas reçu la carte accréditive lui permettant d'exercer cette profession.

Il est possible de comparer la carte accréditive des intermédiaires de publicité avec la cession de la carte du VRP. Cette pratique pourrait être qualifiée d'Usage d'une part car n'est validée par aucun texte législatif ou réglementaire et d'autre part car il s'agit d'une pratique répétée ayant acquis force contraignante et légitime en ce sens que les destinataires ont acquis la certitude qu'elle était obligatoire. Cette pratique a un effet anticoncurrentiel car elle restreint l'accès au marché pour les nouveaux VRP.

Deuxièmement, l'indemnité de dépossession peut avoir des effets anticoncurrentiels à plusieurs égards :

Un candidat à la profession peut être découragé d'y postuler de crainte de s'endetter ou de ne pouvoir payer.

De plus, l'éventualité de non paiement incline l'annonceur à ne pas changer de publicitaire et protège les publicitaires en place contre l'entrée en lice de nouveaux concurrents<sup>(3)</sup>.

Les Usages peuvent être des pratiques restrictives de concurrence mais également peuvent constituer un abus de position dominante, tel est le cas dans l'affaire Châlon-Mégard.

### **3. Les Usages dans la fabrication et l'installation de presses à fromage**

La société Châlon-Mégard est une société offrant des services de création et de modernisation de fromagerie fabricant du reblochon laitier ainsi que des services d'installation et de maintenance des machines dans ces usines.

Cette société est plus particulièrement connue pour la mise au point d'une méthode de pressage plus productive : « la presse étagée ». Ce dispositif de pressage est couvert par un brevet.

Etant donné que la société Châlon-Mégard est la société créatrice de la « presse étagée » ainsi que la société détentrice du brevet il est d'usage que ce soit elle qui procède à la fourniture et à l'installation de cette presse. Il n'est pas possible, selon la société, qu'une autre entreprise puisse installer la presse.

Le fait que la société Châlon-Mégard fournisse un service complet constitue un Usage dans la profession c'est-à-dire une pratique répétée ayant acquis force contraignante et ne se fondant sur aucune disposition législative ou réglementaire.

Le Conseil de la Concurrence<sup>(4)</sup> a estimé que cet Usage a eu pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'installation des fromageries fabriquant du reblochon laitier.

En effet, cet Usage empêche les autres sociétés d'accéder au marché de l'installation des fromageries fabriquant du reblochon laitier. Le Conseil considère que la société Châlon-Mégard fait une exploitation abusive de sa position dominante sur ce marché.

Des Usages peuvent également être susceptibles de fausser le jeu de la concurrence dans le domaine du management catégoriel.

### **4. Les Usages dans le management catégoriel**

S'étant saisie de sa propre initiative sur les pratiques de management catégoriel, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis qui identifie un certain nombre de risques potentiels<sup>(5)</sup>.

Le management catégoriel consiste en une collaboration plus ou moins étroite entre un distributeur et un fournisseur, dans le but d'animer une catégorie de produit.

Un exemple courant est celui de la catégorie « petit-déjeuner » où peuvent être inclus, selon les distributeurs, les cafés, les thés, les chocolats en poudre, les céréales, les biscottes, les brioches, les jus de fruit, les viennoiseries fraîches, etc. Le management par catégorie consiste alors, pour l'essentiel, à organiser la présentation de la catégorie de produits comme un ensemble cohérent plutôt que comme la juxtaposition de décisions portant sur chaque produit de la catégorie.

Concrètement, le distributeur va confier à un fournisseur « partenaire » (désigné comme « capitaine de catégorie ») la tâche d'élaborer des recommandations portant principalement sur l'assortiment, l'agencement du rayon (ou « merchandising ») ainsi que sur la politique de promotion relative à la catégorie de produits retenue.

Les critères requis pour que cette pratique constitue un Usage sont remplis puisque non seulement cette pratique se répète depuis plus de 10 ans mais en plus de cela, certains opérateurs ont formalisé et systématisé ce type de collaborations ce qui donne à cette pratique une force contraignante. En effet, si une des parties ne respecte pas cette obligation expressément convenue dans le contrat alors cela pourrait aboutir à une résiliation du contrat.

L'Autorité a identifié un certain nombre de risques potentiels pour la concurrence liés à cet Usage :

Premièrement, les risques d'éviction de concurrents des linéaires.

Le capitaine de catégorie, qui participe parfois à la politique d'implantation des produits en magasin, peut chercher à profiter de sa relation privilégiée avec le distributeur pour influencer significativement l'assortiment et l'agencement des rayons, à son avantage et au détriment de ses concurrents, surtout lorsqu'ils ont un moindre pouvoir de marché (PME, etc.)

Par ailleurs, la spécificité du management par catégorie est de fréquemment s'appuyer sur des comparaisons entre produits. Lors des présentations qu'il peut être amené à faire au distributeur, le capitaine de catégorie pourrait être tenté de dévaluer volontairement la

performance des produits concurrents en présentant des données erronées ou en faussant l'interprétation de données exactes.

Enfin, cet Usage de management catégoriel est l'occasion d'échanges d'informations privilégiés entre fournisseurs et distributeurs : d'une part, le fournisseur partenaire accède de façon exclusive à certaines données quantitatives transmises par le distributeur (données issues des cartes de fidélité, données sur les ventes, les prix et les stocks, par magasins et par référence sur une base hebdomadaire) et d'autre part, le capitaine de catégorie va pouvoir anticiper de façon privilégiée les évolutions de la stratégie commerciale du distributeur.

Deuxièmement, les risques d'ententes, notamment entre distributeurs.

Le management par catégorie peut favoriser la réalisation d'ententes horizontales entre distributeurs. En effet, dans le cas où un même fournisseur exerce les fonctions de capitaine de catégorie auprès de plusieurs distributeurs de façon simultanée, le risque existe qu'il serve de « pivot » à une entente en facilitant la transmission d'informations entre distributeurs. Un fournisseur partenaire pourrait ainsi informer ses distributeurs partenaires de leurs intentions respectives et permettre ainsi la mise en œuvre d'une pratique concertée, consistant, par exemple, en une hausse des prix et/ou en une réduction de la variété des produits mis en vente.

Les Usages dans les secteurs du courtage, de la publicité, de la fabrication et de l'installation de presse à reblochon ainsi que dans le secteur du management catégoriel peuvent avoir un effet aggravateur sur le Droit de la concurrence par leur simple application. Existente également des Usages qui peuvent être anticoncurrentiels par leur diffusion.

## **B. L'EFFET AGGRAVATEUR DES USAGES PAR LEUR DIFFUSION**

La diffusion des prix qu'une profession a coutume d'exercer a parfois pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence (1). Est également anticoncurrentiel le fait d'interdire l'Usage consistant à commercer avec les porteurs de médicaments à domicile et ce, par voie de presse(2). La diffusion peut aussi avoir un effet aggravateur sur un comportement qui est en soi anticoncurrentiel (3).



## **1. Diffusion des barèmes de prix**

A parfois été reconnu comme anticoncurrentiel le fait d'établir et de diffuser le barème des honoraires moyens perçus par les avocats dans une région particulière <sup>(6)</sup>.

Ces barèmes d'honoraires sont calculés sur les honoraires pratiqués de manière répétée depuis plusieurs années par les professionnels concernés. Autrement dit ces barèmes d'honoraires constituent des Usages. Le fait de diffuser cet Usage entraîne un effet anticoncurrentiel.

En effet, cette codification peut être interprétée comme une recommandation pour les avocats à s'aligner sur ces barèmes et par conséquent à une atteinte à la libre fixation des prix et donc au une atteinte au Droit de la concurrence.

De la même manière la diffusion de série centrale des prix par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics a été jugée par le Conseil de la Concurrence comme constituant une pratique qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence en détournant les entreprises de la détermination de leurs propres coût de revient et en favorisant la hausse artificielle des prix <sup>(7)</sup>.

La série centrale des prix étaient calculées sur les prix généralement exercés par les architectes depuis un certain nombre d'années. Il s'agit donc d'un Usage puisque répondant au critère de répétition. Si cet Usage n'est pas en soi constitutif d'un effet anticoncurrentiel, le fait de le diffuser invite les opérateurs économiques concernés à s'aligner sur ces prix et par porte atteinte au Droit de la concurrence.

La diffusion des prix exercés de manière coutumière par une certains professionnels peut se révéler anticoncurrentiels. De la même manière mettre en garde par voie de Presse les pharmaciens de commercer avec les porteurs de médicaments fausse également le jeu de la concurrence.

## **2. Diffusion d'une mise en garde concernant un Usage**

Il est d'usage pour les pharmaciens d'être en relation avec des porteurs de médicaments.

Le portage de médicaments peut s'effectuer à titre gratuit, d'un proche pour un malade, mais également à titre onéreux, d'une société vers un patient qui du fait de son vieil âge ou

de son incapacité ou encore de son éloignement ne peut se déplacer directement dans un point de vente physique de médicaments.

La pratique du portage de médicaments à domicile, du moins à titre gratuit, existe depuis toujours. De ce fait, les professionnels estiment qu'il est de leur droit d'être en relation avec des porteurs de médicaments. Il s'agit donc d'un Usage.

Le fait de diffuser une mise en garde contre les services de portage à l'intention des pharmaciens a pour objet ou pour effet d'empêcher l'accès au marché des entreprises proposant ce type de service et constitue donc une pratique anticoncurrentielle<sup>(8)</sup>.

Les instances ordinales et syndicales ont interprété les dispositions du code de la santé publique dans un sens laissant supposer que les pharmaciens qui délivraient des médicaments à des entreprises de portage de médicaments à domicile ne respectaient pas la législation.

Le conseil régional de l'Ordre du Languedoc-Roussillon a, au travers de sa lettre confraternelle, menacé explicitement les pharmaciens ayant une relation suivie avec des sociétés de portage d'un passage en chambre de discipline et de sanctions sévères.

Cette lettre a connu une large diffusion auprès des syndicats départementaux et des pharmaciens de la région, encourageant ainsi une pratique de boycott par nature anticoncurrentielle.

L'usage en lui-même n'est pas anticoncurrentiel c'est le fait de diffuser une mise en garde concernant cet usage qui entraîne une pratique anticoncurrentielle.

Parfois, l'Usage peut être en soi anticoncurrentiel mais sa diffusion aggrave d'autant plus son impact négatif sur le Droit de la concurrence.

### **3. Diffusion d'un appel au boycott**

Le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes a exercé de fortes pressions afin de mettre un terme aux partenariats entre la société Santéclair, entreprise intervenant dans le cadre de l'assurance santé complémentaire, et les chirurgiens-dentistes.<sup>(9)</sup>

Pour ce faire, le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes a publié des avis, des articles de journaux dans « *La lettre de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes* », des courriers adressés aux conseils départementaux ou encore des circulaires...

Ces pratiques remplissent les deux critères constitutifs d'un Usage :

D'une part, il s'agit bien d'une pratique répétée. En effet, il est démontré que cette pratique a été réitérée nombre de fois et ce, sur une période de sept ans.

De plus, le Conseil de la Concurrence dans sa décision consacre une partie entière sur la répétition rappelant que: « *Les pratiques anticoncurrentielles revêtent le caractère de pratiques continues lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la réitération constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial. Il s'agit ainsi de pratiques caractérisées par la continuité de la volonté anticoncurrentielle sans qu'un acte matériel ait nécessairement à renouveler la manifestation dans le temps* » (Conseil de la Concurrence dans son rapport annuel pour 2002, p 91). Le Conseil rappelle que tel est le cas en l'espèce.

D'autre part, il s'agit d'une pratique ayant acquis force contraignante. En effet, les conseils départementaux, qui ont à leur tour publié cette information, l'ont accompagnée de menaces concrètes de sanctions disciplinaires à l'encontre des chirurgiens-dentistes qui maintiendraient une relation contractuelle avec la société Santéclair. Il ressort des éléments du dossier que les messages diffusés par le Conseil national ont effectivement conduit à des dénonciations du protocole Santéclair par les chirurgiens-dentistes en nombre non négligeables.

L'appel au boycott par le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et par les conseils départementaux est donc devenu un Usage.

Une telle attitude est bien entendu en soi anticoncurrentielle. Cependant, la diffusion de cet appel au boycott, notamment par voie de presse, a aggravé l'effet négatif sur le Droit de la concurrence. Cette aggravation se retrouve au niveau des sanctions.

Les Usages peuvent avoir un effet aggravateur sur le Droit de la concurrence par leur application mais également par leur diffusion. Cependant, les Usages peuvent également avoir un effet modérateur sur le Droit de la concurrence.

## **II. L'EFFET MODERATEUR DES USAGES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

Les Usages peuvent avoir un effet modérateur sur le Droit de la concurrence en ce sens qu'ils peuvent limiter les comportements portant atteintes au Droit de la concurrence.

Les Usages loyaux du commerce ont un effet modérateur sur le Droit de la concurrence car ils constituent un cadre à ne pas dépasser pour les acteurs économiques concernés ou constituent parfois même une justification satisfaisante pour écarter l'application du Droit de la concurrence(1).

Par ailleurs, la codification de certains Usages par les professionnels leur donnent davantage de force contraignante et par conséquent tempèrent les comportements anticoncurrentiels. (2)

### **A. L'effet modérateur des Usages loyaux du commerce sur le Droit de la concurrence**

Les Usages honnêtes du commerce désignent des comportements qui encouragent le respect du Droit de la concurrence. En effet, la violation de ces Usages est susceptible d'une action en concurrence déloyale (1).

Par ailleurs, dans le Droit de la concurrence Ukrainien il existe une exception au principe de prohibition des ententes fondée sur les Usages honnêtes du commerce, ce qui permet d'écarter l'application du Droit de la concurrence (2).

#### **1. L'action en concurrence déloyale sur le fondement de la violation des Usages loyaux du commerce**

Il est possible d'intenter une action en concurrence déloyale sur le fondement de la violation des Usages loyaux du commerce.

En effet, outre le fondement envisagé dès le XIXe siècle par les tribunaux, à savoir la responsabilité civile du fait personnel, la doctrine a proposé d'autres fondements possibles de l'action en concurrence déloyale.

Il serait possible d'envisager l'action en concurrence déloyale comme une action destinée à faire respecter une certaine morale professionnelle, et plus précisément de faire respecter ce que l'on appelle les « usages professionnelles » : dans cette optique, l'action en

concurrency déloyale serait une action de type disciplinaire, fondée sur la violation des Usages honnêtes du commerce.

Les Usages loyaux du commerce constituent un cadre à ne pas dépasser pour ne pas être sanctionné sur le fondement de la concurrence déloyale.

Un exemple permettant d'illustrer cette idée concerne le démarchage de clientèle. Il est de jurisprudence constante de dire que la recherche de la clientèle d'autrui est licite à condition de respecter les usages loyaux du commerce.

A ainsi été jugé par la CA de Paris <sup>(10)</sup> que « *Si une entreprise ne dispose d'aucun droit privatif sur sa clientèle et si des sociétés œuvrant dans le même domaine d'activité sont en droit de démarcher la clientèle des concurrents, il n'en demeure pas moins que ce démarchage doit se faire en respectant les usages du commerce et non en utilisant des procédés déloyaux.* »

En l'espèce des agents se présenter chez le client d'une entreprise concurrente avec l'annuaire édité par le concurrent en se prévalant d'une future fusion avec l'entreprise concurrente. Cette pratique constitue un acte déloyal et par conséquent anticoncurrentiel car contraire aux usages loyaux du commerce parfois aussi appelés les usages découlant du principe de la liberté du commerce et de l'honnêteté professionnelle. <sup>(11)</sup>

Les Usages loyaux du commerce constituent des limites aux comportements déloyaux et anticoncurrentiels car la crainte de la sanction encourage les acteurs économiques à ne pas dépasser ces limites. Par conséquent ces Usages limitent les attitudes anticoncurrentielles et par la même modèrent les comportements anticoncurrentiels sur le Droit de la concurrence.

Par ailleurs, il existe deux conceptions de l'action en concurrence déloyale : la conception « réparatrice » et la conception « répressive ». <sup>(12)</sup>

Dans la conception « réparatrice » de l'action en concurrence déloyale doit être rapportée la preuve de la faute mais également du préjudice.

Dans l'approche « répressive » de l'action en concurrence déloyale, il suffit de démontrer une faute pour que l'action en concurrence déloyale soit recevable. La démonstration du préjudice n'est pas nécessaire dans cette vision. Il est plus facile d'obtenir gain de cause dans cette vision ce qui permet de limiter davantage les atteintes au Droit de la concurrence.

En effet, les opérateurs économiques concernés seront plus facilement condamnables donc feront d'autant plus attention à ce que leur attitude ne soit pas anticoncurrentielle. Cette conception permet de limiter encore plus les comportements anticoncurrentiels et constitue donc un effet modérateur au Droit de la concurrence.

De plus, si l'on adopte une conception large de la faute, les concurrents lésés mais aussi les consommateurs peuvent intenter une action en concurrence déloyale.

Certains Etats européens ont adopté ce point de vue : ainsi, en Allemagne, en Belgique, aux Pays-Bas, la législation et/ou la jurisprudence ont évolué d'une conception de la déontologie professionnelle dans le seul intérêt des concurrents vers une conception plus large, admettant que le public en général a intérêt à ce que les opérateurs économiques respectent les usages honnêtes du commerce.

Une telle évolution a d'ailleurs pour effet d'élargir considérablement la notion de pratiques contraires aux usages honnêtes du commerce, puisqu'elle permet de sanctionner des comportements qui, s'il s'était agi uniquement de la protection des concurrents, auraient échappé à la sanction.

Des textes d'origine professionnelle, comme les codes internationaux de pratiques loyales dans le domaine du marketing, ou en matière de vente à domicile, édités respectivement en 1973 et 1977 par la Chambre de commerce internationale, prennent également en compte l'intérêt des consommateurs.

Si les consommateurs et les concurrents lésés peuvent intenter une action alors les acteurs économiques concernés ont d'autant plus de chance de se voir intenter un procès et par conséquent devront surveiller de plus près leur comportement. Les Usages loyaux du commerce ont, dans cette vision, encore un impact modérateur encore plus important sur le Droit de la concurrence.

Les usages honnêtes du commerce peuvent constituer une limite aux comportements déloyaux, cependant parfois, les Usages loyaux du commerce sont une limite insuffisante pour démontrer l'atteinte au Droit de la concurrence.

En effet, la référence aux usages ne permet nullement de définir avec suffisamment de précision les règles dont la transgression entraînerait l'application de la sanction, et la définition des actes « contraires aux usages honnêtes du commerce » est aussi floue que celle des actes déloyaux.

D'ailleurs, il est fréquent que l'on caractérise les uns par référence aux autres : par exemple, la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 a défini l'acte de concurrence déloyale comme « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ».

De même, les auteurs estiment généralement que « la faute consiste dans la violation... d'un « usage professionnel », comme certaines décisions, qui associent la loyauté de la concurrence et le respect « des usages locaux du commerce » <sup>(13)</sup>.

Toutefois, il convient de s'interroger sur l'autorité qui a le pouvoir de qualifier d'honnête un usage, ou de loyale une pratique : on ne saurait, de ce point de vue s'en remettre aux seuls professionnels, sans risquer de priver le juge de tout pouvoir de contrôle.

C'est sans doute pour cette raison qu'en France, le juge refuse de se laisser enfermer à la seule référence aux usages professionnels, lesquels seraient susceptibles de valider une pratique qu'il estime constituer un acte de concurrence déloyale : abandonnant une position qu'elle avait autrefois adoptée <sup>(14)</sup>, la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait débouté le demandeur, en se fondant sur un usage professionnel qui, selon les juges du fond, validait la pratique litigieuse <sup>(15)</sup>.

Inversement, elle a admis que le manquement à un usage professionnel ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale <sup>(16)</sup>.

Si la violation des Usages loyaux du commerce ne s'accompagne pas toujours d'une sanction il n'en demeure que parfois leur violation peut être sanctionnée et qu'ils restent par conséquent une limite à ne pas dépasser pour ne pas avoir une attitude contraire au Droit de la concurrence.

D'ailleurs, la Loi Ukrainienne de la concurrence prévoit une exception fondée sur les Usages honnêtes du commerce.

## **2. L'importance des Usages loyaux du commerce dans la Loi de la concurrence Ukrainienne**

Le Loi Ukrainienne de la concurrence est entrée en vigueur le 11 janvier 2001.

Comme l'article 101 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union Européenne, son article 6 prévoit la prohibition des ententes.

Cependant, l'article 8 de cette loi prévoit une exception basée sur les Usages. En effet, les pratiques concertées sont admises dans les contrats de fourniture de biens quand elles sont justifiées par les Usages du commerce et les honnêtes Usages du monde de l'entreprise ce qui semble recouvrir la même chose que les Usages loyaux du commerce et les Usages découlant de l'honnêteté professionnelle.

Autrement dit, les parties peuvent s'entendre, dans les contrats de fourniture de biens, à condition que leur accord soit justifié par les Usages loyaux du commerce et de la profession.

Ces Usages ont un effet modérateur sur le Droit de la concurrence en ce sens qu'ils ont une importance telle qu'ils permettent de contourner l'application du Droit de la concurrence en Ukraine.

Les Usages loyaux du commerce permettent de modérer le Droit de la concurrence d'une part par la crainte d'une possible action en concurrence déloyale et d'autre part, parce qu'ils sont parfois considérés d'une importance telle qu'ils permettent de contourner le Droit de la concurrence.

Par ailleurs, les Usages sont parfois codifiés dans des codes de déontologie. Certains de ces Usages interdisent les comportements anticoncurrentiels et de ce fait, invitent fortement à respecter le Droit de la concurrence.



## **B. L'effet modérateur des Usages codifiés par des professionnels**

Apparue pour la première fois dans la langue française en 1825 après la traduction d'un essai de BENTHAM, la déontologie est généralement comprise comme un ensemble de règles morales, techniques et juridiques, de bonne conduite, dont une profession se dote pour organiser son fonctionnement et légitimer ses missions.<sup>(17)</sup>

Parmi ces règles les professionnels se trouvent parfois la codification d'Usages attachés à la profession. Parmi ces Usages, certains prônent le respect des règles du Droit de la concurrence.

Ils ont un effet modérateur sur le Droit de la concurrence puisque prohibent certaines attitudes pouvant porter atteintes au Droit de la concurrence.

Ainsi, il est interdit aux pharmaciens, dans leur code de déontologie de juillet 2009<sup>(18)</sup>, de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle. Ils doivent s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale.

Cette interdiction est en soi un Usage loyal du commerce. Les pharmaciens, même en l'absence de ce code, savent pertinemment qu'ils ne peuvent exercer selon des procédés déloyaux. Il s'agit d'une part du bon sens mais également d'un Usage honnête du commerce.

Le fait de codifier cet Usage accentue sa force contraignante. Les professionnels vont avoir plus tendance à respecter ce principe.

Par conséquent, les codes de déontologie qui codifient certains Usages loyaux du commerce donnent davantage de force contraignante à ces Usages et de ce fait atténuent les comportements anticoncurrentiels.

## REFERENCES

- 1) Décision du Conseil de la Concurrence n°00-D-62 du 13 décembre 2000 relative à l'incidence des usages du courtage sur la situation de la concurrence dans le secteur des opérations de l'assurance sur la vie et de capitalisation.
- 2) « L'indemnité de dépossession dans les rapports entre intermédiaires de publicité » par EMILE ARRIGHI DE CASANOVA, Directeur de l'Expansion Industrielle, DALLOZ 1961.
- 3) La Commission des techniques des ententes a condamné l'indemnité de dépossession dans un avis du 4 janvier 1958.
- 4) Décision du Conseil de la Concurrence n°97-D-16 du 11 mars 1997 relative aux pratiques de la société Châlon-Mégard sur le marché de l'installation de fromageries fabriquant du fromage de reblochon.
- 5) Communiqués du 7 décembre 2010 : L'Autorité de la concurrence rend un avis sur l'impact concurrentiel d'un usage : le management catégoriel entre fournisseurs et distributeurs dans le secteur de la grande distribution alimentaire.
- 6) Décision du Conseil de la Concurrence n°98-D-05 du 14 janvier 1998 relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par le barreau de Colmar et Décision du Conseil de la Concurrence n°97-D-30 du 14 mai 1997 relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par le barreau de Clermont-Ferrand.
- 7) Décision du Conseil de la Concurrence n°99-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics.

- 8) Décision du Conseil de la Concurrence n°97-D-26 du 22 avril 1997 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du portage de médicaments à domicile.
- 9) Décision du Conseil de la Concurrence n° 09-D-07 du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé.
- 10) CA de Paris 4e ch.A. 27 mai 1992
- 11) CA Paris 4<sup>e</sup> ch.A 26 février 1991
- 12) Marie-Laure Izorche, RTD Com. 1998 p.17, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme »
- 13) Par exemple, CA Paris, 5 mars 1987, D. 1988. Somm. 180, obs. Y. Serra.
- 14) Cass. Com., 5 juin 1971, Bull. civ. IV, n°155.
- 15) Cass. Com., 26 mai 1983, Bull. civ. IV, n° 149.
- 16) Cass. com., 21 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 2. *Pan.* 230. Certes, on pourrait objecter qu'un arrêt plus récent (Cass. com., 29 avr. 1997, *D.* 1997. 459, note Y. Serra) a estimé que certains actes « s'étaient effectués en méconnaissance des règles déontologiques de la profession... ce qui suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale », mais cette formulation constitue une réponse à la décision des juges du fond, qui avaient exigé, pour que soit constituée la faute, que soit démontrée « l'existence de quelconques manœuvres *ou* initiatives de la société ».

Il semble donc bien que la Haute Cour affirme, en des termes trop généraux, il est vrai, mais que l'on ne saurait dissocier de leur contexte, que la concurrence déloyale ne réside pas simplement en une attitude active (initiatives, manœuvres), mais qu'elle peut également être constituée par la simple indifférence à l'égard d'une règle de bonne conduite.

La Cour de cassation n'évoque pas, comme les juges d'appel, des « manœuvres ou des actes constitutifs de concurrence déloyale », et se contente d'observer, en visant l'article 1382 du code civil, que le fait qu'ils aient été « effectués en méconnaissance » des règles déontologiques suffisait ici à établir que « *de tels agissements* étaient constitutifs de concurrence déloyale ».

Autrement dit, si des actes effectués en violation d'une règle professionnelle peuvent constituer un acte de concurrence déloyale (ce qui est admis par la jurisprudence), il n'est pas nécessaire pour cela que la violation consiste en des manœuvres, en des initiatives : c'est davantage sur l'opposition entre la violation active d'une règle professionnelle et l'indifférence à son égard, que sur la liaison automatique entre violation de l'usage et concurrence déloyale que semble avoir été fondée la décision.

17) Conférence: “ Déontologie et concurrence”, jeudi 21 juin 2007, Daniel TRICOT, Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

18) Code de déontologie des pharmaciens, édition de juillet 2009