

LES USAGES DE L'AGROALIMENTAIRE

Jeudi 30 septembre 2021

Faculté de Droit de Montpellier

LES USAGES DANS LA PHASE DE PRODUCTION

- Acte du colloque -

Codes d'usages et droit de la concurrence

Un régime sucré-salé ou aigre-doux ?

Intervention de Jean-Michel Vertut

Avocat – Chargé d'enseignements à l'Université de Droit et de Science Politique de Montpellier

Avant-propos.

Quelle articulation entre droit de la concurrence et codes d'usages ?

La question de la cohabitation, parfois tourmentée, entre le droit de la concurrence et les usages propres à un secteur économique donné n'est pas nouvelle au sein de la faculté de droit de Montpellier et plus spécialement de l'Institut des Usages.¹

A titre liminaire, il est à signaler que l'on ne saurait approcher de la question des codes d'usages au regard du droit de la concurrence sans évoquer le rôle particulier des organisations professionnelles dans le premier de ces domaines, alors qu'est récemment intervenue une « *révolution copernicienne* »² selon les termes de Madame la Présidente de l'Autorité de la Concurrence, au plan du risque financier pour les organismes professionnels qui commettraient des infractions au droit de la concurrence, à l'occasion de la transposition en droit français³ de la directive n°2019/1 dite « ECN+ ».

¹ Les usages en droit de l'entreprise, Lexis 2010, voir contribution « *Les Usages en matière d'assurance* », A. Bres, C. Broussy et G. Clamouse, page 189 et s.

² Etude thématique de l'Autorité de la Concurrence consacrée aux organisations professionnelles, janvier 2021, page 2. Un webinaire s'est d'ailleurs tenu le 7 septembre 2021 consacré aux organismes professionnels face aux enjeux de concurrence avec notamment Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité de la concurrence, Virginie Beaumeunier, Directrice Générale de la DGCCRF et Jacques Creyssel, Délégué général de la Fédération du commerce et de la distribution, co-Président de la Commission Economie, compétitivité et finances du MEDEF. Il est visible sur le site de l'Autorité de la concurrence : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/article/retrouvez-le-webinar-echelle-sur-les-organismes-professionnels-face-au-droit-de-la>.

³ Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

A ainsi été supprimé le plafond spécifique de sanction (3 millions d'euros) qui était applicable aux organismes professionnels, limitant jusqu'alors le risque financier au titre des amendes en cas d'infraction.

Ce plafond n'étant plus de mise, les organismes professionnels s'exposent, en cas d'infractions aux règles de concurrence, à des sanctions pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial cumulé de chacun de ses membres.

Ce rappel effectué, l'approche ici tentée se gardera bien d'être exhaustive et n'a pas d'autre ambition que de présenter une perspective générale sur la question. En pratique, chaque situation mériterait en effet une analyse spécifique pour aboutir à la conclusion que telle ou telle pratique, ressortant ou à partir de tel ou tel code d'usages, place ses auteurs en situation plus ou moins inconfortable au regard des règles de concurrence.

Ne seront pas davantage et spécifiquement traités – à tout le moins au principal - d'éventuelles pratiques collatérales à ces codes d'usages (cartels, diffusion de consignes tarifaires comprenant toutes formes de préconisations sur des éléments de prix, échanges d'informations stratégiques commercialement sensibles, stratégies d'évictions telles qu'appels à boycott⁴, interprétation erronée à des fins anticoncurrentielles d'une réglementation...), mais qui méritent que nous les signalions en avant-propos.

Ne seront pas non plus abordées les délicates problématiques de la libre circulation des marchandises et des mesures d'effets équivalents, ni celles signes officiels de qualité et de l'origine (SIQO : AOP, IGP etc.) qui, issus d'une démarche collective et volontaire émanant de groupements de producteurs, obéissent à des conditions de production strictes validées par l'Etat, sont soumis à des contrôles réguliers par des organismes indépendants agréés par les pouvoirs publics et apportent une garantie officielle pour les consommateurs.

Enfin, le propos s'inscrivant dans le cadre de la phase de la production d'une denrée alimentaire sous l'angle de sa dénomination et de sa composition, nous ne débattons pas de la problématique des usages, à commencer par leur sanction, évoquée dans d'autres contributions que la présente et s'intéressant à l'aval de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, distribution ou consommation.

La problématique des usages au stade de la consommation procure néanmoins un point de départ pour le traitement du sujet des codes d'usages au stade de la production ou la confection des produits, à partir du Règlement INCO de 2011⁵ ou de la Directive de 1978 qui l'avait précédé.⁶

⁴ Voir par exemple, très récemment, la décision n° 21-D-21 du 9 septembre 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport routier de marchandises.

⁵ Règlement UE n° 1169/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'Information des Consommateurs sur les Denrées alimentaires.

⁶ Directive (79/112/CEE) du Conseil du 18 décembre 1978 relative au rapprochement des législations des états membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard.

Bien que le droit de la concurrence n'ait pas eu besoin de tels règlements pour s'intéresser aux usages, en général, en ce qu'ils peuvent restreindre la concurrence⁷, ces règlements, dans le cadre de ce colloque, suggèrent une réflexion dans un contexte mixte, sur la combinaison éventuelle des règles « alimentaires » et « concurrentielles » (I). Ce contexte une fois rappelé et quelques définitions posées, il sera alors temps de se pencher, au moins superficiellement, sur le sort de ces codes d'usages au plan du droit de la concurrence (II).

I. Eléments de contexte et définitions.

Le sujet devient en effet délicat lorsque la « courbe » de la problématique initialement exclusivement alimentaire (A), croise celle du droit de la concurrence à la faveur du rattachement de ces codes d'usages à la notion de norme, déjà bien approchée par le droit de la concurrence (B).

A. Un contexte de réglementation alimentaire favorable à la prise en compte des usages.

1. Il est vrai que les textes précités que sont le règlement INCO de 2011 et son prédécesseur de 1978, peuvent inviter les acteurs à promouvoir les codes d'usages au stade de la production, alors que le législateur de l'Union évoque lui-même, certes à titre subsidiaire, les usages en tant que référentiel éventuel de la dénomination d'un produit.

Ainsi, la directive de 1978 (art. 5 § 1) disposait-t-elle que « *La dénomination de vente d'une denrée alimentaire est la dénomination prévue par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives qui lui sont applicables et, à défaut, le nom consacré par les usages de l'État membre dans lequel s'effectue la vente au consommateur final ou une description de la denrée alimentaire et, si nécessaire, de son utilisation suffisamment précise pour permettre à l'acheteur d'en connaître la nature réelle et de la distinguer des produits avec lesquels elle pourrait être confondue.* ».

Or, évoquer une dénomination d'une chose amène vite à devoir en poser sa définition, si possible précisément, notamment dans sa nature. La nature de la denrée à définir suppose d'en identifier sa qualité et les éléments qui la sous-tendent. Les codes d'usages en sont un moyen commode, en l'absence de règles légales.

⁷ Conseil de la concurrence, décision 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 : « *Considérant que les usages du courtage, qui régissent les relations entre les compagnies d'assurance et les courtiers, constituent en tant que tels des conventions susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation ;* »; A rapp. Décision n° 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, au plan du refus d'une demande d'exemption individuelle sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-4 du code de commerce : « *563. En premier lieu, la société Quélin se prévaut, sur le fondement du 1° de l'article L. 420-1 du « particularisme culturel » du secteur des monuments historiques, dans lequel les usages inciteraient à un partage d'informations entre donneurs d'ordre et entrepreneurs et à la planification de chantiers entre confrères dans le cadre du GMH. 564. A supposer même établie l'existence d'« usages » encourageant les entreprises du secteur des monuments historiques à procéder à des échanges d'informations dans le cadre des appels d'offres lancés par les maîtres d'ouvrage - ce qui ne ressort nullement des affirmations non étayées de la société - cette dernière ne peut utilement se prévaloir du 1° de l'article L. 420-1 du code de commerce dès lors que l'exonération qu'il prévoit ne s'applique qu'aux pratiques constituant une conséquence nécessaire de l'application d'un texte législatif ou réglementaire.* ». [Note : il semble que l'article visé soit plutôt l'article L 420-4 I 1° du code précité]

Le règlement INCO dispose quant à lui (art. 17 § 1) que « **La dénomination de la denrée alimentaire est sa dénomination légale. En l'absence d'une telle dénomination, la dénomination de la denrée est son nom usuel. À défaut d'un tel nom ou si celui-ci n'est pas utilisé, un nom descriptif est à indiquer.** ».

Nous remarquons, selon une démarche historique et comparative, que le premier de ces textes fait état de « *nom consacré par les usages* », alors que le deuxième ne fait plus état que de « *nom usuel* ».

Faut-il y voir pour les juristes spécialistes en matière d'usages deux propositions certes voisines, mais visant tout de même deux situations différentes, la consécration d'un nom par les usages convoquant des notions juridiques le cas échéant plus abouties que la seule référence à un nom usuel ? Il est à signaler que les versions anglaises des deux textes rompent aussi avec l'identité terminologique et mentionnent dans le texte le plus ancien celui de « *name customary* » (1978) puis celui de « *customary name* » dans le texte le plus récent (2011). A moins qu'il faille voir derrière ces évolutions un mouvement d'émancipation de la tutelle de la réalité historique d'un produit au plan de son état, pour lui préférer une dénomination « *usuelle* », peut être moins coutumière ?

A titre d'exemple et lorsque la prescription ne résulte pas d'un texte réglementaire, est-il si évident et établi que telle préparation se doive, au sens d'un code d'usages, d'avoir précisément à l'unité entre tel et tel grammage, ou d'incorporer tel ingrédient à hauteur d'un pourcentage fixe ou minimum très précis avec une infime marge d'erreur, au point de bannir toute variation plus importante de telle matière première, y compris lorsque la variation reste tout de même assez faible (par exemple plus 3% alors que la marge d'erreur est de 1%).

D'aucuns pourraient alors se questionner si l'on est vraiment en présence d'un usage avéré qu'un code d'usages s'est cantonné à rapporter par une stricte narration descriptive, permettant ainsi la valorisation d'une tradition culinaire ancrée, plutôt que d'un consensus entre acteurs, le cas échéant en nombre limité, sur un mode opératoire donné à partir ou en vue d'une certaine pratique.

Quoi qu'il en soit, le règlement INCO a comme objectif essentiel, d'où en découle son champ d'application, celui de la protection des consommateurs.⁸

Or, le droit de la concurrence a pour vocation de protéger le bon fonctionnement du marché, notamment contre les ententes illicites, même si, tenant cette mission, la discipline qu'il impose contribue de même à protéger les intérêts des consommateurs.

D'où la conclusion qu'il serait prudent de se garder de considérer que la consécration de longue date, dans la directive de 1978, des usages pour fixer la dénomination des denrées alimentaires, de même que le cas échéant la référence implicite à ces usages dans le règlement de 2011, ne pourrait que rendre licite le contenu de ces usages au regard des règles de concurrence, alors d'ailleurs que les codes qui les contiennent n'ont en soi aucune valeur réglementaire.

L'article 1 § 1 du règlement INCO ne rappelle d'ailleurs-t-il pas lui aussi la nécessité de veiller au « *bon fonctionnement du marché intérieur* », dont assurément, moyennant des outils alternatifs, le droit

⁸ Règlement INCO, art. 1 § 1 : « *Le présent règlement contient les dispositions de base permettant d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en matière d'information sur les denrées alimentaires, dans le respect des différences de perception desdits consommateurs et de leurs besoins en information, tout en veillant au bon fonctionnement du marché intérieur* »

communautaire de la concurrence participe. Si convergence d'objectifs il doit y avoir entre les réglementations précitées, c'est notamment celle d'un bon fonctionnement d'un marché unique, et donc du bon fonctionnement de la concurrence.

2. Dans le cadre d'une approche chagrine, ces observations inviteraient alors à démythifier le contenu de ces codes d'usages, si l'on devait considérer que ceux qui les établissent, notamment les organisations professionnelles, et/ou ont contribué à leur rédaction, ont pu ne pas se limiter à décrire la coutume, mais à convenir de prescriptions en matière de confection de leurs produits (composition par exemple) pour en garantir valorisation, avec certes la volonté de protéger les consommateurs finaux contre certaines pratiques déloyales et trompeuses d'opérateurs indéclicats.

La remarque vaut d'autant plus, que les produits évoqués dans ces codes ne seraient pas si traditionnels qu'il n'y paraît, voire lorsque ces codes traitent aussi de sujets qui, en eux-mêmes, pourraient être étrangers au souci de la protection d'une tradition ou d'un certain savoir-faire (ex. l'emballage).

En outre et évolutions réglementaires mises à part pouvant expliquer des mises à jour du millésime d'un code d'usages donné, l'on peut se questionner sur le sens à retirer des changements (révisions, nouvelle édition etc.) du contenu de ces codes usages, à tout le moins si l'on entend conserver au terme « usage » son acception strictement juridique avec l'idée première que « *les usages sont liés à la culture d'un pays, ses habitudes culinaires, son histoire* ». ⁹

In fine, n'est-il pas question de codes « d'usages » alors qu'il peut aussi s'agir parfois de codes de normes ou « *quasi normes* » ¹⁰, de référentiels ou de standards, le qualificatif de codes pouvant d'ailleurs renvoyer à l'idée de règle commune et harmonisée. Ce caractère normatif semble d'ailleurs avoir été mis en avant au sein de certaines filières de l'alimentaire. ¹¹

B. Une catégorie extensive en définition et appréhendée par le droit de la concurrence.

Si les codes d'usages doivent pouvoir s'assimiler à une norme, il n'est donc pas inutile de rappeler une définition de ce qu'est une norme, à savoir une « *spécification technique ou autre document accessible au public, établie avec la coopération et le consensus ou l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondée sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté dans son ensemble, approuvée par un organisme qualifié* ». ¹²

⁹ Revue Lamy Droit Alimentaire, n° 391, 1er avril 2019, Entretien avec Lucas Etienne, responsable des affaires juridiques et réglementaires, au sein de l'alliance 7 « Biscuits et gâteaux de France ».

¹⁰ Terme emprunté au point 229 de l'étude thématique de l'Autorité de la Concurrence consacrée aux organisations professionnelles, janvier 2021.

¹¹ Revue Lamy Droit Alimentaire, n° 391, 1er avril 2019, précité.

¹² Economie de l'innovation : le rôle des normes techniques et des brevets, Dominique Wolff, Dans Vie & sciences de l'entreprise 2010/1-2 (N° 183-184), pages 56 à 70.

L'attribut de « *spécification technique ou (un) autre document* », peut aussi viser ou se rapporter à un produit alimentaire.¹³

Par ailleurs et sur un plan documentaire plus familier pour les juristes en droit du marché, la Commission de l'Union Européenne évoque ainsi les accords de normalisation au sein de ses Lignes directrices de 2011 sur les accords de coopération horizontale¹⁴ : « *Les accords de normalisation ont pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, processus, services ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre* ».

La Commission y souligne le caractère protéiforme de la normalisation qui « *peut revêtir diverses formes, depuis l'adoption, par les organismes de normalisation européens ou nationaux reconnus, de normes reposant sur un consensus jusqu'aux accords entre des entreprises indépendantes en passant par des consortiums ou d'autres cadres* ». Selon la Commission, « *les accords de normalisation peuvent avoir différents objectifs, tels que la normalisation de différentes qualités ou tailles d'un produit donné ou des spécifications techniques propres à des marchés de produits ou de services où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou systèmes sont essentielles* ». Elle précise en outre que « *les accords définissant les performances environnementales de produits ou processus de production sont également couverts par le présent ce chapitre* ».

L'Autorité de la Concurrence française lui emboîte le pas puisque, selon l'Autorité, les « *processus de production peuvent également être considérés comme des accords de normalisation* ».¹⁵

Les codes d'usages nous semblent ainsi pouvoir relever de ces définitions, finalement très ouvertes, de ce qu'est une norme au stade de la production.

A supposer correcte cette qualification, l'évaluation des codes d'usages au plan du droit de la concurrence peut alors en être facilitée, au moins sur plan théorique.

En effet, le droit de la concurrence, à la fois conscient de l'intérêt économique et technique des normes mais aussi parfois suspicieux à leur endroit eu égard à leur potentialité d'affectation de la concurrence, apporte déjà des éclairages sur la question, utiles à une démarche d'autocontrôle et de « compliance ».

¹³ La Normalisation, Collection « *Que sais-je ?* », Presse Universitaire de France, 1^{er} édition, octobre 1994, pages 5 et 6, Jacques Igalens et Hervé Pénan : « *une spécification est une définition ou une détermination des caractéristiques d'une marchandise, le plus souvent un produit industriel mais aussi éventuellement un produit alimentaire, un logiciel ou encore un service. La définition précise, de façon plus générale qu'un document, autre qu'une spécification peut être une norme. Il s'agira, par exemple, de la description d'une procédure ou du contenu d'un manuel ou encore d'un document d'organisation dans le domaine de la qualité par exemple* ».

¹⁴ Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01), point 257.

¹⁵ Etude thématique de l'Autorité de la Concurrence consacrée aux organisations professionnelles, janvier 2021, point 59, note de bas de page 31, renvoyant au point 257 de la Communication de la Commission, Lignes directrices horizontales, précitées.

II. Le régime des codes d'usages en droit de la concurrence.

Si le terme « code » est associé à celui d'usages, l'intitulé « code d'usages » ne doit pas distraire les acteurs de la force très relative de tels « codes » face à ceux de la concurrence (A). Le recours à ces codes d'usages doit donc s'inscrire dans le respect des solutions posées pour permettre le jeu normal de la concurrence (B).

A. Codes d'usages et « codes » de la concurrence.

1. A première vue pour le sujet qui nous occupe, il ne semble pas *ab initio* qu'il existe d'opposition ou d'incompatibilité entre les réglementations relatives à la protection des consommateurs et à l'information nécessaire de ces derniers, avec celles relatives à la protection du bon fonctionnement des marchés. Les réglementations étant autonomes, l'application de l'une n'exclut pas – et ne devrait pas préjuger – de l'application l'autre.

En revanche le contenu des « codes d'usages » professionnels en matière de production pourrait entrer en conflit avec le contenu des « codes » de la concurrence » au sens réglementaire du terme, dès lors notamment que ces codes d'usages traduisent une entente illicite, « horizontale » par exemple, mise en œuvre au stade d'une organisation professionnelle, entre les fabricants d'un produit donné qui conviennent ainsi d'harmoniser leurs pratiques.

Si les acteurs économiques ont décidé d'inscrire leurs pratiques dans le respect de ces codes d'usages et partant de s'autoréguler, ces mêmes codes d'usages sont néanmoins soumis au respect du droit de la concurrence, comme le sont d'ailleurs les acteurs qui adhèrent à ces codes.

La hiérarchie des soumissions ne laisse pas place au doute. Le droit de la concurrence se donne comme objectif de lutter contre toutes les pratiques anticoncurrentielles. Partant, si toutes les pratiques ne sont pas des usages, *a priori* tous les usages traduisent des pratiques (ou accords). Donc tous les usages sont en tant que tels soumis aux filtres du droit de la concurrence.

2. Comme le rappelle l'Autorité de la Concurrence sur son site institutionnel dont nous rapportons les termes¹⁶, la concurrence désigne le processus par lequel les entreprises rivalisent entre elles sur le marché pour satisfaire au mieux les attentes des clients, entreprises comme consommateurs. Cette dynamique peut prendre différentes formes : les entreprises peuvent s'affronter sur le terrain des prix ; elles peuvent aussi tenter de se différencier les unes des autres par l'innovation ou la différenciation des produits (qualité, variété).

La concurrence incite les entreprises à innover en permanence et à améliorer leur productivité, ce qui participe à l'objectif d'une croissance soutenue. Elle est un stimulant qui incite les entreprises à se dépasser, favorisant ainsi l'innovation, la diversité de l'offre et des prix attractifs pour les consommateurs comme pour les entreprises.

Devant une large gamme répondant à ses besoins, le consommateur n'axe pas toujours son choix uniquement sur le prix. La qualité des produits proposés peut également être un des facteurs déterminants.

¹⁶ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/la-decouverte-de-la-concurrence>

3. Ce rappel effectué, si l'on s'en tient à la seule réglementation interne des ententes contenue dans le Code de commerce, l'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que sont prohibées lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à « limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises », « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché » en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, limiter ou « contrôler la production, les débouchés », les investissements ou « le progrès technique ».

Cette liste n'est pas limitative et l'on sait aussi que les échanges d'informations stratégiques, sous diverses formes entre concurrents, peuvent aussi contrevenir à l'interdiction précitée.

4. Ainsi et à l'aune de ce texte, un code d'usages professionnels ou tout autre création similaire autrement désignée ou autres chartes ou cahiers des charges ou normes, peut susciter quelques intérêts de la part des autorités en charge de la protection du bon fonctionnement du marché.

- A titre d'illustration récente issue de la presse spécialisée professionnelle du mois d'avril 2021¹⁷ et même si la situation traite d'une approche entre les opérateurs au stade de la distribution, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence aurait désigné un rapporteur « pour instruire en vertu de l'article L. 450-3 du code de commerce, la saisine (...) relative à la charte d'engagements de mise en avant des produits frais et agricoles, aquatiques et des produits locaux en grande distribution ». Pourtant, la signature de cette charte d'engagement en faveur des produits frais agricoles, aquatiques et locaux aurait été incitée en novembre 2020 par Julien Denormandie, Ministre de l'Agriculture, avec le slogan « Engagement, Provenance et Fraîcheur, au plus près de vous et de vos goûts ».

- La problématique de la norme commune s'illustre d'ailleurs dans bien d'autres univers que celui de l'alimentaire et les exemples de situations rencontrées dans ces secteurs tiers, nous fournissent quelques enseignements généraux au plan des comportements à risque.

Ainsi, il ressort d'un communiqué de l'Autorité de la concurrence du mois de mars 2021, qu'à la suite d'indices transmis par la DGCCRF, les services d'instruction de l'Autorité avaient ouvert une enquête concernant les critères de labélisation d'une charte éthique, dénommée ETHIBAT, mise en place par la Fédération Française du Bâtiment et des Travaux Publics de Haute-Garonne (FBTP 31). La démarche de labélisation mise en œuvre pouvait en l'espèce apparaître comme manquant de transparence, alors que ce label constituait un prérequis pour les entreprises souhaitant répondre aux appels d'offres de certains bailleurs sociaux partenaires de la FBTP 31. Bien que les objectifs éthiques de la charte ainsi que le rappel de la réglementation n'eussent pas posé de difficultés, en revanche, le manque de transparence de la méthode de labélisation ainsi que le fait que ce label constituait un prérequis pour participer aux appels d'offres de certains bailleurs sociaux partenaires de la FBTP 31, soulevaient des questions.

Dans le cadre de l'enquête, les services d'instruction avaient ainsi estimé que ce label valorisait artificiellement les adhérents de la Fédération dans les appels d'offres passés par certains bailleurs sociaux partenaires du label ETHIBAT au détriment des autres entreprises non inscrites dans cette

¹⁷ Publication LSA en ligne du 6 avril 2021.

démarche. Les services d’instruction de l’Autorité se sont donc rapprochés de la Fédération du Bâtiment et des Travaux Publics de la Haute-Garonne pour lui faire part de la nécessité de prendre diverses mesures afin de renforcer la compatibilité de la charte et du label ETHIBAT avec les règles de concurrence. Ces orientations concernaient certains engagements de la charte, les critères de délivrance du label ainsi que les dispositifs mis en œuvre en partenariat avec les bailleurs sociaux du département, au stade des règlements de consultation de leurs appels d’offres.

En réponse à ces demandes, la FBTP 31 a apporté des modifications à son dispositif et les services d’instruction de l’Autorité ont décidé de clore l’enquête, le dispositif ETHIBAT refondu ne créant plus de désavantage concurrentiel entre les entreprises souhaitant répondre aux appels d’offres des bailleurs.¹⁸

Pour autant, l’issue des enquêtes n’est pas toujours aussi heureuse pour les intéressés. En témoigne l’affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, à laquelle nous renvoyons.¹⁹

En l’espèce, les participants à cet accord signé sous l’égide du Syndicat français des enducteurs calandriers et fabricants de revêtements de sols et murs (« SFEC »), avaient pris part à un accord prenant la forme d’une charte de communication sur les données environnementales des produits de revêtements résilients, de type linos, intitulée « *charte des adhérents SFEC sur l’utilisation de l’outil d’éco-conception* » et avaient renoncé à se faire librement concurrence sur la base des mérites de leurs produits respectifs au regard des critères environnementaux, alors même que les performances environnementales des revêtements de sols, notamment en ce qui concerne l’émission de composés organiques volatils, se sont imposées comme l’un des principaux critères de choix des clients, qu’ils soient professionnels ou consommateurs particuliers.

On le constate avec ces quelques affaires : le droit de la concurrence ne tremble pas lorsqu’il s’agit de sanctionner les comportements déviants.

¹⁸ Communiqué ADLC, 22 mars 2021. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/label-ethibat-lautorite-clot-une-enquete-ouverte-lencontre-de-la-federation> ; *A rappr.* Décision n°21-D-01 du 14 janvier 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des isolants thermiques, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-prononce-un-non-lieu-dans-le-dossier-des-isolants>. Dans cette affaire, les services d’instruction de l’Autorité avaient notifié deux griefs au Centre Scientifique et Technique du Bâtiment (CSTB), au Syndicat National des Fabricants d’Isolants en Laines Minérales Manufacturées (FILMM) et à Saint-Gobain Isover. Le premier de ces griefs concernait un échange d’informations portant, principalement, sur la demande d’agrément technique européen présentée par la société Actis, afin que ses produits puissent bénéficier de la marque « CE » ; le second grief était relatif à une entente visant à entraver l’entrée et la commercialisation des PMR (Produits Minces Réfléchissants) sur le marché de la fabrication des produits d’isolation thermique. Il était notamment reproché à ces acteurs d’avoir cherché, par la mise en œuvre de plusieurs pratiques, à empêcher l’élaboration d’un référentiel prévoyant l’évaluation des performances des PMR par le biais d’essais dits « in situ » et à favoriser le recours aux essais dits normalisés (en laboratoire), réputés plus favorables aux isolants en laine minérale. L’Autorité a considéré, sur la base des informations dont elle disposait, que l’échange d’informations et l’entente allégués n’étaient établis et a prononcé en conséquence un non-lieu.

¹⁹ Décision 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients. *A rappr.* Décision 10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction, conclue par une procédure d’engagement.

B. Usage des « codes » d'usages et respect des « codes » de la concurrence.

Nous n'irons pas dans cette contribution au-delà d'un simple rappel sur la manière dont les autorités en charge du respect de la concurrence approchent la problématique de l'élaboration et de l'usage de ces codes, au vu notamment Lignes Directrices de la Commission de 2011 ou de l'Etude thématique de l'Autorité de la Concurrence sur les organisations professionnelles, auteures au principal de ces codes d'usages.

Si le sentiment premier est celui d'une approche favorable de ces codes d'usage au plan du droit de la concurrence (1), cette approche ne doit toutefois pas conduire à franchir certaines limites posées par ce même droit (2).

1. Une approche favorable de principe.

De manière générale, la normalisation, et donc ce qui en relève, bénéficie d'une réputation favorable du fait des nombreux avantages qu'elle peut procurer à la collectivité²⁰, à commencer pour les producteurs et les consommateurs.

Elle ne saurait d'évidence être prohibée et se trouve même promue par les pouvoirs publics, comme en témoigne la présidence par la France de la 31eme session du comité sur les principes généraux du (CCGP) du « *Codex alimentarius* », placé sous la tutelle de la FAO (Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture), qui s'est tenue en France, à Bordeaux précisément, du 11 au 15 mars 2019, et dont les normes garantissent aux consommateurs la mise sur le marché de produits sains et favorisent des pratiques commerciales loyales.²¹

Les Autorités de concurrence ne se démarquent pas d'une telle perception, et se montrent généralement *a priori* favorables aux accords de normalisation.²²

En témoigne par exemple, à l'échelon de la Commission UE, les Lignes directrices de 2011²³ qui, traitant des problématiques de concurrence que peuvent poser les accords de normalisation au regard de l'article 101 § 1 du TFUE, précisent que « *les accords de normalisation produisent généralement des effets économiques positifs substantiels, par exemple parce qu'ils encouragent l'interpénétration économique sur le marché intérieur et le développement de produits ou marchés nouveaux et plus performants et de meilleures conditions d'offre. Les normes augmentent donc, en principe, la concurrence et diminuent les coûts de production et de vente, ce dont profite l'ensemble de l'économie. Elles peuvent préserver et améliorer la qualité, fournissent des informations et garantissent l'interopérabilité et la compatibilité (augmentant ainsi la valeur pour les consommateurs).* ».

²⁰ La Normalisation, Collection « *Que sais-je ?* », Presse Universitaire de France, 1^{er} édition, octobre 1994, pages 76 et 101, Jacques Igalens et Hervé Pénan.

²¹ Communiqué de Presse commun du Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation et du Ministère de l'Economie et des Finances, en date du 14 mars 2019.

²² Etude thématique de l'Autorité de la Concurrence consacrée aux organisations professionnelles, janvier 2021, point 225.

²³ Lignes directrices précitées, point 263.

Elles précisent par ailleurs²⁴, lorsqu'il est question de leur appréciation au regard de l'article 101 § 3 du traité précité, que « *les accords de normalisation entraînent fréquemment des gains d'efficacité significatifs. (...) Les normes portant, par exemple, sur les aspects qualité, sécurité et environnement d'un produit peuvent également faciliter le choix des consommateurs et contribuer à l'amélioration de la qualité du produit. Les normes jouent aussi un rôle important dans l'innovation. Elles peuvent raccourcir les délais nécessaires à la commercialisation d'une nouvelle technologie et favoriser l'innovation en permettant aux entreprises de tirer profit des solutions adoptées.* ».

Au plan national, l'Autorité de la concurrence rappelle que dans le cadre de leur mission institutionnelle, « *Les organismes professionnels offrent un cadre de services, d'informations et de représentation au bénéfice de leurs membres leur permettant d'améliorer leur compétitivité, et ce, au bénéfice d'un fonctionnement efficient et pro-concurrentiel des marchés concernés* »²⁵, et qu'ils « *peuvent promouvoir des bonnes pratiques, en diffusant et expliquant les évolutions législatives et réglementaires, en recommandant des standards de qualité et en favorisant les programmes de mise en conformité.* »²⁶

Selon l'Autorité, « *lorsqu'ils facilitent le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre, l'Autorité se montre favorable aux accords de normalisation (...). De manière plus générale, la norme permet de réduire un certain nombre d'asymétries d'information entre producteurs et acheteurs, qu'ils soient entreprises ou consommateurs, et contribue ainsi à créer ou à maintenir une forme de confiance entre les opérateurs sans laquelle le marché perd en efficacité.* ».²⁷

Mais le débat n'est pas clos pour autant, car si l'Autorité pose expressément le principe selon lequel « *un accord de normalisation ne constitue pas une restriction de concurrence* », celui-ci est assorti de son exception résultant de la proposition « *sauf à ce qu'il s'inscrive dans un accord plus large à des fins anticoncurrentielles.* ».²⁸

2. Une approche favorable moyennant tempéraments.

Si les autorités de concurrence se montrent donc généralement *a priori* favorables aux accords de normalisation qui, par leur nature même, facilitent en principe le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre, il n'en reste pas moins que la conclusion de tels accords fournit également aux entreprises un « forum » où débattre éventuellement de l'exclusion de certains produits ou technologies nouvelles et comporte ainsi un risque d'effets anticoncurrentiels.²⁹

²⁴ Lignes directrices précitées, point 308.

²⁵ Etude thématique précitée, point 38.

²⁶ Etude thématique précitée, point 57.

²⁷ Etude thématique précitée, points 60 et 62.

²⁸ Etude thématique précitée, point 226.

²⁹ Etude thématique précitée, point 225.

Ainsi, les Lignes Directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale stigmatisent à cet égard « *un accord permettant à une association nationale de fabricants de fixer une norme et d'exercer des pressions sur des tiers pour qu'ils ne commercialisent pas de produits ne répondant pas à cette norme, ou un accord par lequel les fabricants du produit en place s'entendent pour exclure une nouvelle technologie d'une norme existante (...)* ». ³⁰

Du côté de l'Autorité de la concurrence, cette dernière ne fait pas mystère de sa préoccupation, lorsqu'elle prend le soin de compter au nombre des pratiques d'organismes professionnels comportant des risques au regard des règles de concurrence, l'édiction de normes sectorielles indûment restrictives. ³¹

Elle ne manque ainsi pas de rappeler, notamment à l'adresse des organisations professionnelles, qu'en fournissant des lieux d'échanges à des entreprises concurrentes, leurs activités peuvent réduire l'autonomie des acteurs dans leurs prises de décision, et, par-là, l'incertitude qui devrait présider au fonctionnement d'un marché concurrentiel.

Les organismes professionnels peuvent également, et de façon plus directe, contribuer à la mise en place d'ententes, obérer l'accès à la profession, adopter des codes éthiques bridant la liberté commerciale des membres, ou diffuser des données commercialement sensibles.

L'Autorité rajoute qu'un nombre significatif d'affaires portées devant elle implique ainsi des organismes professionnels qui mettent en œuvre ou facilitent la commission de pratiques restrictives de concurrence. ³²

Selon l'Autorité, une normalisation réalisée à mauvais escient peut affecter l'efficacité économique et restreindre la concurrence.

Ainsi, un accord de normalisation peut également être artificiellement utilisé pour élever les barrières à l'entrée sur un marché et empêcher toute innovation. Il en va ainsi notamment en cas de production de « *normes inutiles dont le bilan économique coût-avantage n'est pas démontré ou si elle permet l'homologation d'une norme biaisée au profit de certains acteurs du marché, lesquels peuvent alors l'instrumentaliser pour ériger une barrière à l'entrée de concurrents ou d'innovateurs* ». ³³

D'où l'on peut voir poindre le débat sur l'utilité de telle norme, outre celle de son contenu, transposable en matière de codes d'usages et des clauses et spécifications qu'il renferme. Au-delà, c'est aussi la question de l'évaluation des avantages de la norme à l'aune de ses promesses qui peut être posée.

* *

³⁰ Lignes directrices horizontales précitées, point 273.

³¹ Etude thématique précitée, points 133 et s.

³² Etude thématique précitée, point 23.

³³ Etude thématique précitée, point 65 et 225 et s.

Mais nous en resterons là au plan de notre propos, qui ne se veut pas analytique au vu d'un cas d'espèce en particulier, de même que nous n'évoquerons pas davantage d'autres sujets, non moins délicats dans leurs traitements, à commencer par celui de l'appréciation de la norme par ses effets ou des conditions d'exemptions sur le fondement des articles 101, paragraphe 3 du TFUE et L. 420-4 du code de commerce.

Sur un plan plus pratique et pour approfondir, nous ne pouvons que conseiller de s'en reporter à l'Etude thématique de l'Autorité de la concurrence sur les organisations professionnelles, de même qu'aux Lignes directrices de 2011, ces deux documents tenant lieu de grilles d'analyses - exemples à l'appui – pour qui voudrait se livrer à une appréciation *in concreto* de tel ou tel code d'usages à l'aune du droit de la concurrence.

Reste aussi l'éventualité, pour les organisations professionnelles et syndicales, de faire usage de faculté qui leur est dévolue, aux termes de l'article L. 462-1 du Code de commerce, de saisir l'Autorité dans le cadre de procédures d'avis sur toute question de concurrence.

Enfin, signalons que, bien évidemment, le dépôt par une organisation professionnelle d'un code d'usages au Tribunal de commerce de Paris³⁴, de même que la connaissance par les pouvoirs publics du contenu d'un code d'usages donné, voir la prise en compte par ses auteurs des avis et recommandations qu'ils auraient pu formuler à l'occasion du projet de code qui leur aurait été présenté, ne sont pas autant de situations permettant d'exempter une pratique qualifiée d'anticoncurrentielle.³⁵

Tout au plus, cette deuxième situation pourrait-elle permettre à l'auteur de la pratique de faire valoir une circonstance atténuante en considération de laquelle l'Autorité de la Concurrence pourrait accepter de réduire le montant de base de la sanction pécuniaire infligée.³⁶

Remarques conclusives :

La question d'usage en droit de la concurrence est celle de l'appréciation du risque qui, selon une formule d'usage, est rarement nul. Il s'agit là d'un vrai sujet de coopération horizontale inter entreprise, ce dont témoigne la littérature en droit de la concurrence.

Ces codes d'usages ne sont pas *terra incognita* au plan du droit de la concurrence, de par la catégorie de pratiques à laquelle ils peuvent être rattachés, à savoir la norme au sens large, dont l'établissement et l'emploi peut se déployer dans un cadre déjà assez documenté et balisé.

³⁴ Revue Lamy Droit Alimentaire précitée, où se trouve évoquée l'existence en ce Tribunal du « *Bureau de dépôt des usages professionnels* ».

³⁵ Etude thématique précitée, point 261.

³⁶ Communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires 30 juillet 2021, point 37 : « *Les circonstances atténuantes en considération desquelles l'Autorité peut réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou une association d'entreprises, peuvent notamment tenir au fait que l'entreprise ou l'association d'entreprises apporte la preuve : (...) que l'infraction a été autorisée, sollicitée ou encouragée par les autorités publiques ;* ».

Et quand bien même n'en aurait-il pas été ainsi, les textes essentiels et généraux de droit positif de la concurrence, largement éprouvés, permettraient de les appréhender.

Mesure, prudence et autocontrôle s'imposent donc pour les acteurs, tant lors de l'élaboration de ces codes qu'à l'occasion des différents usages (ici entendu comme leur utilisation) auxquels ils sont destinés, afin que le goût *a priori* « sucré-salé » prévale - car d'abord sucré - sur une entame plus « aigre-douce ».

Car *in fine* et sans prétendre outrepasser les limites du sujet ici traité, l'ignorance du droit de la concurrence par ces codes d'usages conduira à les affaiblir plutôt qu'à les renforcer en cas de respect.

Cette dernière situation ne pourra qu'être appréciable à l'occasion de la sanction des mauvaises pratiques au moyen d'autres droits, y compris d'ailleurs de la concurrence – déloyale – par exemple.